

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

HEMEROTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, 1994

AÑO 18

NÚMERO 18

INDICE

DOCTRINA GENERAL

JORGE ADAME GODDARD

Metafísica para juristas 9

ANTONIO ÁLVAREZ DE MORALES

Seguridad jurídica y derecho del Estado en la codificación civil
española 33

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

Una nueva lectura del Plan de Iguala 45

MIGUEL BONILLA LÓPEZ

Un anarquista teoriza sobre el amparo judicial: Antonio Díaz
Soto y Gama en 1906 77

MARTÍN DÍAZ Y DÍAZ

La teoría pura del derecho como sociología involuntaria . . . 107

VERÓNICA HUERTA ORTIZ

Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica 163

ALFONSO MARTÍNEZ ROSALES

La protección jurídica de las personas y la ausencia de monjas
en San Luis Potosí, 1592-1866 195

ARTURO PÉREZ ROBLES

Los precios de transferencia en el Derecho mexicano 217

RICARDO J. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ

✓ Análisis constitucional de la ley sobre la celebración de Tratados 237

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL

✓ Puntos para el diálogo. La insurrección del EZLN y la juridicidad 259

EUGENIO URSÚA COCKE

✓ Drug traffic, law and international relations 275

FERNANDO ALEJANDRO VÁZQUEZ PANDO

✓ Algunas reformas hechas al Código Civil del Distrito Federal de México 301

FRANCISCO JAVIER VILLALÓN EZQUERRO

✓ La supresión total de testigos en el testamento público abierto 333

WERNER F. EBKE

y MARTÍN ANTONIO DE LA GARZA

✓ Derecho europeo económico y fiscal 349

SECCIÓN MONOGRAFICA

TRATADO DE LIBRE COMERCIO

C. CHRISTOPHER BERCAW

✓ El TLC, ¿un tratado de libre inversión? 373

RAFAEL PÉREZ MIRANDA

✓ El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) y la inversión extranjera en México) 427

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO

✓ Breve análisis de los subtipos societarios de las empresas del grupo Petróleos Mexicanos internacional 461

MISCELÁNEA

MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO

✓ Notas sobre la administración de justicia en México 473

EMILIO ROMANO MUSSALI

✓ Convenios internacionales en materia fiscal 481

✓ Discurso pronunciado por el señor Lic. don Jaime del Arenal Fenochio en la ceremonia de develación del cuadro del maestro Manuel Herrera y Lasso, el día 16 de marzo de 1994 487

✓ Discurso pronunciado el 29 de agosto de 1994 en la apertura del curso escolar 1994/1995, por el señor Lic. don José Higinio Núñez y Bandera 493

✓ Discurso pronunciado el 29 de agosto de 1994 en la apertura del curso escolar 1994/1995, por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, señor Ramón Amezcua Hassey 497

METAFISICA PARA JURISTAS

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La noción de ente.* III. *Sustancia y accidente:* a) *las cualidades;* b) *las relaciones.* IV. *Potencia y acto:* a) *potencia pasiva y acto primero;* b) *potencia activa y acto segundo.* V. *Esencia y acto de ser:* a) *la esencia en los entes materiales: materia y forma;* b) *la esencia en los seres espirituales.* VI. *El principio de individuación:* a) *individuación de las sustancias corpóreas;* b) *la individuación de los accidentes;* c) *la individuación de las sustancias incorpóreas.* VII. *El sujeto subsistente.* VIII. *Los aspectos trascendentales del ente:* a) *unidad;* b) *verdad;* c) *bien;* d) *belleza.*

I. INTRODUCCIÓN

Espero que el título de este artículo no aleje a los juristas, a quienes me dirijo, acostumbrados a un pensar práctico orientado a resolver casos concretos y a tomar decisiones prácticas acerca de obrar o no obrar de determinada manera. A ellos me dirijo porque considero que la reflexión metafísica es un elemento fundamental para realizar adecuadamente aquella labor práctica de resolver casos concretos.

En efecto, todo juicio práctico o juicio sobre el obrar humano, uno de los cuales es el juicio jurídico, se pronuncia tomando en consideración tres elementos: a) los hechos del caso, b) la doctrina o conjunto de criterios, reglas y precedentes y c) los primeros principios del obrar humano. Actualmente, la complejidad de la sociedad moderna presenta nuevos problemas jurídicos que, al no tener soluciones claras en la doctrina, requieren ser resueltos apelando a los primeros principios del obrar humano; tales son, por ejemplo, los casos de transplantes de órganos, fecundación *in vitro* y otros más derivados de los avances tecnológicos o de los procesos de integración regional. Esto plantea a los juristas la necesidad de profundizar en el conocimiento, contenido y alcances de los primeros principios, para lo cual la reflexión metafísica y sus conclusiones son una ayuda imprescindible. Piénsese, en la noción de persona jurídica, concepto central de todo el Derecho, que

no puede comprenderse con cierta profundidad si no es en relación a ciertas nociones metafísicas como sustancia, unidad de orden, naturaleza racional y otras.

Pensando pues que la Metafísica es no sólo útil sino fundamental para el razonar práctico del jurista, ofrezco aquí una síntesis de nociones metafísicas que no tienen mayor pretensión que la de presentar y explicar estas nociones de modo que sean más asequibles a mentalidades formadas en la ciencia del Derecho.

II. LA NOCIÓN DE ENTE

Toda persona tiene una noción espontánea del ser que expresa cuando afirma cosas tan elementales como "esto es agua" o "esto no es una piedra, sino una tortuga" y sin dificultad puede admitir que todas las cosas son. La Metafísica tiene como objeto de estudio precisamente el averiguar qué es el ser de las cosas; le interesa aclarar qué es aquello que hace que el árbol sea, lo mismo que hace que el ser humano sea o que una piedra sea; no le interesa el árbol como árbol, ni el ser humano como ser humano, ni la piedra como piedra, sino estas tres realidades en cuanto que son, es decir en cuanto entes. Todas las realidades, desde el punto de vista de la Metafísica o "filosofía primera", son entes. Es por eso una ciencia sapiencial que procura una sabiduría o saber universal acerca de los primeros principios o verdades más universales de la realidad. En este trabajo se expondrán brevemente las principales nociones metafísicas que procuran dar una explicación integral de la realidad: ¹ 1) la noción de ente; 2) sustancia y accidente; 3) acto y potencia; 4) esencia, materia y forma; 5) el principio de individuación; 6) el sujeto subsistente o substrato, y 7) las propiedades trascendentales del ente.

La primera noción, concepto o idea que tiene la inteligencia humana es la del ente. Es la noción más amplia que puede haber, pues conviene a todos los seres. Es una noción que no puede definirse porque para eso sería necesario encuadrarla en otra que fuera más amplia, lo cual sería contradictorio. Pero sí es posible describir el ente diciendo que ente es "aquello que es". Esto supone dos elementos: un sujeto (aquello que) y una perfección o acto (el ser). Es una noción que está implícita en cualquier juicio que haga la inteligencia humana:

¹ S'go principalmente el estupendo libro, por su claridad, profundidad y concisión de ALVIRA, T.; CLAVEL, L.; MELENDO, T., *Metafísica*,⁵ Pamplona, 1993.

cuando afirma, por ejemplo, que un árbol determinado es un cedro, está presuponiendo que tal árbol, antes de ser cedro es algo que es, o sea que es un ente, del cual se puede predicar que es vivo, vegetal, de la especie cedro, de tamaño grande, etcétera.

Los entes que percibimos con los sentidos, aunque todos son, no son todos iguales. Unos tienen unas propiedades de las que carecen otros: unos son inertes, otros vivos, unos son líquidos, otros sólidos, unos racionales, otros irracionales, etcétera. De la constatación de la diversidad de estos entes se infiere que aunque todos son, ninguno agota la totalidad del ser. De ellos se dice que tienen ser o participan del ser, porque cada uno está constreñido a un modo de ser determinado y ninguno es el ser en plenitud. Si todos los entes son, y cada uno lo es de un modo determinado, es porque están compuestos de dos principios fundamentales: el ser y un modo de ser o, como lo expresa la filosofía tradicional, todos son compuestos de acto de ser y esencia. Sólo Dios, Acto Puro de Ser es el ser en plenitud, en el que el ser y la esencia se identifican: Dios es el que es.

El modo de ser propio de cada ente es lo que constituye su esencia. Ésta puede describirse como aquello que hace que un ente sea lo que es y no otro; por ejemplo, la esencia del ser humano es la de animal racional, por lo que no es humano el animal, por más evolucionado que sea, ni tampoco el puro ser racional por más limitado que esté. La esencia distingue a los entes especificando sus modos propios de ser. La esencia, en cuanto es considerada como principio de las operaciones de un ser, se designa con el nombre de naturaleza. Esencia y naturaleza no son dos nociones distintas, sino dos palabras que expresan con diferencia de matiz el mismo significado: la esencia expresa aquello que hace que un ente sea como es; la naturaleza expresa aquello que hace que un ente opere como opera.

III. SUSTANCIA Y ACCIDENTE

Los modos de ser a que pueden reducirse todos los entes son la sustancia y el accidente. Todos ellos o son en sí mismos (sustancia) o son en otro (accidente). Seres como un animal, una piedra, un utensilio o semejantes son sustancias; mientras que seres como el color, la temperatura y la relación son accidentes. La sustancia puede definirse como aquel ente a cuya esencia le compete ser en sí y no en otro, y el accidente como aquel ente a cuya esencia le compete ser

en otro como en su sujeto. De estas definiciones queda claro que el ser sustancia o accidente es algo que depende de la esencia de cada ente; es de la esencia del animal ser sustancia, y es la esencia del color ser accidente.

Es distinto el grado de ser de la sustancia y del accidente. Las sustancias tienen un ser independiente, mientras que los accidentes no son propiamente, sino que inhieren en una sustancia a la que hacen ser de determinado modo; por ejemplo, el color negro de un toro es en la sustancia toro y hace que sea un toro negro; el ser comprador o padre de familia es un accidente que inhiera en una persona (sustancia) haciéndola ser de determinado modo. Como consecuencia del diverso modo de ser que tienen la sustancia y los accidentes, se dice que sólo la sustancia es en sentido propio un ente, en tanto que los accidentes son más bien algo que tiene el ente.

La distinción entre sustancia y accidente es real, como lo demuestra el que las cosas muden de accidentes (cambien de color, temperatura, etcétera) y sigan siendo las mismas. La persona que es comprador, puede luego pasar a ser vendedor, valuador de mercancías o juez y sigue siendo la misma persona aunque sus accidentes hayan cambiado; esto no sería posible si los accidentes no fueran algo distinto de la sustancia.

Como los accidentes son en la sustancia, hay una unidad entre ésta y aquéllos. Los accidentes no son algo que se sobrepone o yuxtapone a una sustancia, como podría ser la ropa que se pone una persona, sino que son algo que modifica la sustancia haciéndola ser de determinado modo. La sustancia y los accidentes inheridos en ella conforman un único ente. Esta composición del ente permite explicar que las cosas puedan sufrir muchos cambios y continuar siendo las mismas: se mudan los accidentes y permanece la sustancia. Como las operaciones de un ente son también accidentes, se explica que una persona pueda realizar actos de muy distinto tipo, con distintos significados o incluso con significados contradictorios y seguir siendo la misma persona: cambian sus accidentes (la conducta) y se mantiene la sustancia. Este es el fundamento del principio jurídico de atribución, según el cual todos los actos humanos han de atribuirse a la persona que los realiza.

Tradicionalmente se han clasificado los accidentes en nueve géneros. Estos nueve géneros, junto con la sustancia, constituyen los diez predicamentos o categorías, que describen los modos fundamentales del ser. Cada género de accidente tiene su propia esencia y determina

a la sustancia de un modo original. Los géneros de accidentes son: 1) la cantidad, que afecta a las sustancias corporales en su extensión, magnitud y volumen; 2) las cualidades, que hacen ser las sustancias de determinado modo y provienen de su esencia; 3) las relaciones, que determinan la sustancia por referencia a otras, por ejemplo, la filiación, el ser alguien hijo, que determina su modo de ser en relación a otra persona que es su padre; 4) la ubicación o lugar que ocupe una sustancia; 5) la posición o modo de estar; 6) la posesión de una cosa (es un accidente propio del ser humano); 7) el tiempo; 8) la acción, que es el accidente que hay en una sustancia en cuanto es principio agente de movimiento en otra, por ejemplo al empujar, y 9) la pasión o accidente que consiste en ser una sustancia sujeto pasivo de la acción de otra, por ejemplo al resistir.

De estos géneros de accidente, los que más interesan a la doctrina jurídica son a) las cualidades y b) las relaciones.

a) *Las cualidades*

La cualidad es "el accidente que modifica intrínsecamente a la sustancia en sí misma, haciéndola ser de un modo u otro".² Es el único de los accidentes que configura o cualifica la sustancia, a diferencia, por ejemplo, de la cantidad que sólo hace más o menos extensa la sustancia, o de la relación que sólo la afecta por referencia a otros entes.

Hay una gran diversidad de tipos de cualidades: algunas son espirituales (como las ideas), otras corporales (como la temperatura); unas se perciben directamente por los sentidos (como los olores) y otras por sus efectos (como el magnetismo). Pero todas ellas se pueden clasificar en cuatro grupos: i) las cualidades pasibles; ii) la figura; iii) las potencias operativas, y iv) los hábitos.

i) *Las cualidades pasibles*

Son las que modifican físicamente la sustancia, como el color, la temperatura, el sabor, la humedad, etcétera. Estas cualidades son el objeto propio de los sentidos. Jurídicamente tienen importancia sobre todo en los contratos de compraventa en que el comprador exige mercancías que tengan determinadas características.

² *Ibidem*, p. 69.

ii) La figura

Es una cualidad propia de los seres corpóreos que delimita su cantidad, dándoles unas dimensiones y contornos determinados. En las compraventas de bienes inmuebles suele hacerse, además de una descripción del mismo, de sus medidas y colindancias, un "croquis" o representación de su figura que sirve para que quede más clara su extensión y contornos.

iii) Las potencias operativas

Son determinaciones de las sustancias que las capacitan para desarrollar ciertas actividades, como las potencias reproductivas de las plantas, o los sentidos de los animales, o la inteligencia y la voluntad de los humanos. Estas potencias constituyen los principios próximos o causas inmediatas de las operaciones de las sustancias; por ejemplo, la causa inmediata o principio próximo del pensamiento es la inteligencia, y su causa mediata o principio remoto, la naturaleza (o esencia) humana.

iv) Los hábitos

Son cualidades estables por las que una sustancia está bien o mal dispuesta en relación a su naturaleza o en relación a su obrar y fines. Se distinguen de las demás cualidades en que tienen razón de bien o mal, según convengan o no a la naturaleza y fines de la sustancia. Los hábitos que se refieren a la naturaleza son los hábitos entitativos, como la salud o la enfermedad; o, en el campo jurídico, la capacidad o incapacidad jurídicas. Los hábitos que se refieren al obrar se denominan hábitos operativos y, respecto de la conducta humana, virtudes o vicios, según convengan o no a los fines propios de la persona humana. En la compraventa de esclavos en el Derecho romano, el vendedor estaba obligado a declarar los vicios del esclavo no perceptibles a simple vista, como su afición a beber, a perder el tiempo viendo dibujos o a luchar como fieras, entre otros.

b) Las relaciones

Los entes que componen el universo se encuentran relacionados entre sí por una compleja red de relaciones de semejanza, oposición,

coordinación, dependencia, causalidad, etcétera. Un conjunto de relaciones constituye un orden si todas ellas se refieren a un mismo fin.

La relación es "el accidente cuya naturaleza consiste en la referencia u ordenación de una sustancia a otra".³ Una característica propia de las relaciones es que son accidentes que no afectan a la sustancia en sí misma, sino que constituyen únicamente una referencia u ordenación de un ser a otro. Así, el ser comprador es un accidente de relación, que no modifica la sustancia de la persona, sino que únicamente la ordena o refiere a la persona del vendedor. El Derecho se refiere siempre a relaciones a la conducta de unas personas referidas a otras, como comprador-vendedor, padre-hijo, ciudadano-gobierno, propietario-poseedor, etcétera.

Las relaciones pueden ser: *i)* relaciones reales o *ii)* relaciones de razón, dependiendo de que existan en la realidad o sólo en una inteligencia que relaciona cosas independientes entre sí.

i) Las relaciones reales

Son las que cuentan con los siguientes elementos: un sujeto, que es la persona o cosa en la que inhiere la relación; un término, con el que se relaciona el sujeto; un fundamento de la referencia entre el sujeto y término, y la relación misma o vínculo que une a uno y otro. Por ejemplo, la relación de semejanza entre una piedra (sujeto) y un árbol (término) tiene como fundamento el ser corpóreo de ambos, y constituye un vínculo que los une; o la relación de dependencia entre un cachorro (sujeto) y la perra (término) que tiene como fundamento la debilidad física del cachorro y constituye un vínculo que mantiene la cachorro cerca de la perra.

Las relaciones jurídicas son ordinariamente relaciones reales que contienen todos estos elementos. Así, la relación de compra se da entre el comprador (sujeto) y el vendedor (término) con fundamento en un contrato, y constituye un vínculo (que constriñe al comprador a pagar un precio; la relación de filiación se da entre el hijo (sujeto) y el padre (término) con fundamento en la generación y constituye un vínculo que hace al hijo comportarse de determinada manera respecto de su padre; la obligación de pagar impuestos se da entre el causante (sujeto) y el fisco (término) con fundamento en un deber

³ *Ibidem*, p. 72.

de contribuir al bien de la comunidad reconocido en una ley y constríñe al causante a pagar cierta cantidad de dinero.

El fundamento de las relaciones no está propiamente en los seres que se relacionan sino en el otro ser que les sirve de fundamento. En las relaciones jurídicas el fundamento se suele denominar título o fuente. Así se habla de los títulos de la propiedad o de las fuentes de las obligaciones para designar cuál es su fundamento.

ii) *Las relaciones de razón*

Las relaciones reales, aunque tengan una realidad débil, realmente son en su sujeto y término en tanto exista un fundamento. Hay también relaciones que son sólo fruto de una comparación de la mente humana, porque el sujeto o término o ambos no son reales, porque no hay verdadera distinción entre el sujeto y el término o porque no existe fundamento real de la relación.

De este tipo son las relaciones entre conceptos, como la que puede hacerse entre el derecho de propiedad y la posesión, o entre las obligaciones personales y los derechos reales, o entre cualquier otra clase de conceptos, pues todos ellos no son entes reales sino entes de razón, que existen sólo en la inteligencia, lo mismo que las relaciones entre ellos. También las relaciones con un término irreal, como comparar el presente con un futuro posible, o comparar una persona con un personaje ideal.

IV. POTENCIA Y ACTO

Los modos de ser de los entes se reducen a la sustancia o al accidente, pero una y otro son compuestos de potencia y acto.

La distinción entre potencia y acto surgió de la observación del movimiento que ocurre en las cosas. Aristóteles lo explicó, no como un cambio del ser al no ser, sino como el devenir de un sujeto de un estado a otro, como ocurre con una semilla que se convierte en árbol. Por medio del cambio las cosas adquieren perfecciones que antes no tenían, lo cual presupone que en las cosas existe la capacidad de adquirir tales perfecciones: la semilla deviene en árbol porque tiene la capacidad de serlo. La capacidad de tener una perfección se designa potencia; a ella se contraponen el acto que es la perfección que el sujeto posee. El movimiento se explica así como un tránsito de la potencia al acto.

Acto y potencia no sólo se entienden bajo el aspecto físico, ligado al movimiento que acaba de mencionarse, en el que acto y potencia aparecen como contradictorios, pues una vez que la semilla es árbol, ya no es árbol en potencia sino en acto. También se entienden desde un punto de vista metafísico como principios constitutivos que permanecen en todas las cosas, de modo que el árbol sigue siendo compuesto de potencia y acto.

El acto es, en general, cualquier perfección de un sujeto, como el color, sus cualidades, sus operaciones (todos estos accidentes) o su misma sustancia. Es una noción primera y evidente que no se puede definir, sino sólo mostrar con ejemplos y en contraposición con la potencia.

La potencia es aquello que puede recibir o que ya tiene una perfección o acto. Es una noción que se conoce como correlativa al acto, por eso cuando se quiere describir alguna potencia siempre se hace referencia a su acto correlativo; por ejemplo, la vista es potencia de ver, la inteligencia potencia de entender, etcétera. Las potencias se conocen por sus actos respectivos.

Existe una gran variedad de actos y potencias, tan grande como el tipo de perfecciones que pueden tener los entes; pero cabe hacer una distinción básica entre: a) potencia pasiva y acto primero y b) potencia activa y acto segundo.

a) *Potencia pasiva y acto primero*

La potencia como capacidad de recibir una perfección corresponde plenamente con la potencia pasiva. Ésta se encuentra realizada en diversos niveles. En las sustancias corpóreas, la potencia es la materia prima y el acto, la forma sustancial. En el compuesto sustancia y accidentes, la potencia es la sustancia y los accidentes son acto. En el compuesto esencia y acto de ser, tanto de los seres corpóreos como de los seres incorpóreos, la potencia es la esencia, lo que limita el acto de ser (acto primero) a un modo de ser determinado.

b) *Potencia activa y acto segundo*

Además de la capacidad de recibir una perfección, que es la potencia pasiva, existe la capacidad de dar una perfección o potencia activa, a la que a veces se le llama también poder. El acto correspondien-

te a la potencia activa es precisamente la actividad u obrar. Así, el árbol frutal tiene la potencia activa de dar frutos (potencia generativa), a la cual corresponde como acto la actividad de fructificar.

Al obrar se le llama acto segundo, en cuanto que las operaciones proceden de un sujeto que ya es en virtud de un previo acto de ser (acto primero).

La potencia activa tiene cierto carácter de acto, pues constituye una perfección que ya está en la sustancia que la tiene. Pero tiene también carácter pasivo porque la potencia activa no está realizando ininterrumpidamente la operación que le corresponde como acto. El árbol no siempre da frutos. Esto demuestra que la potencia activa es algo distinto del acto correspondiente. El carácter pasivo de las potencias activas también se nota en que requieren del influjo de algo externo para pasar a la operación, tal como el clima y el agua influyen para que el árbol fructifique.

Las potencias activas (que en los seres vivos también se llaman facultades) y sus correspondientes operaciones son accidentes. El árbol, siguiendo con el ejemplo, no se identifica absolutamente con todas sus operaciones: es principio de sus operaciones, pero no es sólo sus operaciones; tiene las potencias activas, pero no es sólo potencia activa; operaciones y potencias activas son accidentes que inhieren en la sustancia árbol.

A la vista de esta variedad de actos y potencias, se puede comprender mejor que la potencia y el acto no son sólo principios que explican el movimiento, sino principios constitutivos estables de todos los entes, incluso los incorpóreos que también son compuestos de sustancia (potencia) y accidentes (acto), de esencia (potencia) y ser (acto de ser), excepto Dios que es Acto puro.

En la doctrina jurídica se considera implícitamente la distinción entre potencia y acto cuando se protegen las expectativas de derechos u obligaciones. Por ejemplo, cuando alguien promete dar una cantidad de dinero si se cumple una condición, el acreedor no tiene derecho a cobrar sino hasta que se cumpla la condición, pero antes de ese momento se considera que tiene una "expectativa de derecho" (un derecho en potencia, no en acto) que puede transmitir a sus herederos o que le da fundamento para pedir al acreedor una garantía de que pagará si se cumple la condición. La expectativa de derecho no es todavía un derecho en acto, pero como derecho en potencia se considera que ya es algo real y jurídicamente relevante.

V. ESENCIA Y ACTO DE SER

De los varios modos de ser —la sustancia y los nueve accidentes— la sustancia es la base y fundamento de todos los demás. Pero la sustancia no es algo simple, sino un compuesto de dos principios: el ser, que es lo que la constituye como ente, y la esencia que determina su modo propio de ser; el ser y la esencia se comportan como acto y potencia.

La esencia puede definirse como "aquello por lo que una cosa es lo que es"⁴ o, dicho de otro modo, aquello que la determina a ser de una manera y no de otra. De la esencia, como determinación del modo de ser un ente, derivan una serie de propiedades fundamentales que tienen los entes que participan de una misma esencia. En atención a esas propiedades se han dado diversos nombres para denominar la misma esencia de los seres.

En cuanto la esencia es principio de operaciones de un ser, se le llama naturaleza. Las operaciones de un ser son de una manera que corresponde a su naturaleza: los animales sienten, porque ellos tienen una naturaleza sensitiva; las personas entienden porque tienen una naturaleza racional, etcétera.

En cuanto la esencia se define encuadrándola dentro de un género y especie, como cuando se dice que el ser humano es animal racional, se le llama quiddidad; ésta expresa lo que una cosa es, distinguiéndola de las demás.

En cuanto la esencia es conocida y se hace así referible a muchos individuos, se le llama universal o idea universal. La esencia existe siempre en individuos o cosas singulares, pero la inteligencia humana es capaz de conocer la esencia de un individuo, aislándola de las características singulares del mismo, y tenerla así como una idea universal predicable de todos los individuos que tienen el mismo modo de ser. Así, la esencia de un caballo, captada a partir de un caballo singular de color negro y estatura alta, es tenida en la mente humana como una idea universal que puede predicarse de todos los animales que tengan ese modo de ser aunque no sean ni negros ni altos.

La esencia es diversa según si los entes son materiales o inmateriales.

⁴ *Ibidem*, p. 94.

a) *La esencia en los entes materiales: materia y forma*

En todos estos entes la esencia incluye un elemento material y otro formal. Estos dos elementos se relacionan entre sí como potencia y acto. La materia es potencia, la forma es acto.

Los entes materiales son, como lo muestra la observación de su comportamiento, susceptibles de corrupción y generación, es decir, pueden dejar de ser lo que eran (corrupción) y pasar a ser otro (generación), como la fruta que se corrompe y pasa a ser tierra. Esto es posible porque son compuestos de materia y forma, ya que la corrupción de un ente consiste en que pierde la forma que tenía (la forma de fruta, siguiendo con el ejemplo) pero su materia adquiere una nueva forma (la de tierra).

La materia prima es pura potencia pasiva o capacidad de recibir un acto, por lo que no puede existir si no es teniendo una forma determinada. La forma es el primer acto que adviene a la materia. Gracias a la forma sustancial, la materia existe y es parte de una sustancia o de otra. Aunque el ejemplo es un poco burdo, puede pensarse que la materia es el barro, que recibe luego forma de jarra o de vaso; gracias a la forma de jarra o vaso, el barro es parte de una sustancia o de otra. El ejemplo es burdo porque el puro barro es ya una materia informada, un compuesto de materia y forma.

La materia y la forma de las sustancias corporales no son dos entes que puedan subsistir separados, sino dos principios esenciales de las cosas que subsisten en el compuesto de materia y forma y que constituyen su esencia. De estos dos componentes, el más importante es la forma, pues ella determina a la materia a ser de un modo o de otro, mientras que la materia sólo restringe la forma a unas determinadas condiciones. Siguiendo con el ejemplo del barro, puede decirse que lo que hace que el vaso sea vaso y no jarra es la forma y no el barro, pero que su esencia será no la mera forma de vaso, sino el ser vaso de barro, que sería distinto si fuera de cualquier otra materia.

La mutua relación de materia y forma como potencia y acto explica que la esencia de los seres corpóreos sea una, no obstante que se componga de dos elementos. La unión de potencia y acto es una unión metafísica, más íntima que las uniones que se conforman por mera agregación de seres que son independientes, como podría ser la unión de las piedras que conforman un muro, o la de las hormigas que conforman en hormiguero; en estas unidades, los seres que las componen

pueden separarse del conjunto y seguir siendo lo que eran estando unidas, piedras u hormigas; pero en la unión de materia y forma, no se pueden separar estos elementos sin alterar el ser que constituyen, como el leño que al quemarse pierde su forma sustancial de leño para adquirir la forma de carbón o ceniza; al separarse del leño la forma que lo constituía como tal dejó de ser lo que era.

Cada ente corpóreo tiene una sola forma sustancial y no varias. Esta única forma sustancial es la que da al ser todas sus perfecciones. Así el hombre, en virtud de una sola forma sustancial es cuerpo, viviente, animal y racional. Suponer varias formas en un mismo compuesto sería romper la unidad de los seres corpóreos y admitir, lo cual es absurdo, que un ser al mismo tiempo podría ser de una manera (conforme a una forma sustancial) y de otra (conforme a otra forma sustancial).

b) *La esencia en los seres espirituales*

La prioridad de la forma sobre la materia en cuanto principio del ser explica que pueda haber formas que subsistan sin materia (seres espirituales), en tanto que no puede haber ninguna materia que exista sin una forma sustancial: "la materia es por la forma, no la forma por la materia".⁵

Estos seres puramente espirituales, a los que se llama ángeles, tienen una esencia simple, que se identifica con su forma. Su esencia es su forma. Pero no son seres absolutamente simples porque su esencia es un modo de ser determinado y no el ser mismo, es decir, son todavía seres compuestos de esencia y acto de ser; son criaturas que tienen ser, pero que no son el ser mismo.

VI. EL PRINCIPIO DE INDIVIDUACIÓN

Los seres corpóreos que observamos a nuestro alrededor son seres individuales y concretos, que se distinguen unos de otros por su esencia o modo de ser e incluso los que tienen una misma esencia se distinguen entre sí. ¿Qué es lo que hace que seres de la misma esencia, que tienen el mismo modo de ser, sean distintos entre sí?

Para responder esta cuestión se distinguirán los tipos de seres, conforme a lo visto arriba. Primero se tratará a) de la individuación de

⁵ *Ibidem*, p. 99.

las sustancias corpóreas, luego *b*) la individuación de los accidentes y, finalmente *c*) la individuación de las sustancias incorpóreas.

a) Individuación de las sustancias corpóreas

El problema comprende dos cuestiones estrechamente ligadas: ¿cómo es posible que una misma esencia o modo de ser corpóreo se reproduzca en varios seres distintos?, y ¿cómo se distinguen entre sí los seres corpóreos que comparten la misma esencia? La respuesta de ambas cuestiones es la misma: la materia es lo que posibilita: *i*) la multiplicación de la esencia y *ii*) la individuación de la esencia.

i) La multiplicación de la esencia

La pluralidad de individuos de una misma esencia manifiesta que están compuestos de dos elementos, de los cuales uno hace que sean semejantes y otro que sean diferentes. Lo que hace que sean semejantes es la forma que todos poseen y lo que los hace diferentes es la materia que cada uno tiene como propia y exclusiva. Es algo semejante a lo que ocurre con las copias de un documento: el documento se puede multiplicar en tantas copias como hojas de papel se dispongan para ello, de modo que la multiplicación del documento depende de la materia disponible.

ii) La individuación de la esencia

Entre los seres de una misma esencia existe gran variedad de matices: unos son más perfectos que otros, unos tienen unas cualidades de las que carecen otros y cada uno tiene las cualidades comunes a la esencia de una manera propia y diferenciada, de modo que, por ejemplo, la fiereza de un leopardo la tiene cada leopardo de un modo peculiar y distinto. Esto significa que ninguno de los individuos agota por completo la esencia que posee.

Lo que permite la multiplicación de los seres de una misma especie es también la materia y, por lo tanto, ella misma es lo que permite su individuación, su constitución como individuos distintos entre sí. Pero esta afirmación debe precisarse más.

La filosofía tradicional afirma que el principio de individuación es "la materia sellada por la cantidad" (*materia quantitate signata*). Esto puede explicarse considerando que la forma, al actualizar la materia, la configura; es decir, le da una cierta figura corporal que la

separa y distingue de otros seres de la misma especie; tal figura no es más que el accidente cantidad que inhiere en la materia, haciendo que tenga determinada extensión, volumen y posición. La materia así configurada o sellada por la cantidad se vuelve algo individual, se convierte en una materia separada y distinta de las demás, sobre la cual pueden inherir los demás accidentes (color, cualidades, etcétera) que profundizan su individualización.

b) La individuación de los accidentes

De los accidentes también puede afirmarse que son individuales, pues cosas como el color, la figura o la temperatura existen siempre como realidades concretas y singulares. Los accidentes, que siempre son inheridos en una sustancia, se individualizan por la sustancia en que inheren. El rojo de una tela se individualiza por la tela que tiñe, y así se distingue del rojo de una pared o de una tinta.

En el ámbito jurídico esto se manifiesta cuando se considera que una determinada relación jurídica; por ejemplo, un contrato de arrendamiento se distingue de otro, cuyo contenido puede ser el mismo, por las personas del arrendador y el arrendatario. Esto es algo que saben bien los notarios o los expertos en redactar contratos que procuran, en primer lugar, asegurarse de la identidad de las partes.

c) La individuación de las sustancias incorpóreas

Éstas, que no tienen materia ni otra sustancia que las soporte, se individualizan por su propio modo de ser o esencia.

En las sustancias corpóreas, una esencia la pueden tener en común varios seres porque tienen diferente materia; pero la esencia de las sustancias que carecen de materia no tiene dónde repetirse. Por eso, cada sustancia incorpórea agota su propia esencia, y se distingue de las otras por su propio y exclusivo modo de ser.

VII. EL SUJETO SUBSISTENTE

Hasta aquí se ha analizado la composición o estructura del ente, distinguiendo los modos fundamentales de ser (sustancia y accidente) y su composición dual: esencia y acto de ser, potencia y acto. Ahora conviene detenerse, después de haber analizado cómo los entes se individualizan, en el estudio del ente como un todo que subsiste.

Se denomina sujeto subsistente o supuesto al ente concreto con todas sus perfecciones, como un árbol, una piedra, un animal, o cualquier otro ente que subsista por sí mismo. Puede definirse como "un todo individual que subsiste en un único acto de ser y que es, por eso, incomunicable".⁶ Sus notas características son la individualidad, la subsistencia y la incomunicabilidad.

El sujeto es siempre individual pues sólo existen realmente los seres singulares; los llamados "universales" son sólo nociones o entes de razón. Es subsistente en el sentido de que subsiste por sí mismo y no como los accidentes que, aunque son singulares subsisten en otro ser, ni como las partes de un todo; por ejemplo, la pata de un animal que tampoco subsiste por sí misma. El sujeto en cuanto es un ser individual y subsistente se le llama también individuo.⁷ Y finalmente, como consecuencia de ser un individuo, es incomunicable en el sentido de que no puede ser participado por otro, a diferencia de las formas, sustanciales o accidentales, que se comunican a muchos individuos: un árbol por ejemplo, como sujeto subsistente o individuo es incomunicable de modo que no puede otro ente ser ese árbol, pero la forma sustancial árbol o la forma accidental color verde sí son comunicables a muchos individuos.

El sujeto se compone de varios elementos: del acto de ser, que es el elemento fundamental y constitutivo del sujeto y el que le otorga la misma subsistencia; de la esencia, que en los seres corpóreos consta de materia y forma, y de los accidentes que complementan la perfección de la esencia. El sujeto es siempre un ser compuesto. Pero ninguno de los componentes del sujeto existe por sí mismo, sino que todos son en cuanto constituyen el sujeto: la esencia de árbol es en el árbol, el accidente color verde es en las hojas del árbol, y el ser mismo del árbol, su acto de ser, es en la esencia del árbol y con los accidentes del mismo. Por eso, el sujeto, aunque es un ser compuesto, constituye una unidad. El fundamento de la unidad es el acto de ser, que es único en cada ente, como lo demuestra la observación de que un árbol es únicamente ese árbol y no otro.

⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁷ No es lo mismo individual que individuo; lo individual se opone a lo universal y puede predicarse tanto de las sustancias como de los accidentes, de modo que se puede decir, por ejemplo, que la figura de un árbol es individual; pero individuo hace referencia a la subsistencia, por lo que puede decirse de un árbol que es un individuo, pero no se puede decir que su figura sea un individuo.

El sujeto subsistente es lo que tiene el ser y a él deben atribuirse todas sus perfecciones: el árbol es el sujeto que tiene el ser y al que se atribuyen las perfecciones de alto, sano, frondoso, etcétera. Pero también al sujeto subsistente deben atribuirse las operaciones; de modo que es el árbol el que crece, fructifica, muda de hojas, reverdece y muere. Cuando se dice, por ejemplo, que la rama del árbol crece o muere, se está atribuyendo a una parte del sujeto (la rama) lo que es del todo (la operación de crecer); es una forma común de expresarse pero que no es exacta.

El sujeto de los seres que tienen una naturaleza racional (que es lo mismo que naturaleza espiritual) se denomina persona. Eso es lo que dice la definición tradicional de persona, tomada de Boecio, "persona es sustancia individual de naturaleza racional". El nombre persona designa entonces a los seres que tienen el mayor grado de ser, a Dios, que tiene la posesión plena del Ser subsistente, a los seres puramente espirituales o ángeles y a los hombres, seres corpóreos y racionales. Solamente ellos son personas porque sólo ellos tienen naturaleza racional.

Una propiedad común de la naturaleza racional y, por consiguiente de la persona, es la libertad. La persona, por su naturaleza racional, es capaz de elegir sus actos y por ello es responsable de las consecuencias que se sigan de ellos. En esta capacidad de la persona se fundamenta todo el orden jurídico.

VIII. LOS ASPECTOS TRASCENDENTALES DEL ENTE

Todos los entes, tanto las sustancias como los accidentes, tienen aspectos comunes por el solo hecho de ser entes. Estos aspectos comunes, que se dan tanto en los entes sustanciales como en los accidentales, se denominan "trascendentales", porque trascienden la división entre sustancia y accidente.

Los trascendentales no son principios constitutivos del ente (como potencia y acto, esencia y ser) sino propiedades o aspectos que tienen todos los entes por el solo hecho de ser entes, como el bien, la verdad o la unidad. De todo ente cabe decir que es bueno, verdadero y uno, tanto si es sustancia como si es accidente, si es corpóreo o incorpóreo, si es el Creador o una creatura.

Los trascendentales se conocen por deducción, considerando al ente en sí mismo y considerándolo en relación a otros. Considerado en sí

mismo, se advierte que todo ente es uno, es decir, que es indiviso, al grado de que si se divide deja de ser ese ente y pasa a ser otro, y que es una "cosa" (*res*), es decir, que tiene una esencia propia que lo restringe a ser de una determinada manera.

Considerado en relación a otros, todo ente es distinto de los demás entes, es un "otro" (*aliud quid*) en relación a ellos. Y considerando al ente en relación a la naturaleza racional, que es la única que pueda abarcar al ente en cuanto tal, se deduce que todo ente en cuanto puede ser conocido por la inteligencia es verdadero, en cuanto puede ser apetecido por la voluntad es bueno, y en cuanto es objeto de contemplación, en su bondad y en su verdad, es bello.

Resultan así seis aspectos trascendentales o comunes de todos los seres: unidad, "cosidad" (calidad de cosa), "otredad" (calidad de otro), verdad, bondad y belleza.

Los trascendentales son, por una parte, aspectos que están en los entes, en todos y cada uno de ellos y no algo que se añade a ellos. Cuando se dice, por ejemplo, que el ente es verdadero, no se está predicando una cualidad que pueden tener unos entes y otros no, sino que se está afirmando que el ente, por el hecho de serlo, es verdadero en cuanto es comprendido por una inteligencia; lo verdadero no es algo distinto del ente, sino que es el mismo ente comprendido por una inteligencia; lo mismo se puede decir de la bondad: no es algo distinto del ente, sino el ente mismo en cuanto querido por una voluntad, y lo mismo con los demás trascendentales.

Por otra parte, los trascendentales son nociones distintas de la noción de ente, pues manifiestan de modo explícito aspectos no comprendidos en ésta. Cuando se dice que algo es verdadero, uno o bueno se está expresando un aspecto diferente de cuando se dice sólo que algo es. En realidad el ente es el mismo y por serlo es uno verdadero y bueno, pero cuando decimos que es uno se añade al conocimiento de que ese ente es el de que es indiviso, o cuando decimos que es bueno, verdadero o bello se añaden los aspectos que resultan de la relación del ente con una naturaleza racional.

A continuación se examinarán los trascendentales, unidad (que de algún modo comprende la "otredad" y la "cosidad"), verdad, bondad y belleza.

a) La unidad

La unidad significa que cada ente es en sí mismo indiviso, de modo que es siempre uno y distinto de cualquier otro.

Esta unidad trascendental es distinta de la unidad cuantitativa que procede de la materia, que al dividirse da lugar al número. Una hoja de papel, por ejemplo, es un ente y como tal indiviso, distinto de cualquier otro ente; si la hoja se parte en dos pedazos, resulta que: *i)* esa hoja ha dejado de ser esa hoja y se ha transformado en dos pedazos que es, cada uno, un ente indiviso; la unidad trascendental del ente es tal que si se pierde el ente deja de ser, y *ii)* la unidad cuantitativa papel, al partirse la hoja, se ha duplicado, de modo que en vez de un papel hay ahora dos papeles.

Así como hay diversos grados de entes, hay también diversos grados de unidad. Lógicamente, mientras más perfecto sea el ente, más alto será su grado de unidad. La unidad más perfecta, llamada simplicidad, es la del ente que carece de partes, o sea la unidad de Dios. Los demás entes, que son siempre compuestos, tienen una unidad llamada unidad de composición. Ésta también varía según el tipo de composición que haya en los entes, de modo que se distinguen la unidad sustancial, la unidad accidental y la unidad de orden.

La unidad sustancial es la propia de los entes sustanciales. Entre éstos, hay los entes puramente espirituales, que son compuestos sólo de esencia y acto de ser; como carecen de materia, cada uno agota su propia esencia, y son indivisibles e incorruptibles. Los entes sustanciales corpóreos son compuestos también de esencia y acto de ser, pero además compuestos de materia y forma; esto hace que sean corruptibles, es decir, que puedan dejar de ser por indisposición de la materia, como cuando se evapora el agua, y también divisibles, pues la materia puede seccionarse en partes y causar así la disolución del todo. La unidad sustancial (entre esencia y acto de ser, entre materia y forma) es tan íntima que si se pierde el sujeto deja de ser.

La unidad accidental es la que se da entre sustancia y accidente. Es una unidad menos fuerte que la unidad sustancial, porque el ser del sujeto no depende de la unión con el accidente. Por ejemplo, la figura de un árbol es un accidente que constituye una unidad con la sustancia árbol; si podan el árbol y cambia su figura, el árbol sigue siendo el mismo aunque con una figura distinta.

La unidad de orden se basa en el accidente relación como, por ejemplo, la unidad de una familia, un ejército o una sociedad. Es una unidad que está compuesta de varias sustancias, pero no tiene ella misma una forma sustancial propia; su forma es el mismo orden de relaciones que vinculan a los individuos que la componen. Así, la familia constituye una unidad por el conjunto de relaciones (filiación, paternidad, fraternidad, matrimonio) que se dan entre sus miembros, y lo mismo el ejército o la sociedad. El fundamento del orden es la coincidencia de todos los integrantes en un fin común. Éste es el tipo de unidad que tiene el ser social.

Esta unidad de orden que tienen ciertos grupos humanos hace que el Derecho los considere como una "persona jurídica" o unidad jurídica distinta de la persona de cada uno de sus componentes. Así, los socios que constituyen conforme a las leyes una sociedad mercantil crean una persona jurídica (una unidad de relación), que tiene sus propios derechos y obligaciones y que se distingue perfectamente de la persona de cada uno de los socios, al grado que los socios no quedan obligados por las deudas que contraiga la empresa.

b) *Verdad*

Todo ente en cuanto puede ser conocido por una inteligencia es verdadero; es decir, tiene en sí la aptitud necesaria para ser conocido. Esta verdad que existe en todos los entes como propiedad trascendental se llama específicamente verdad ontológica.

Pero la verdad también se predica de los juicios que hace el entendimiento, como cuando se dice que una afirmación es verdadera o que una persona dice la verdad. A esta verdad de los juicios se le llama verdad lógica.

La verdad de los juicios del entendimiento humano o verdad lógica depende de su adecuación a la verdad ontológica, o sea al ser de las cosas. Cuando se afirma esto es un árbol, la afirmación es verdadera si el sujeto es realmente un árbol, y falsa si es otra cosa.⁸

⁸ La falsedad, en sentido estricto sólo se da en el entendimiento humano, como un defecto suyo, pues el ente como tal siempre es verdadero; así, cuando decimos que una moneda es falsa, lo que se quiere decir es que ese pedazo de metal parece una moneda de determinado valor y por ese parecido puede inducirnos a error, pero como ente tiene en sí la aptitud para ser conocido como es: como un pedazo de metal con apariencia de moneda. Los juicios sí son falsos en cuanto no se adecuan al ser de los objetos conocidos.

Esto hace ver la dependencia de la inteligencia humana respecto del ser. Los entes, en cuanto son, pueden ser conocidos por la inteligencia humana; pero no son porque puedan ser conocidos por ella. La inteligencia es la que se conforma al ente, de modo que lo conoce si lo percibe como es o lo desconoce si la confunde con otro; el ente, en cambio, no muda por el hecho de ser conocido o desconocido, sigue siendo lo que es y como es: la Tierra no dejó de ser redonda cuando los hombres tenían la noción falsa de que era plana.

En el razonamiento jurídico, como es un razonamiento prudencial, intervienen dos tipos de operaciones: la indagación acerca de la realidad que se va a juzgar, y luego el juicio desde el punto de vista de lo justo posible. La verdad en el análisis de la realidad consiste claramente en la adecuación de la mente a la realidad, sin distorsionarla ni simplificarla; es, por ejemplo, la verdad que tienen que averiguar los jueces cuando examinan las pruebas en un proceso: deben tratar de descubrir los hechos tal como fueron, si bien con la limitación de reconstruirlos únicamente a partir de las pruebas que les presentan los litigantes.⁹ La verdad en cuanto al juicio jurídico consiste en su aptitud para solucionar un litigio (actual o posible) de manera equitativa; es decir, de manera que cada parte reciba lo suyo en esa relación concreta. La realidad que refleja tal juicio es la de las relaciones interhumanas establecidas de conformidad con la esencia humana. Por eso, se puede decir que las reglas jurídicas son "verdaderas" en cuanto son aptas para discernir qué es lo de cada quien en situaciones concretas.

c) *El bien*

Todo ente en cuanto puede ser apetecido por la voluntad es bueno, así como es verdadero en cuanto puede ser entendido por una inteligencia. El bien no es algo distinto del ente, sino que es el mismo ente puesto en relación con la voluntad o, dicho en otras palabras, el bien es el ente en cuanto querido.

Lo que hace que un ente sea querido es su propia perfección. La perfección es sinónimo de acto. Lo perfecto es lo que está en acto y lo imperfecto lo que está en potencia: una semilla, por ejemplo, es per-

⁹ Por eso se distingue en el procedimiento entre la "verdad formal" o "verdad jurídica", que es la que puede deducirse de las pruebas ofrecidas por las partes, y "verdad real", que es la que pudiera reconstruirse tomando en cuenta otras pruebas que el juez no puede considerar.

fecta en cuanto es semilla en acto, e imperfecta en cuanto es un rosal en potencia. Desde esta perspectiva se advierte que todo ente, en cuanto tiene el acto de ser tiene esta perfección y es, en consecuencia, bueno, capaz de atraer la voluntad. La perfección de los entes es mayor o menor según sea su acto de ser. Dios, Acto puro, es el Sumo Bien; las creaturas, así como participan del ser, por medio de su propio acto de ser y su esencia, también participan del bien, pero no son el bien.

Para precisar un poco más la noción de perfección, se puede añadir que perfecto no es sólo lo que está en acto, sino también aquello que tiene toda la actualidad que le corresponde según su naturaleza. Así, un caballo de carreras se puede llamar perfecto, no cuando es un potrillo, ni cuando ha pasado la etapa de su mayor vigor, sino que es perfecto cuando está en la edad más robusta, cuando puede correr más rápido y es capaz de reproducirse. Atendiendo a este concepto de perfección, se han distinguido tres modos de ser perfecto: el ser acabado respecto a sus dimensiones (el llegar el caballo a su tamaño máximo), respecto a su capacidad operativa (su capacidad de correr) y en relación a la consecución de su fin (a la reproducción).

Hay todavía un sentido más específico de lo perfecto, como aquello que es perfectivo, es decir, que tiene la capacidad de comunicar su propia perfección a otros. En los seres vivos esta perfección se manifestó sobre todo en la facultad reproductiva.

Si la perfección del ser es lo que lo hace amable, entonces el bien (el ente en cuanto querido) y la perfección son equivalentes. Por eso puede decirse que todo ente es bueno en tanto es perfecto. Esto hace ver que el bien no depende de la voluntad que apetece el ente, sino que el bien depende de la perfección propia del ente. Los entes no son buenos porque sean queridos, sino que por ser perfectos son queridos; la voluntad apetece el ente, pero no lo perfecciona; así, un mineral no conocido ni querido por mucho tiempo, como el petróleo, ni perdió sus propiedades por no ser querido durante siglos ni ganó nada como tal, por el solo hecho de ser querido; o una persona, como ha sido el caso de grandes artistas y pensadores, por el hecho de no ser apreciada por sus contemporáneos no es menos perfecta que otra que haya sido querida y aun honrada por sus contemporáneos.

Teniendo en cuenta que bien y perfección son equivalentes, se pueden establecer tres tipos de bondad: i) La bondad que tienen todos los entes por tener el acto o perfección de ser, o bien trascendental.

ii) La bondad que tienen en cuanto alcanzan el fin que les es propio; es decir, en cuanto actualizan su naturaleza, o bien en sentido pleno (*bonum simpliciter*); por ejemplo, de una manzana que alcanza su plena madurez se puede decir simplemente que es buena; desde este punto de vista se advierte que los entes que tienden al fin que les es propio, que están debidamente ordenados a él, adquieren en cierto grado esa bondad final, por lo que puede decirse, por ejemplo, que es mejor un campo arado que uno erial, o un caballo domado que uno salvaje, no obstante que el campo erial o el caballo salvaje pudieran tener más potencialidades. Y iii) La bondad que consiste en la difusión de la propia perfección. A este sentido del bien corresponde el adagio que dice que el bien es de suyo difusivo (*bonum est diffusivum sui*); es decir, que lo bueno se comunica. Esta comunicación ocurre de modo necesario en las cosas materiales: el sol no sólo brilla, sino que ilumina a otros; las plantas y los animales no sólo crecen, sino que se reproducen y sirven de alimento a otros vivientes; pero en los seres espirituales, esta comunicación sólo se hace libremente, por propia decisión.

La justicia, fin o bien propio del Derecho, es una especie del bien pleno del ser humano o bien moral;¹⁰ es decir, del bien que corresponde a su naturaleza desarrollada en plenitud. No es la justicia todo el bien moral, pero sí una parte fundamental del mismo, dada la naturaleza social del ser humano, al grado que no puede afirmarse de una persona que se desarrolla conforme a su naturaleza racional si no es alguien que procura dar a cada quien lo suyo.

d) Belleza

Hay una tercera conveniencia de la realidad con el alma. El conocimiento de la verdad y bondad de las cosas causa agrado y deleite a quien las contempla. Esta propiedad de las cosas de causar agrado por el solo hecho de ser contempladas es lo que se denomina belleza.

La belleza es como una conjunción de la verdad y el bien que lógicamente se percibe por una operación que es en parte cognoscitiva y en parte volitiva. En el ser humano, su percepción comienza por los sentidos (belleza sensible) y la inteligencia (belleza inteligible), pero no es como la percepción cognoscitiva que termina con la representa-

¹⁰ Se le denomina bien "moral" porque se realiza no necesariamente sino libremente; lo moral es lo propio de la persona.

ción sensible (precepto) o intelectual (concepto) del ser, sino que la belleza conocida agrada a un cierto apetito, en parte sensible y en parte intelectual que, a diferencia de los otros apetitos sensibles y de la voluntad no tiende a la posesión del objeto, sino que se satisface con la sola contemplación del mismo.

Al igual que el bien y la verdad, la belleza no depende del sujeto que la contempla sino que está en el ser; las cosas son bellas en cuanto que son y tienen alguna perfección (al menos la perfección de ser en acto). Pueden distinguirse dos sentidos de la belleza: la belleza que tienen los entes por el hecho de ser, y la belleza en sentido pleno que es la que tienen en la medida que alcanzan la perfección o actualidad propia de su naturaleza.

Esta belleza en sentido pleno se manifiesta a través de tres caracteres que son los que causan directamente el agrado estético: i) una cierta armonía y proporción del objeto en sí mismo y en relación a lo que lo rodea, como la que, por ejemplo, se percibe entre los árboles, plantas, rocas y aves de un bosque; ii) la integridad o acabamiento del objeto en relación a las perfecciones sustanciales y accidentales que exige su esencia, como la que tiene una obra de artesanía bien acabada, que no sólo cumple su forma sustancial de ser; por ejemplo, una jarra, sino que además tiene debidamente realizados todos sus detalles, como color, textura, finura, etcétera; y iii) la "claridad" que en el ámbito de la belleza sensible significa color, luz, nitidez, limpieza o armonía de los sonidos, y en el ámbito de la belleza inteligible significa verdad, inteligibilidad, ser.

El estudio jurídico tiene claramente esa conjunción de verdad y bondad que causa la emoción estética, ya que procura conocer la verdad acerca de lo justo.

SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHO DEL ESTADO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA

Antonio ÁLVAREZ DE MORALES

SUMARIO: *Introducción. I. Normas jurídicas. II. El modelo garantista y el modelo estatista. III. La codificación como medio del garantismo y el estatismo. 1. La polémica Thibaut-Savigny. IV. El Código civil español de 1889.*

INTRODUCCIÓN

Una larga tradición ha provocado que la doctrina del Estado se refiera generalmente, en el examen de los aspectos jurídicos que afectan a la organización de la vida comunitaria, al campo del derecho público y especialmente a sus aspectos constitucionales y administrativos. El interés se ha puesto exclusivamente en las relaciones que unen la institución estatal con las otras instituciones sociales y al conjunto de las normas positivas, en el fundamento de la soberanía, en la división de poderes, en las formas de gobierno o en la centralización.

Pero el estudio de los intentos realizados en el siglo diecinueve para recoger en un cuerpo homogéneo los preceptos del derecho privado no se ha hecho desde este punto de vista. El análisis debe realizarse desde la perspectiva del derecho civil considerado en un momento en el que no nos es permitido distinguirlo del derecho público.¹

I. NORMAS JURÍDICAS

A partir del siglo XVI cuando se afirma el Estado moderno y se inicia el proceso contra las costumbres locales, la necesidad de promover un ordenamiento jurídico capaz de vencer el particularismo medieval, muestra la raíz política de este problema. Este periodo alcanza su cenit en la época de las luces y su coronación máxima en el Código francés de 1804, que lleva a sus últimas consecuencias la actitud de la cultura iusfilosófica de insistir en el concepto de certidumbre del derecho. Pero en la medida que es sostenido por fuerzas e ideologías

¹ CORRADINI, Doménico, *Garantismo e Statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milán, 1971.

antitéticas, tal concepto destaca ya en el momento de aparecer con una doble cara y con el correr del tiempo invade instancias diversas. De un lado al reclamar leyes claras y simples, de modo que los ciudadanos sepan con suficiente anticipación las obligaciones a observar y las sanciones que acarrearán los eventuales ilícitos, se añade en el código el instrumento para asegurar y hacer inatacables los principios del sujeto, su innata autonomía y su incoercible voluntad. Por otro lado las mismas exigencias pero que obedecen a perspectivas distintas, y siempre en nombre de la necesidad de crear un complejo de normas igualmente válido para todos, sirven para ofrecer mayor consistencia al Estado, para asumir las estructuras y extender su dominio. En ambos casos, el programa es unificar el derecho privado.

Además es en la propia doctrina del liberalismo, que alimenta en el siglo diecinueve los esfuerzos codificadores y deja en ellos una impronta indeleble, en la que coexisten y a veces se entrecruzan estos dos principios: la garantía de la certidumbre y el estatismo del derecho. La primera, que coloca al individuo en el centro de atención y lo considera como el centro de todo el ordenamiento, como la guía que oriente la actividad del legislador y los estudios de los juristas, testimonia la lucha contra el sistema del absolutismo y tiene su origen en la reflexión iusnaturalista. La segunda, ligada a una burguesía que detenta los papeles hegemónicos y renunciando a parte de su carga revolucionaria, se preocupa por conservarlos, revela el deseo de mantener los equilibrios tras el hundimiento del antiguo régimen y se conecta al iuspositivismo y a su teoría de las fuentes de producción normativa.

Detrás de la fórmula del Estado de derecho del que los códigos civiles son elementos esenciales porque están en situación de promover el valor de la certidumbre jurídica e impedir que los ciudadanos queden expuestos a los abusos de la magistratura y de los órganos gubernativos, se esconden graves tensiones. Así por un lado, a través de la interpretación que los jurisconsultos dan a las leyes en materia de derecho privado, aquella fórmula que compendia las ansias de rescate y el abatimiento del despotismo indicaba la meta a lograr, al final del siglo diecinueve realiza una parábola y sufre una metamorfosis. Y por otro lado, estado de derecho denotará no tanto un estado que encuentra límites precisos en reglas inderogables y plenas de contenido, como un estado que tiene el monopolio de la creación del derecho y que del derecho acentúa el momento autoritario profundi-

zando la separación entre gobernantes y gobernados. Así la preocupación por la seguridad y la certidumbre del derecho cederá el paso a las perspectivas estatistas.

II. EL MODELO GARANTISTA Y EL MODELO ESTATISTA

Estos caracteres llevan a las instancias de los grupos y los programas del Estado contemporáneo, los objetivos que las dos fuerzas se proponían lograr, a través de la reducción a un sistema de los preceptos jurídicos y especialmente de las normas privatistas aunque divergen profundamente. De un lado, promoviendo un modelo garantista de certidumbre, que se había desarrollado en la doctrina del liberalismo, se sostiene que la ley escrita válida indistintamente para los ciudadanos es necesaria para que sean reconocidos como irrenunciables los derechos fundamentales de la persona y en primer lugar el derecho de propiedad. Por otro lado, en línea con un modelo nacionalista y estatista que acentúa el momento de la autoridad en las relaciones entre los órganos de gobierno y los ciudadanos, se escoge con la legislación y con la codificación el medio para suprimir los particularismos locales conectados al predominio de la costumbre, y hacer más sólido el poder soberano. Pero en cuanto la misma exigencia de certidumbre jurídica se liga a contenidos diversos, como la reflexión en torno a la figura del juez, y los objetivos que asume; dicha exigencia está destinada a cambiar según el ángulo visual elegido. También aquí los caminos parecen dividirse: o se desea establecer severos límites a la actividad de los tribunales para evitar que las sentencias ataquen las prerrogativas inviolables y la autonomía del hombre, o se reclama una legislación armónica para impedir que los magistrados infrinjan los mandatos impuestos desde arriba, y se señala que en caso de duda el intérprete debe consultar al legislador.

Ecos de estas dos concepciones, que se conectan con las instancias del Estado moderno y que dejan una impronta en la historia de la codificación entre el siglo XVIII y XIX, casi individuando la línea de factura entre el antiguo régimen y la época inaugurada por la Revolución francesa, encontramos por todas partes.

En los códigos del siglo XVIII, que aún consideran las costumbres locales y el *ius commune* como fuentes autónomas de producción jurídica, predomina el entendimiento de la certidumbre típica de la ideología política del Estado moderno, de acuerdo con él el soberano promueve la reorganización de las leyes sobre todo para extender

definitivamente su imperio e impedir que los jueces violen sus mandatos. Por ejemplo, Francisco III, duque de Módena, prohíbe en el Código estense de 1771 la obra creadora de la jurisprudencia: "ocurriendo que en la multiplicidad de casos contingentes surge alguna duda razonable sobre la verdadera inteligencia de algunas de estas leyes, queremos, que nuestro Supremo Consejo de Justicia, sea el intérprete y que las Declaraciones se impriman al final de cada año, para que sean conocidas por el público, que deberá observarlas, como si hubieran sido hechas por nosotros mismos".² Y en 1780, interviniendo en los debates que los juristas esforzados en redactar un nuevo y orgánico sistema de reglas privadas estaban teniendo, y que con diversas vicisitudes se sucedía desde 1738, desde que Coccejus había recibido el encargo de su redacción, Federico II de Prusia expresa su desconfianza respecto de la actividad interpretativa de los tribunales y observa que en la hipótesis de una ley oscura o ambigua los jueces deberán interpellar al legislador y de tal modo refuerza una tendencia que tendrá su eco en los parágrafos 46-49 de la recopilación final del Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten de 1794.³ No asombra por ello que, en el reino pontificio en el preámbulo del *Reglamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, promulgado en 1834, se defiendan análogos conceptos; hay que tener en cuenta que a pesar del medio siglo transcurrido desde el periodo del absolutismo iluminista, permanecen casi intactas las estructuras del antiguo régimen en los Estados Pontificios. Después de haber señalado que el objeto del Reglamento es acabar con las incertidumbres, Gregorio XVI concluye exaltando la gran máxima que declara óptimas aquellas leyes que atribuyen a los jueces "el mínimo arbitrario, sin violentar su conciencia; y óptimos los jueces, que atribuyen el mínimo posible a sí mismos".⁴ Y esta cuestión se inserta en un discurso general que, prescindiendo de la insistencia en el papel indispensable asumido por los

² Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sue Altezza Serenissima I. Modena, 1771, IX.

³ WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2a. ed., Göttingen, 1976, p. 327-1; TARELLO, G., *Le ideologie della codificazione*, pp. 238 y ss.

⁴ Gregorius Papa XVI motu proprio, en Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato della santità di N. Signore Gregorio P. XVI con motu proprio del 10 novembre 1834. Esibito il 17 dello steso mese negli atti dell'Apolloni, Segretario e cancelliere della R.C.A., Roma, 1834, 3-7. Vid., también A. AQUARONE, *La restaurazione dello stato pontificio ed i suoi indirizzi legislativi*, Archivio della società romana di storia patria, 1955, LXXVIII, pp. 119-88.

códigos, tiene todavía el aire de ser una paternalista concesión a los súbditos y, por consiguiente vuelve a reflejar la exigencia de extender, a través de la recogida de los preceptos jurídicos en un único documento y a través de la negación a los tribunales de justicia de cualquier facultad discrecional, la hegemonía del Estado absoluto y sus prerrogativas.

El despotismo ilustrado español se ahorró contradicciones no adoptando medidas significativas en este terreno.⁵ La codificación del derecho privado se impone como superación del particularismo jurídico y, en nombre de la certidumbre del derecho, se adopta por lo que se ha denominado la parte más evolucionada del pueblo.⁶ La codificación se planteaba además como premisa de la estatización de todo el derecho del país, pero la redacción escrita y orgánica de tales normas asumía

⁵ Desde la publicación por BACON *De Argumentis Scientiarum* en 1623 está presente la idea de un orden jurídico que obedeciese a un texto normativo único, claro, incontrovertible, explícito en los círculos más cultos de Europa. Pero durante mucho tiempo y en especial en países como España esta idea no podía pasar del plano de una utopía.

En España los planteamientos reformistas en el campo del derecho del absolutismo ilustrado son tímidos y contradictorios. Es significativo que un personaje tan destacado de este reformismo como es Campomanes en un importante documento titulado "Reflexiones sobre la jurisprudencia española y ensayo para reformar sus abusos", escrito en los comienzos de su carrera como abogado, a pesar de que señala la "confusión de la jurisprudencia española" como uno de los grandes males de la situación añadiendo que "en la multitud de todas estas leyes (se refiere a toda la legislación española vigente en ese momento), la gran variedad de tiempos, en que se hicieron, y los muchos casos, que no están comprendidos en las de la Nueva Recopilación, se hace preciso recurrir a ellas en la forma prevenida por la ley de Toro, y entonces se descubren muchas contrariedades y aun confusiones no capaces de superarse con la seguridad que requerian", no aporta más que tibias soluciones como una colección de todos los antiguos Fueros de Castilla y, cuando aborda el problema de las decisiones judiciales, aunque encuentra que el mejor remedio para reformar la justicia sería obligar a los jueces a motivar las sentencias, cierra la discusión apenas sin haberla abierto admitiendo que en Castilla les está prohibido motivarlas por las leyes del Reino para "obviar cavilaciones".

En 1768 se promulga una cédula en la que con ocasión de unificar los aranceles de los tribunales españoles, se aprovechó para dictar otras normas unificadoras prohibiendo a la Audiencia de Mallorca motivar las sentencias, para así unificar samente cuando el iluminismo jurídico lo que propugnaba era justo lo contrario. Vid. ALVAREZ DE MORALES, A., *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1989.

⁶ ALVAREZ DE MORALES, A., *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, 4a. ed, Madrid, 1989; *idem* "El reformismo jurídico de Campomanes", en *Revista de Derecho Público*, núm. 106, 1987, pp. 79 y ss.; *idem*, "Historia del juicio motivado", en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1989, vol. III, pp. 79 y ss.

también el carácter de límite al poder y de garantía frente a su posible arbitrio.

El régimen del absolutismo, en la necesidad de superar los viejos esquemas jurídicos, fundados en los *status* subjetivos, había procedido a una obra de estatalización del derecho y a su racionalización. Se había tratado de una obra de nivelación de derechos civiles, de simplificación de relaciones jurídicas, de centralización de las funciones públicas.

Únicamente con el texto napoleónico de 1804 se verifica una evolución decisiva en la historia de la codificación y se asume el modelo garantista como guía principal de la sistematización del derecho. El Código francés de 1804 representa una novedad, no sólo porque reorganiza el derecho privado, olvidándose de las tradicionales formas de coleccionar las normas, sino también porque significa el tiempo de liberalismo y es receptor con liberalidad de su programa ideológico. No es de extrañar por eso que en el primer programa político del liberalismo español que es la Constitución de Cádiz incluya como mandato constitucional llevar a cabo la codificación.

La tendencia de la ideología liberal del siglo XIX a insistir en el derecho estrictamente considerado y en el valor de una normativa detallada y cerrada en códigos, capaz de regular taxativamente las competencias de la autoridad central y la esfera privada de los individuos, en antítesis de los posteriores movimientos democrático-socialistas que pondrán el acento en la *aequitas* y por tanto en un concepto no definible de modo preciso, se mantendrá intangible en España a lo largo de todo el proceso de elaboración del Código civil, que durará como es sabido todo el siglo XIX.

III. LA CODIFICACIÓN COMO MEDIO DEL GARANTISMO Y EL ESTATISMO

1. La polémica Thibaut-Savigny

La reforma de la justicia fue sin duda un ideal del iluminismo jurídico. Federico II de Prusia quería efectuar esta reforma por medio de una vigilancia estricta de los jueces y por medio de mejores leyes.

El rey y sus consejeros tenían el mismo objetivo: ligar más estrechamente al juez a los textos legales y acabar con el arbitrio judicial. Pero el rey buscaba sólo garantizar su derecho al poder mientras que los legisladores inspirados en las ideas de Montesquieu y Beccaria

buscaban la libertad del ciudadano con leyes claras y comprensibles para todos y se oponían a la creación del derecho por los jueces.

El modelo teórico de los legisladores consistía en un absolutismo de las leyes según el cual todo el sistema jurídico debía estar presentado en forma escrita y en forma de ley. En adelante, el derecho consuetudinario, la interpretación de los jueces o la ciencia jurídica serían reemplazados por la ley formal. Las imperfecciones de la ley no podían ser compensadas más que por el monopolio de interpretación de la Comisión jurídica.

La concepción ideal de los legisladores de la ley no podía ser transferida más que parcialmente del proyecto de Código General al Código Civil General (*Allgemeines Landrecht*). En la práctica del ideal fracasaba también a causa de la técnica permanente de la creación del derecho no formal que ejercía el monarca a causa del desarrollo ulterior judicial del derecho, sobre todo en el campo de la constitución agraria que tenía necesidad de reformas.

Savigny rompió públicamente con el ideal del Siglo de las Luces colocando al mismo nivel a la ley como fuente del derecho, al derecho consuetudinario y la interpretación de la ley por la ciencia. Es decir, que el juez no estaba sometido a la ley. El poder de abolir el derecho consuetudinario era restablecido. El control corporativo de los jueces por los inspectores y su obligación de respetar el ideal de la interpretación científica apuntaban a impedir que los tribunales se perdieran en una jurisprudencia arbitraria.

Las discusiones son alimentadas con fuerza por cuanto los defensores de la codificación creen en el estatismo y reputan útil e indispensable recoger las normas civilistas en un cuerpo orgánico promulgado por la autoridad central. Mientras que los que se oponen a ella insisten en la costumbre y su origen espontáneo, viendo en el derecho escrito un instrumento excepcional que debía usarse poco y juzgando por lo menos como prematura la redacción de un código.

En el pensamiento de Thibaut⁷ predomina sustancialmente la concepción estatista, en la que el derecho consuetudinario pierde terreno, porque parte de un pluralismo ya inaceptable y que por la fuerza de las cosas debe desaparecer para permitir a los miembros de una misma comunidad poseer las mismas leyes e impedir que la ciencia jurídica y

⁷ Los textos fundamentales de la polémica Thibaut-Savigny pueden encontrarse en *La codificación, introducción y selección de textos de Jacques Stein*, Madrid 1970.

los tribunales de justicia se metan en un dédalo de preceptos diferentes. Ya hablar de codificación, constituye señal de despertar de algo como un largo sueño, de un sueño del que los juristas han salido después de la difusión del *ius commune* y de la consiguiente actitud a restringirse al análisis de los textos de Justiniano. Porque aunque representante del fruto de un proceso secular que ha dado su impronta profunda a la civilización europea continental y suscite a la admiración, el derecho romano no ha sido jamás establecido con claridad y certidumbre plenas. Por el contrario, los jurisconsultos han realizado trucciones tan arduas que al final ningún profesor de Pandectas podría, en toda Alemania, haber estado en situación de estudiar histórica y dogmáticamente desde las fuentes todas las doctrinas que se refieren a la propia disciplina. Y también porque el ordenamiento jurídico de la antigua Roma se compone de una serie de fragmentos que no es fácil insertar en un sistema, como si fuera un laberinto donde una vez que se entra se corre el peligro de no saber encontrar el camino justo para abandonarlo. Su supervivencia es en muchos aspectos anacrónica. En particular, en la línea de las doctrinas garantistas y del entendimiento legalista de la certidumbre jurídica, Thibaut condensa el *ius commune*, porque está desprovisto del registro de cognoscibilidad. Sin este requisito, en cuya presencia filósofos y jurisconsultos han señalado la superación de la herencia medieval y en cuyo nombre son llevados a cabo en el siglo XVIII, las luchas por abatir el despotismo, se abre el campo al arbitrio del poder político y de los jueces. La misma erudición de los estudiosos, lejos de ofrecer algún remedio, ha destruido mil veces la pacífica seguridad del ciudadano, en cuanto no es capaz de prever el tipo de sanción que se conecta a sus eventuales ilícitos y es, por consiguiente, turbado en el goce de los propios bienes y en la explicación de los propios negocios. El ancla de salvación, para superar una crisis que es en primer lugar crisis de confianza frente a la estabilidad de la ley y de la creencia de que ésta es aplicada siempre de modo constante en el periodo de su vigencia, es la codificación.

Las tesis de Thibaut unen el derecho civil y la ideología del garantismo y proponen algunos motivos del liberalismo. Una colección de leyes orgánicas escritas, de normas, debían servir, tanto para proteger las prerrogativas inalienables del individuo como para extender la autoridad del Estado. Esta tesis encuentra una inmediata respuesta en el ensayo programático de Savigny quien, al indicar que es en la renovación de la ciencia jurídica y no en la adopción de un código donde

está la "vocación" del siglo XIX y el instrumento para salir de la crisis, contribuye a suscitar en la escuela histórica una mayor conciencia de su carácter, de sus méritos y a profundizar en el camino ya abierto por Hugo. Esta escuela, que del romanticismo deduce el interés por las tradiciones populares y por las costumbres espontáneas que están en la base del derecho, madura en la atmósfera de decadencia del iusnaturalismo y le opone perspectivas diversas. Si los iusnaturalistas miraban hacia preceptos considerados eternos y exaltaban este valor contra la mutabilidad de las cosas y contra las eventuales perversiones de las reglas dictadas por el poder político, ahora el acento se pone en el dinamismo de la experiencia, en el carácter mutable que todo fenómeno está destinado a expresar; así que el horizonte de investigación de los jurisconsultos resulta modificado y ampliado, porque la jurisprudencia deja de referirse a un mundo hipostático de axiomas, a un objeto que bajo el perfil de la estabilidad recuerda el objeto del que se ocupan los estudiosos de la naturaleza, y se traduce en un análisis llamado a tomar en consideración principios distintos impulsados por el ritmo de las vicisitudes sociales.

Para Savigny el derecho es por muchos motivos comparable a la lengua: nace de las relaciones entre los hombres y sigue su proceso sin necesidad de gramáticos ni de códigos. Asimismo, el fenómeno jurídico se agota en el espíritu del pueblo, en las creencias populares; esto es, en fuerzas internas y tácitamente activas, y no en el arbitrio del legislador. Si por ello se establece una antítesis entre costumbre y ley escrita, el primado será de la primera y no de la segunda, como sostenían algunas teorías iuspositivistas que habían encontrado un reflejo filosófico en la meditación de Hegel inspirado el ensayo de Thibaut. En cuanto representan el derecho consuetudinario vivo y son signo de auténtico progreso, las costumbres no sólo proceden sino condicionan el derecho escrito; el cual, explicando una función subsidiaria y no gozando de una verdadera y propia autonomía, debe contentarse con recoger las costumbres jurídicas y sancionarlas con la claridad de sus fórmulas. Cuando traspasan estos límites, las leyes constituyen una inútil corrupción del derecho.

El ordenamiento jurídico es el producto de una fuente que lejos de identificarse con la autoridad del Estado, reside en la vida y en su evolución.

Savigny, poniendo un decidido acento en el paso gradual de un sistema normativo a otro, se hace intérprete de un historicismo enten-

dido como continuidad y no como ruptura. Pero las teorías historicistas al tratar de incorporar en una amplia síntesis la evolución histórica que se manifiesta, por un lado en la continuidad de las instituciones y, por otro, atenta a coger el momento de su ruptura, se presenta necesariamente con una doble cara.

En Savigny no hay huella de la segunda cara; él insiste en el desarrollo autóctono e ininterrumpido del derecho. De aquí su crítica a la Revolución Francesa y a sus consecuencias, entre ellas el Código Civil, fruto del ciego impulso contra la realidad existente y de exageradas e insanas expectativas de un vago futuro; puesto que el Código Civil francés ha pretendido abolir improvisadamente las antiguas instituciones, cancelado las costumbres locales y, en suma, violentado el tranquilo ritmo de la evolución jurídica.

En realidad las críticas de Savigny no van indiscriminadamente contra la idea de código y no niega que en determinadas condiciones se pueda lograr.

Pero sobre todo, si bien estas concepciones se separan de las de Thibaut, estas tesis continúan inspirándose en los presupuestos políticos y filosóficos del garantismo y del estatismo, y también defienden la necesidad de proteger al hombre como individuo, sus privilegios y sus bienes, y reforzar el poder central. Por eso dice Savigny: "En el fin estamos de acuerdo: queremos el fundamento de un derecho seguro, seguro frente a los peligros de la usurpación del arbitrario y de la injusticia". También sostiene la necesidad de un derecho nacional que valga para toda Alemania y contribuya de alguna manera a la unificación. Las divergencias afectan a los medios para satisfacer este fin, pero la ideología en la que los dos juristas se mueven es idéntica. Así, mientras afloran las perspectivas del liberalismo y las preocupaciones por establecer la certidumbre de las relaciones sociales, y el nacionalismo jurídico aspira a sustituir al precedente universalismo jurídico, el derecho civil es el derecho que a la vez que se refiere a la esfera privada del individuo sirve para distinguir a los miembros de una determinada comunidad de los de otra.

IV. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

Es natural que el Código español, porque se inspira en el Código francés, del que se empeña en precisar el léxico —como fue observado por un profesor francés al publicarse: parece "el resumen de curso de

un excelente profesor" (*le résumé du cours d'un excellent professeur*)—,⁸ repita los motivos generales del garantismo. No es casualidad que el acento recaiga sobre la propiedad (artículo 348 y s.). Y, en torno a toda esta disciplina privatista, se dan una serie de límites para permitir al sujeto gozar de los bienes propios y acrecentar la fuerza económica. A la figura y a las prerrogativas del propietario vienen dedicados los libros segundo y tercero (De los bienes, de la propiedad y de las modificaciones y de los diferentes modos de adquirir la propiedad). Respecto al estatismo tuvo que ceder inicialmente permitiendo los derechos forales, pero la resolución final para éstos lo ha remachado.

⁸ LEVÉ, A., "Introduction", en *Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889*. Traduit et annoté, Paris, 1890, p. V.

UNA NUEVA LECTURA DEL PLAN DE IGUALA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

A Carlos Herrejón Peredo

SUMARIO: I. *Hacia una visión justa de la Independencia de México.*
II. *El Plan de Iguala: el mérito de Iturbide.* III. *Dos versiones para un mismo plan.* IV. *El legado de Iturbide.*

I. HACIA UNA VISIÓN JUSTA DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

Hay temas y personajes en la historiografía mexicana sobre los que pesa una injustificable y en ocasiones vergonzosa condena que ha impedido su estudio sereno o su análisis sin la carga emotiva, pasional y política que en un momento determinado el juicio inflexible y parcial de una visión particular de la "historia" política de México vertió sobre ellos. Hoy por hoy, y desde hace muchos años, son totalmente olvidados por nuestros historiadores "nacionalistas", teniendo que ser los de otras latitudes —franceses, estadounidenses, ingleses y hasta canadienses— quienes los hayan abordado, en ocasiones, hasta magistralmente, con un alarde de recursos favorables para la investigación histórica, con menos subjetivismo y mucho más comprometidos con la comprensión y con la explicación de nuestro pasado.

Si se tratara de temas y personajes secundarios cabría pensar que esa amnesia se debiera a la poca importancia del acontecimiento o del personaje; pero cuando uno y otro resultan no sólo significativos sino auténticamente trascendentes para la vida y ser mismo de nuestro país ni la lógica, ni un mínimo sentido común, explican cabalmente el por qué de tantas ausencias. Máxime cuando día a día las prensas nacionales arrojan un buen número de impresos de todo tipo sobre temas históricos que prefieren abundar más sobre el examen de la existencia de un obraje en una determinada región, el precio de la cochinilla o el proceso inquisitorial al que fue sometida una adivina en el siglo XVIII. ¡Como si los esfuerzos de nuestros intelectuales ya hubieran

dado frutos imparciales, justos y científicos sobre esos temas y personajes de tanta importancia para nuestra historia!

Este sería el caso de la independencia de México. La historiografía oficial *ya se construyó*, y determinó, con sentencia inapelable, la absolución o la condena de héroes inmaculados o de villanos indignos del recuerdo popular. Las nuevas generaciones han de abreviar *necesariamente* en esa visión y ni siquiera les cabe la posibilidad de replantear con métodos modernos y espíritu imparcial la visión oficial de la historia mexicana.

En el inconsciente colectivo, la versión oficial —falsa, o en todo caso parcial, y a todas luces política— domina, impidiendo el imperio del más elemental sentido común y el aprovechamiento de aquellos métodos y fuentes que la investigación historiográfica moderna facilita y pone en las manos de los historiadores comprometidos con la verdad histórica no con el ascenso político ni con la legitimidad de un imaginario que a costa de esa verdad se nos ha querido imponer... y se nos ha impuesto. Un magnífico ejemplo serían los casos de Agustín de Iturbide y de la consumación de la independencia, cuya fecha incluso pasa desapercibida para la inmensa mayoría de los mexicanos quienes celebran —y se debe seguir celebrando— el 16 de septiembre como la fecha que recuerda *la independencia de México*, no obstante que México no alcanzó su independencia un 16 de septiembre de 1810 sino el 27 de septiembre de 1821. Lo que ocurre es que en 1810 intervino un buen cura —que por otro lado la historiografía oficial se resiste a aceptar que fuera primero, cura, y luego, bueno, sustituyéndolo por un cura amancebado, heterodoxo y enciclopedista— y en 1821 un pérfido, cruel y traidor militar criollo. Y la verdad no nos gusta porque no cuadra con esa historiografía que quisiéramos hubiera ocurrido pero que simplemente no ocurrió: que la consumación de la independencia fuera el resultado de grandes epopeyas bélicas, de héroes comparados con los de la antigüedad griega (ya de perdida siquiera comparables con los que consumaron la independencia de los países de Norte y Sudamérica) que estuviera llena de pasos a través de los Andes, de guerras a muerte, de Bolívars y Sucre... Nos cuesta reconocer que en México no tuvimos Carabobos ni Ayacucho y que la independencia la obtuvimos gracias a un esfuerzo político y diplomático, pacífico y conciliador, inteligente e incruento, más que a una gesta guerrera, definitivamente fracasada hacia 1816. ¡Cuánto nos pesa esta realidad!; y cuánto más aceptar que si la independencia no se consumó antes fue precisamente porque la guerra no en-

frentó precisamente a criollos, indios y castas contra los gachupines sino más bien, y en muy buena medida, a criollos contra criollos: unos en favor de unos procedimientos que los llevaron a la guerra civil y a la masacre de españoles, es decir, a la división, y otros que prefirieron el camino de la concordia, de la autonomía transitoria, de la negociación, manteniendo en lo posible la unión entre americanos y peninsulares. Allá estarían Hidalgo, Allende, Morelos, los Bravo, Guerrero y Victoria; acá los oficiales criollos del ejército realista, los miembros del Cabildo de México en 1808, los conspiradores de Valladolid, los diputados a Cortes —en Cádiz y en Madrid— los Guadalupes, Iturbide y, acaso también, muchos peninsulares.

Cuando desapasionadamente tratamos de explicar el por qué de la facilidad del proyecto iturbidista para consumar la independencia del reino no hay más respuesta que la tercera de las garantías propuestas en el Plan de Iguala: la Unión. Respecto de la Religión, no cabe duda de que todos estaban por el mantenimiento de la católica como la única del nuevo Estado, aun cuando mucho del triunfo de Iturbide se debiera a la garantía expresa que en este renglón dio a quienes estaban asustados ante el avance de ciertas medidas atentatorias contra los privilegios del clero regular y secular. Respecto a la Independencia, hacia 1821, los intentos autonomistas poco precisos en 1808 se habían definido claramente: todos la querían. Pero en lo que no había acuerdo entre las élites novohispanas, lo que había mantenido la discordia criolla y evitado su consumación años atrás, era el modo de lograrla.

Esta división criolla provocaría —al margen de los focos de resistencia insurgentes perfectamente localizados— que aún en los momentos de mayor expansión de la guerra insurgente, el virreinato de la Nueva España —junto con el de Perú— se hubiera mantenido fiel a la Corona: prácticamente no hubo acciones militares en la península de Yucatán, en Centroamérica, en grandes extensiones de la Nueva Galicia, ni en las Comandancias de Provincias Internas de Oriente o de Occidente. Una vez pasado el furor mesiánico del movimiento encabezado por Hidalgo, las intendencias de San Luis Potosí, Zacatecas y Guadalajara volvieron a la tranquilidad, y la de Oaxaca y buena parte de la de Veracruz, una vez que Morelos fue derrotado gracias más a las disidencias entre los propuestos insurgentes que a las acciones del ejército realista.

¿Cómo explicar entonces esa facilidad para separar la rama del tronco en 1821? Considero que la clave fue la Unión propuesta por

Iturbide en un plan que garantizaba al español que no sería ni arrojado del nuevo Estado, ni perseguido, ni objeto de expoliaciones, venganzas o crímenes; es decir, lo que Iturbide garantizó en Iguala fue el fin de la guerra total, de la guerra a muerte que había llegado a ser la bandera de Hidalgo y de Morelos. De esta forma, la clase criolla que desde 1808 había mostrado sus deseos de autonomía —y dentro de la cual hay que incluir al propio Iturbide como un autonomista más— pudo reconciliarse entre sí y conciliarse con los gachupines, quienes verían en el proyecto iturbidista la salvaguarda ya no sólo de sus intereses económicos sino —después de las experiencias dramáticas de las matanzas de españoles ordenadas por Hidalgo y por Morelos— la de sus propias vidas. Y es que la Unión bastó para reencontrar un camino que, previsto en 1808, se había perdido gracias a la fiebre bélica, destructora y desgarradora causada por el grito de Dolores.

Una visión así, se me dirá, pertenece a la más pura historiografía conservadora y reconoce sus fuentes en la *Historia de México* de Lucas Alamán (1792-1853).¹ En parte lo es y en parte no, pues mucho más debe a la lectura de las modernas interpretaciones de la historia de la independencia escritas por historiadores de las nacionalidades citadas como Anna, Ladd, Hamnett, Rodríguez, Guerra, Archer, Arnold, Benson² y, desgraciadamente, por muy pocos mexicanos como Herrejón, Ocampo, Guadalupe Jiménez, Guedea, De la

¹ ALAMÁN, Lucas, *Historia de Méjico desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, Méjico, Imprenta de J. M. Lara, 1852.

² ANNA, Timothy E., *El imperio de Iturbide*, México, Alianza Editorial/Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1991; *La caída del gobierno español en la ciudad de México*, México, F.C.E., 1981; *España y la independencia de América*, México, F.C.E., 1986; LADD, Doris M., *La nobleza mexicana en la época de la independencia 1780-1826*, México, F.C.E., 1984; HAMNET, Brian R., *Raíces de la insurgencia en México*, México, F.C.E., 1990; *La política española en una época revolucionaria 1790-1820*, México, F.C.E., 1985; *Revolución y contrarrevolución en México y el Perú*, México, F.C.E., 1978; RODRÍGUEZ, Jaime E. (ed.), *The independence of Mexico and the creation of the New Nation*, UCLA, Latin American Center Publications, 1989; "La transición de colonia a Nación: Nueva España 1820-1821", *Historia Mexicana* (170), vol. XLIII-2, octubre-diciembre, 1993, pp. 265-322; GUERRA, François-Xavier, *Modernidad e independencia. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, 2a. ed., México, F.C.E./Mapfre, 1993; ARCHER, Christon I., *El ejército en el México borbónico. 1760-1810*, México, F.C.E., 1983; ARNOLD, Linda, *Burocracias y burócratas en México, 1742-1835*, México, Grijalbo/Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1988; LEE BENSON, Nettie, *La diputación provincial y el federalismo Mexicano*, 2a. ed., México, Cámara de Diputados, 1980.

Torre Villar y Luis González.³ (Es una pena que por el dominio inconsciente de aquella visión historiográfica oficialista de la historia de la independencia no sea ya tanto cultivada por los mexicanos y sí con mayor frecuencia y mayores éxitos por extranjeros.) Pero, independientemente que esta visión se acerque a las interpretaciones conservadoras, lo que resulta ya insostenible es afirmar que por el hecho de ser calificadas de conservadoras no sean veraces, ni que resulten útiles y necesarias para reinterpretar los procesos que condujeron a nuestra independencia. Y es que resulta que en la historiografía decimonónica y contemporánea los conservadores simplemente no tienen lugar o lo tienen como "los malos". No sólo los historiadores, sino también los poetas, filósofos, teólogos, músicos, juristas y literatos "conservadores" se deberán incluir en una historia que ya no sólo sea política si se quiere tener una visión más veraz de nuestra historia.

Hasta ahora, sin embargo, la visión dominante es la única que vale, cuenta y "dice la verdad". Esto parece definitivo aunque lo dramático para esta versión resulte que el examen de nuevos documentos, la relectura de otros viejos con una nueva óptica, y el trabajo historiográfico no comprometido con el poder, arroje resultados donde se aprecian en ciertos casos asombrosas coincidencias con las interpretaciones que antaño hicieron los historiadores calificados de conservadores. En todo caso, la nueva visión que se quiere tener de la independencia no recurre a la lectura de éstos simplemente para descalificarlos sino para utilizarlos en una reflexión que abarque todas las fuentes en su conjunto, como vestigios, testigos o intérpretes de ese proceso, y siempre con la honestidad intelectual del que no quiere escribir la epopeya nacional sino comprender qué fue de México hace casi dos siglos. Por todo lo anterior, hoy que se anuncian tantas revisiones de personajes de nuestra historia sobre los cuales aparentemente contábamos ya con juicios definitivos (Díaz, Cortés, Santa

³ HERREJÓN PEREDO, Carlos, muchos de sus libros, en particular su trilogía sobre Morelos publicada por El Colegio de Michoacán, pero sobre todo a través de largas, inteligentes y siempre gratas conversaciones durante diez años de amistad... y aprendizaje; OCAMPO, Javier, *Las ideas de un día*, México, El Colegio de México, 1969; JIMÉNEZ CODINACH, Guadalupe, *La Gran Bretaña y la Independencia de México, 1808-1821*, México, F.C.E., 1991; *México en 1821: Dominique de Pradt y el Plan de Iguala*, México, El Caballito/UIA, 1982; GUEDEA, Virginia, *En busca de un gobierno alterno: los Guadalupe de México*, México, UNAM, 1992; DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, *La independencia de México*, 2a. ed., México, F.C.E./Mapfre, 1992; GONZÁLEZ, Luis, *Once ensayos de tema insurgente*, Zamora, El Colegio de Michoacán/Gobierno del Estado de Michoacán, 1985.

Anna), parece necesario y de elemental justicia replantear el papel histórico y la importancia de la obra de Agustín de Iturbide (1783-1824), el gran olvidado de nuestra historia, no obstante deberle —casi nada— nuestra independencia aunque a muchos, ayer y hoy, les pese esta verdad. Sirvan estas breves líneas para provocar dicho examen sobre una figura que no sólo merece ser rescatada *por los mexicanos* sino requiere ser despojada de tanto juicio adverso que la pasión, la ignorancia, la envidia y la mala fe vertieron sobre su persona —hasta hacerla prácticamente desconocida— desde que asumió el trono imperial. Por el simple hecho de haber “desatado el nudo sin romperlo” que nos unía con España y hacernos un país independiente lo merece, más allá de toda pugna que pudo haber tenido posteriormente con un congreso irresponsable; de toda ambición; de toda crueldad que mostró en el pasado o de su falta de carácter para gobernar; que al fin y al cabo ninguno de nuestros héroes consagrados de aquellos años estuvieron exentos ni de ambición, ni de falta de carácter, ni de crueldad.

II. EL PLAN DE IGUALA: EL MÉRITO DE ITURBIDE

Como testimonio de esas ausencias historiográficas en torno a la figura de Iturbide y de su obra sobresale la carencia de estudios en torno al que debe ser considerado como el documento clave para explicar la organización constitucional del Estado mexicano en los albores de su independencia: el Plan de Iguala.⁴ No fue una constitución pero fijó las bases fundamentales para la constitución del Estado mexicano independiente, ya que contiene sus primeros principios de organización política y establece muchos de los propósitos y características que dicho Estado debía tener. Modelo y ejemplo de prudencia política y de conciliación entre los más diversos intereses que entonces poseían las diferentes clases y grupos que componían la heterogénea sociedad mexicana, el Plan de Iguala encontró el remedio buscado durante vein-

⁴ La bibliografía específicamente dedicada al examen del Plan es en verdad escasa. Vid. JIMÉNEZ CODINACH, *México en 1821*; BENSON, “Iturbide y los planes de Independencia”, *Historia Mexicana* (7), vol. II, núm. 3, enero-marzo, 1953, pp. 439-446 (se trata más bien de una reseña al libro de ROBERTSON, *Iturbide of Mexico*, Durham, Duke University Press, 1952); antes, RAMOS PEDRUEZA, Antonio, *El Plan de Iguala, sus orígenes y su importancia*, México, Eusebio Gómez de la Puente, editor, 1921, y SANTIBÁÑEZ, Enrique, *El Plan de Iguala o de las Tres Garantías*, México, Imprenta Naco, 1921.

tidós años para lograr la separación de España sin que ésta significara el derramamiento de sangre de los habitantes de la América Septentrional, ni la pérdida de la riqueza material del reino. Fueron estas bases, estos principios y este *discurso* (como ahora se dice) el que sirvió para consumir la independencia, no los contenidos en la Constitución de Apatzingán, en el Acta de Independencia jurada en Chilpancingo años atrás, o en otros documentos de la época.

Dichas bases serían juradas por el primer Congreso constituyente mexicano y, aunque más tarde se declarara insubsistente el punto relativo a la forma de gobierno,⁵ continuarían siendo por disposición expresa del Congreso bases fundamentales de la Nación durante muchos años: hasta que la expulsión de los españoles a fines de la década de los veinte del siglo pasado, la reforma juarista y los proyectos anexionistas de los liberales de ayer y de hoy en pro de los Estados Unidos las amenazaran peligrosamente o de plano las destruyeran.

Es cierto que su contenido obedece al imperativo de conciliar varios intereses, pero esto, lejos de calificarse peyorativamente, como se ha hecho, es lo que determina su grandeza y justifica su alabanza pues, ¿acaso no consiste en esto la buena política? Iturbide supo entender la realidad política del país con toda claridad: se había roto la sorprendente unidad colonial y en su lugar habían aparecido diversos grupos, clases, intereses, aspiraciones regionales, temores y celos que la tarea inmensa que esperaba a quien quisiera construir y echar a andar a un nuevo Estado tendría que tomarlos en cuenta, reunirlos y satisfacerlos a todos dentro de un programa de unidad; programa que vendría a ser nuestro primer proyecto verdaderamente nacional. Iguala lo contiene y de aquí su extraordinario éxito. Las Tres Garantías (*Religión, Unión e Independencia*) lo resumen y lo simplifican magistralmente a la vez que nos hacen olvidar otras partes del Plan igualmente importantes y viables en esas circunstancias: *la monarquía*, si, pero templada por una constitución *peculiar y adaptable* a nosotros, no burdamente copiada a una u otra potencia extranjera; ⁶ *un emperador*

⁵ El Decreto del 8 de abril de 1823 declaró insubsistente el Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba “por lo respectivo á la forma de gobierno que establecen y llamamientos que hacen á la corona”, dejando “vigentes por libre voluntad de la nación las tres garantías, de religión, independencia y unión”. Véase en MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Derecho Público Mexicano*, México, Imprenta del Gobierno, en Palacio, 1871, t. I, p. 241.

⁶ ANNA afirma falsamente, sin embargo, que el Plan “pedía el establecimiento de un México autónomo bajo una monarquía constitucional limitada, regida por la Constitución de Cádiz”. Vid. *La caída*, pp. 225 y 226. (Los subrayados son nuestros).

ya hecho, "para precaver los atentados funestos de la ambición" (la clave para comprender el fracaso del imperio iturbidista), la creación del ejército mexicano (el de las Tres Garantías; nuestro primer ejército); la vinculación —no dependencia— con la madre patria en un plano de franca igualdad e independencia absoluta; la continuidad del aparato burocrático existente, lo que aseguraba la marcha normal de la administración y la tranquilidad en los gobernados y los gobernantes; la conservación de los privilegios del clero regular y del secular amenazados por la política antieclesiástica peninsular; la protección absoluta a la propiedad de las personas tan vulnerada con motivo de once años de lucha, y, por si fuera poco, la absoluta igualdad entre europeos, criollos, indios y negros. No en balde Zavala lo calificaría de "obra maestra de política y de saber",⁷ juicio que muy pocos se han atrevido a rechazar.

No obstante contener estas bases fundamentales que dieron ser al nuevo Estado, la historiografía oficial no reconoce mayor importancia al Plan de Iguala al que identifica con un documento de suyo conservador —en el peor de los sentidos de este concepto— y que hoy, gracias a nuevos estudios, podemos entenderlo como preñado de ideas liberales y modernas. Lo que ha ocurrido es que en el liberalismo mexicano no ha habido lugar para "el propósito de Iguala"⁸. "El punto de vista tradicional es que la Independencia fue lograda como un rechazo reaccionario de la Iglesia, el ejército y los terratenientes a cumplir con el constitucionalismo liberal español",⁹ llegándose a afirmar por buenos intelectuales que "el Plan de Iguala abolió la constitución y sus reformas".¹⁰ Ahora sabemos que en el Plan hay más ideas modernas y liberales que reaccionarias; la idea del gobierno constitucional, la vigencia interina de la Constitución de Cádiz; la igualdad absoluta de los habitantes del reino; la protección a la propiedad individual; la independencia absoluta; el establecimiento de un Congreso; el acceso a los empleos en virtud de los méritos y las virtudes, no mediante el pago por ellos, y la división de los po-

⁷ DE ZAVALA, Lorenzo, *Ensayo histórico de las revoluciones de México desde 1808 hasta 1830*, México, F.C.E./Instituto Cultural Helénico, 1985 [México, 1845], t. I, p. 88.

⁸ LADD, *op. cit.*, p. 190.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ VILLORO, Luis, *La revolución de independencia*, citado por LADD, *ibidem*.

deres.¹¹ Se ha probado el apoyo al Plan de Iguala por parte de sectores liberales; oficiales del ejército, comerciantes, eclesiásticos, y la nobleza criolla y peninsular¹² de tal suerte que hoy ya no puede sostenerse la afirmación de que el proyecto de Iguala y la consumación de la independencia obedecieron a un movimiento contrarrevolucionario o reaccionario: "No hubo contrarrevolución, la independencia se logró porque los mexicanos la deseaban, la consideraban un avance positivo, y no una reacción contra algo. La deseaban porque la Constitución [de Cádiz] les mostró a los mexicanos qué fácil sería obtener la autonomía completa. Sin embargo la Constitución no colmó el deseo de autonomía de los criollos, porque las Cortes, sin importar lo liberal que fueran, aún mantenían a Nueva España en la dependencia colonial".¹³ Se trataba más bien de aprovechar lo mejor del constitucionalismo español sin llegar a sus excesos, sobre todo en materia religiosa, y construir un Estado sobre la base de una nueva Constitución "peculiar y adaptable". Lo que vendría a significar que tampoco se estaría en la disposición de aceptar todo el liberalismo español: Si éste no aceptaba la independencia, el liberalismo de Iguala no tenía por qué aceptar todo lo dispuesto en la Carta de Cádiz y en los decretos de las Cortes. Tal vez en esto radique la genialidad de Iturbide: en percatarse de la necesidad (hasta la fecha y durante tantos años buscada en nuestro país) de constituir un Estado atendiendo a sus peculiaridades, a su historia, a su naturaleza, a sus hombres, a sus características sociales, a su "imaginario social", a su geografía, a sus creencias, tradiciones y costumbres; con lo que, aprovechándolo, se alejaría del programa abstracto y universalista propuesto por el ius naturalismo racionalista europeo, dominante entonces, y se acercaría —sorprendentemente— al modelo contrario, al "historicista" que entonces comenzaría a difundir, entre otros, la Escuela Histórica alemana.

No era, pues, la Constitución lo que se rechazaba en Iguala, ni la división de poderes o la libertad de prensa, ni por el contrario, se aceptaba la desigualdad estamental o la inquisición; lo que en Iguala se rechazó fue, por un lado, la discordia que tan funestos resultados había provocado desde hacía once años, y por el otro, el servilismo hacia modelos político-constitucionales óptimos para otras latitudes pero

¹¹ Vid. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Modernidad, mito y religiosidad en el nacimiento de México" en RODRÍGUEZ (ed.), *op. cit.*, pp. 237-246 y LADD, *op. cit.*, pp. 189-196.

¹² LADD, *idem*.

¹³ ANNA, *La caída*, p. 223.

inadecuados para la América Septentrional. Subyace en Iguala un deseo auténtico de independencia total porque ésta supone un previo reconocimiento no menos evidente de nuestra diferencia con España. No estoy de acuerdo, entonces, en la idea de que el proyecto de Iguala era simplemente autonomista, como proponen ahora los historiadores canadienses y norteamericanos.¹⁴ Iguala es francamente independentista por separarse prudentemente del modelo gaditano en lo que no le fuera adaptable y conveniente al nuevo Estado, que en lo otro no habría obstáculo en aceptarlo. El hecho de proponer la separación pacífica, civilizada y jurídica en un plano que mantuviese relaciones de franca camaradería con la antigua metrópoli no significa ninguna merma a la independencia absoluta de la Nueva España; lo que determina a ésta es el hecho de ser diferentes y la facultad de darse a sí misma una constitución propia; es decir, el ser soberana, y ésta quedó consagrada en los artículos 2, 3 y 11 del Plan de Iguala.

El ser diferente cabía también respecto del resto de América, por lo que el Plan estableció la independencia no sólo respecto de España sino de cualquier otra potencia "aun de nuestro continente". Nadie ha subrayado el mérito de esta manifestación de independencia continental que se sancionó en Iguala. La unión constitucional hispánica sancionada en Cádiz quedaba total y definitivamente disuelta en aras del establecimiento constitucional de nuevas entidades políticas, justificadas en y por sus diferencias, y en uso de su particular soberanía. ¿Cabía entonces aceptar sin más la Constitución española?, ¿había que rechazarla totalmente? ¿No resultaba más lógico y conveniente una fórmula transitoria que permitiese la vigencia, también transitoria de la constitución española? Iturbide tuvo clara conciencia de estos problemas, vio a México con toda claridad y propuso una forma de gobierno, una constitución y un camino *para México*: "la rama era igual al tronco" pero no idéntica, por lo mismo, debía y podía darse una constitución "análoga al país". Aquí reside la esencia de la soberanía de México, en la posibilidad de darse una constitución, unas leyes, una forma de gobierno, un sistema político propio, ideado o inventado por y para nosotros, que pudiera recoger ideas o inspirarse en el de otros pero sin seguirlos servilmente. Esta fue la realista visión de Agustín de Iturbide que supo aprovechar la modernidad sin tirar al pozo lo que entonces éramos, en aras de un idealismo políticamente seductor pero irresponsable. Si había que conservar algo era la con-

¹⁴ Entre otros, ANNA, ARNOLD y LADD, en las obras citadas, *passim*.

cordia y la majestad de un imperio que hasta poco antes había sido opulento, lo que sólo se lograría "desatando el nudo sin romperlo".

Resulta evidente, en consecuencia, que el mérito del Plan no fue tanto el haber propuesto un régimen monárquico constitucional que asegurase un plano de absoluta igualdad entre la Nueva España y la Metrópoli peninsular dentro de una situación que algunos historiadores extranjeros han definido como "autonomía". Se reconoce ya que dicho plan tiene en este punto influencias, antecedentes y seguramente la participación de otras personas. El propio Iturbide recordó al virrey Apodaca en carta del mismo 24 de febrero que su plan era uno más de los que por entonces se estaban formando: "¡Cuántos otros planes Sr. Exmo. se están formando hoy en Oaxaca, en Puebla, en Valladolid, en Querétaro, en Guadalajara, en San Luis Potosí... en la misma capital alrededor de V.E.: tal vez dentro de su misma habitación!"¹⁵ O en España, donde Michelena, Alamán y Ramos Arizpe proponían por esos mismos meses sus propios planes de autonomía.¹⁶ La influencia de las ideas del Abate de Pradt han sido magníficamente analizadas por Guadalupe Jiménez;¹⁷ la correspondencia en alguno de sus puntos respecto a los deseos del propio caudillo insurgente Vicente Guerrero defendida por el recién fallecido Ernesto Lemoine;¹⁸ la identidad con las proposiciones manifestadas por el canónigo, gobernador de la Mitra de Michoacán, Manuel de la Bárcena en su *Manifiesto al mundo de la justicia y la necesidad de la independencia de la Nueva España* más que evidente.¹⁹ En fin, hoy ya nadie puede afirmar que "el éxito del Plan de Iguala y del Tratado de Córdoba" se deban "únicamente al genio y a la grandeza de Iturbide", tal y como lo hizo notar hace ya más de treinta años la también recientemente fallecida historiadora norteamericana Nettie Lee Benson.²⁰ Pero tampoco nadie ha podido demostrar que el Plan en su esencia, en su composición, en su manera de conciliar los intereses "que en el aire estaban", en su redacción original, en la forma de conjuntar las di-

¹⁵ CUEVAS, Mariano, *El Libertador. Documentos selectos de Don Agustín de Iturbide*, México, Patria, 1947, p. 188.

¹⁶ BENSON, "Iturbide", pp. 439-444; RODRÍGUEZ, "La transición", pp. 283-290.

¹⁷ *México en 1821*, op. cit.

¹⁸ LEMOINE, Ernesto, *La revolución de independencia. 1808-1821. La República Federal Mexicana. Gestación y nacimiento*, vol. III, México, Departamento del Distrito Federal, 1974, pp. 298-299.

¹⁹ GARCÍA ALCARAZ, Agustín, *La cuna ideológica de la independencia*, Morelia, Fimax, 1971, pp. 103-107.

²⁰ BENSON, "Iturbide", p. 443.

versas proposiciones que planes distintos manifestaban, en la manera de conseguirlo: la Unión, propuesta como único camino viable para la independencia y para el aseguramiento de la religión, no se deban al genio personal de Iturbide. Es por estas razones —no porque existieran otros planes con ideas similares a alguna o algunas de las propuestas contenidas en el Plan, o influencias de uno u otro autor, o porque algunos hayan metido su mano en la redacción final o para precisar algunos de sus artículos— que pudo Iturbide con toda legitimidad y veracidad afirmar categóricamente que era suyo "porque sólo lo concebí, lo extendí, lo publiqué y lo ejecuté".²¹

III. DOS VERSIONES PARA UN MISMO PLAN

Sobre este aspecto —la paternidad del Plan de Iguala— se han distraído mucho los autores, impidiendo dicha distracción el análisis objetivo y mesurado de su contenido. Ni siquiera —salvo tangencialmente Montiel y Duarte, Robertson y Manuel Calvillo y, con cierta audacia, el autor de la voz correspondiente en el muy difundido *Diccionario Porrúa* (¿José Bravo Ugarte?)— se han percatado o detenido a analizar una cuestión de extraordinaria importancia: ¿Cuál fue el texto oficial del Plan firmado en esa población del hoy Estado de Guerrero? Ya Robertson —el aún no traducido Robertson—²² en 1952 advirtió que era muy desafortunado el hecho de que en 1821 se publicaran varias versiones del Plan, o se copiaran y enviaran a varios individuos y gobiernos de ciudades.²³ Aún hoy nadie —salvo el autor del *Diccionario* citado— ha reparado en las consecuencias de este hecho; ni esclarecido satisfactoriamente aquella interrogante.

Tanto las obras historiográficas clásicas de la época como las contemporáneas, así como las colecciones documentales antiguas o modernas presentan a cualquier lector dos versiones distintas del Plan de Iguala. La primera corresponde al *Borrador* escrito por el propio

²¹ ITURBIDE, Agustín de, *Su testamento desde Liorna*, México, Jus, 1973, p. 10. En contra, CALVILLO, Manuel, *La consumación de la independencia y la instauración de la República Federal, 1820-1824. La República Federal. Gestación y nacimiento*, vol. I, México, Departamento del Distrito Federal, 1974, p. 76, donde concluye "parece inaceptable que Iturbide fuera su autor". Léase en esta magnífica obra un estudio sobre el problema de la participación de otras manos en la elaboración del Plan y cfr. RODRÍGUEZ, "La transición", pp. 296-299.

²² Sirvan estas líneas de incentivo para que mi buen amigo Rafael Estrada Sámano concluya una traducción por tantos y por tanto tiempo esperada.

²³ ROBERTSON, citado por ANNA, *El Imperio*, p. 17.

Iturbide y al *Plan de Yndependencia de la América Septentrional* suscrito por Iturbide en Iguala el 24 de febrero; ambas versiones manuscritas se conservan y el Centro de Estudios de Historia de México Condumex las editó en forma facsimilar hace ya algunos años.²⁴ Esta versión se compone de una *Proclama* inicial que comienza, en el *Borrador*: "Americanos, vajo cuyo nombre comprendo no sólo á los *nasidos* en América, sino á los Europeos, Africanos, y Asiáticos, que en ella residen", y en el *Plan*: "Americanos; bajo cuyo nombre comprendo no sólo á los *nuestrros* en América, sino á los Europeos; Africanos; y Asiáticos, que en ella residen"; 23 *bases sólidas* numeradas, una *Proclama* final que comienza: "Americanos he aquí el establecimiento y la creación de un nuevo Ymperio", y la data del documento. El *Plan* añade, sin embargo, la firma y rúbrica de Agustín de Iturbide y la orden relativa a que se sacase una copia certificada para remitírsela al Virrey.

Esta versión (más cercana a la del *Borrador* pero no idéntica a ninguna de las dos) la publicó Carlos María de Bustamante en su *Cuadro Histórico de la Revolución Mexicana*²⁵ copiándola, afirma, del número dos del periódico trigarante *El Mejicano independiente* del 17 de marzo de 1821 y cuyo número uno apareció el sábado 1º de marzo dando a conocer las actas levantadas en Iguala los días 1º y 2 de marzo cuando se proclamó el Plan ante la guarnición militar establecida ahí. Hoy dicho ejemplar del periódico ha desaparecido por lo que le fue imposible reproducirlo a Tarsicio García Díaz en ese importante libro dedicado a *La Prensa insurgente* que publicó en 1974;²⁶ pero sabemos que también contiene las Proclamas iturbidistas y la lista y notas a las que nos referiremos más adelante.²⁷

De esta fuente parte toda una corriente de autores y antologistas del siglo XIX dando por hecho que ésta es la versión del Plan de Iguala: la *Colección de Leyes fundamentales* impresa por Ignacio Cum-

²⁴ YTURBIDE, Agustín de, *Plan de Yndependencia de la América Septentrional*, México, CEHM, Condumex, 1967. El *Borrador*, según se asienta en la breve presentación, "está tomado de unos negativos en cristal que pertenecieron a la colección de documentos de don Joaquín García Icazbalceta" y se afirma que "Hoy día se ignora su paradero". El plan obra en poder de dicha institución.

²⁵ México, Imprenta de la Calle de los Rebeldes, 1846 [México, F.C.E., 1985], pp. 111-118.

²⁶ También forma parte como volumen VI de la colección *La República Federal, gestación y nacimiento* citada.

²⁷ Así parece confirmarlo Julio ZÁRATE en *México a través de los siglos*, quien todavía tuvo a la vista dicho ejemplar. *Vid.* 17a. ed., México, Cumbre, s/a, pp. 289, n. 1 y 290 n. 1.

plido en 1857, el Dublán y Lozano (que falsamente la incorpora como parte del decreto del 5 de octubre de 1821 que más adelante analizaremos)²⁸ y la Colección de *Leyes constitucionales* de José Ma. Gamboa.²⁹ En nuestro siglo son muchos los autores que han difundido esta versión; el más famoso, sin duda, Felipe Tena Ramírez en sus muy conocidas *Leyes fundamentales de México*;³⁰ Álvaro Matute (quien la toma de Tena);³¹ Ernesto de la Torre Villar (la toma de Mariano Cuevas);³² Ernesto Lemoine, quien afirmó que existían "varios ejemplares manuscritos de este documento firmados por Iturbide" y utilizó la versión del *Plan* dada a conocer por Condumex;³³ Alfonso Trueba Olivares (aunque el artículo 4 lo toma de la versión II que más adelante veremos);³⁴ René Cárdenas, en sus *Documentos básicos de la Independencia* (quien transcribe el facsimilar del *Plan*),³⁵ los compiladores de la obra *La independencia de México. Textos de su historia* (quienes la toman del manuscrito conservado en el Centro de Estudios de Condumex);³⁶ Guadalupe Jiménez, en la obra citada;³⁷ la importante colección de *Planes de la Nación Mexicana* (cuya fuente es la obra de Mariano Cuevas)³⁸ y el canadiense Timothy E. Anna (quien en una de sus obras aun cuando cita el impreso conservado en el Archivo General de la Nación que contiene la versión II, utiliza en su texto la versión I, de 23 artículos, tomándola del libro de Tena Ramírez).³⁹

La segunda versión ha corrido generalmente bajo el epígrafe de *Plan ó indicaciones para el gobierno que debe instalarse provisional-*

²⁸ DUBLÁN, Manuel y José Ma. LOZANO, *Colección de Leyes...*, 1876, tomo I, pp. 547 y 548.

²⁹ *Leyes constitucionales de México durante el siglo XIX*, México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1901, pp. 282-285.

³⁰ Varias ediciones, desde 1957, hemos consultado la 12a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 109-116.

³¹ *México en el siglo XIX. Fuentes e interpretaciones históricas*, México, UNAM, 1973, pp. 227-230.

³² DE LA TORRE, *op. cit.*, pp. 275-278.

³³ LEMOINE, *op. cit.*, t. IV, pp. 482-484.

³⁴ Iturbide, *un destino trágico*, México, Jus, 1954, pp. 66, 67 y 71.

³⁵ *1810-1821. Documentos básicos de la independencia*, México, Ediciones del Sector Eléctrico, 1979, pp. 274-286.

³⁶ BRISEÑO, Lillian, *et al.*, *La independencia de México. Textos de su historia*, México, SEP/Instituto Mora, 1985, t. II, pp. 197-201.

³⁷ *México en 1821*.

³⁸ México, El Colegio de México/Senado de la República, 1987, libro uno 1808-1830, pp. 123-124.

³⁹ ANNA, *El Imperio*, pp. 16 y 17 n. 6.

mente, con el objeto de asegurar nuestra sagrada religión y establecer la independencia del imperio mejicano, y tendrá el título de Junta gubernativa de la América Septentrional, propuesto por el Sr. Coronel D. Agustín de Iturbide al Exmo. Sr. virey de Nueva España, Conde del Venadito: Contiene 24 artículos y está firmado por Iturbide en Iguala, el 24 de febrero de 1821. Al parecer originalmente no la antecedió ninguna proclama, ni tampoco la acompañó ningún epílogo. Era, simplemente, un mero plan. Fue publicada por vez primera en el *Suplemento al número 14 de La Abeja Poblana*, en Puebla, el día 2 de marzo de 1821.⁴⁰ Difiere de la versión I no sólo en el número de artículos —24— sino en la redacción y contenido de varios de éstos. Parece ser una versión mejor redactada, más precisa y más completa, aunque en algunos puntos (artículo 4) menos ilustrativa. No se conserva, hasta donde sé, ejemplar manuscrito de este documento. Durante todo el año de 1821 fue la versión que se difundió por varias partes del imperio. Conozco los siguientes impresos:

1) La edición de Pedro de la Rosa, "impresor del Gobierno político, militar y de hacienda", en Puebla, que consta en dos páginas e incluye las *Proclamas* iturbidista a los "Americanos", una "Lista de los Srs. que deben componer la Junta Gubernativa propuesta en el preinserto plan"⁴¹ y una nota final acerca de los suplentes de dicha Junta.

2) La impresa en México en 1821 en la Imprenta de D. Celestino de la Torre, en siete páginas incluye la "Proclama del Excmo. Señor Don Agustín de Iturbide" y el *Plan o indicaciones para el gobierno*. Lo notable de este impreso es que el plan está firmado el 24 de febrero pero el epílogo que comienza "Americanos: he aquí el establecimiento y la creación [...]" está firmada en Iguala el 4 de marzo. No contiene ni la lista ni la nota acerca de los miembros de la Junta.

3) El bando que incluye el *Plan del Señor Coronel Don Agustín de Iturbide*, impreso en Guadalajara y promulgado el 15 de junio de 1821 por el Comandante del Ejército de Nueva Galicia y de Reserva del de las Tres Garantías, Pedro Celestino Negrete. Reproduce el impreso en el suplemento citado y la reimpresión hecha en México en la oficina de D. J. M. Benavente y Socios.

⁴⁰ Esta y los siguientes impresos se localizan en la magnífica y rica biblioteca del Centro de Estudios de Historia de México Condumex de la ciudad de México.

⁴¹ De esta Lista y de la nota si se conservan los originales manuscritos. No reproduce GUTIÉRREZ CASILLAS, José, en *Papeles de Don Agustín de Iturbide. Documentos hallados recientemente*, México, Tradición, 1977, pp. 144-147.

4) La impresión a que hizo referencia el punto anterior hecha en México por D. J. M. Benavente y Socios, en hoja suelta impresa por ambas caras y tomada del *Suplemento al número 14 de la Abeja Poblana*.

5) La hoja suelta que contiene el *Plan del Señor Don Agustín de Iturbide bajo el cual ha de prestar esta N.C. de Puebla de los Ángeles el juramento solemne la mañana del domingo 5 del presente*, impresa de orden del M. I. Ayuntamiento de Puebla el 4 de agosto de 1821.

6) *El Plan del Señor Don Agustín de Iturbide jurado en esta ciudad de Puebla de los Ángeles la mañana del domingo 5 de agosto de 1821*, reimpresso en hoja suelta en la Oficina de D. Pedro de la Rosa.

7) El contenido en *La Abeja Poblana* número 38 correspondiente al jueves 16 de agosto de 1821, incluido dentro del "Juramento de Independencia del Imperio Mejicano que hizo la ciudad de Puebla".

8) El *Plan del Señor Don Agustín de Iturbide* incluido en la página 6 de *El Grande Miseno en la América*, impreso en Puebla en la oficina de D. Pedro de la Rosa, sin fecha, pero después del 31 de julio de 1821.⁴²

9) El *Plan o indicaciones* que incluyó el número 6 del *Diario Político Militar Mejicano* del 6 y 7 de septiembre de 1821, impresos ambos números en la Imprenta de los ciudadanos militares independientes D. Joaquín y D. Bernardo de Miramón, en Tepetzotlán y San Bartolomé Naucalpan, respectivamente. En el ejemplar del día 6 se asienta la siguiente e importante aclaración:

"Como el gobierno [realista] de Méjico recogió los ejemplares impresos del *Plan de Iguala*, se han escaceado mucho y mui pocos podrán confrontar con él los tratados celebrados por el Exmo. Sr. O-Donojú con el Sr. primer Gefe de las Garantías, si los mas no tienen a la vista el dicho Plan. Por lo que, y para que los críticos malvados no venturen sus dañinas ideas, diciendo que el Sr. primer Gefe del Ejército Imperial no ha cumplido lo que juró en Iguala reimprimimos su citado *Plan o indicaciones* [...]".⁴³

10) El *Plan del Sr. Coronel D. Agustín Iturbide publicado en Iguala el 24 de febrero de 1821* incluido en la *Gaceta Imperial de México*, tomo I, números 11 y 12 de los días 20 y 23 de octubre de 1821. Se incluye como parte del Bando que se menciona a continuación.

11) *Plan del Sr. Coronel D. Agustín Iturbide, publicado en Iguala el 24 de febrero de 1821*, contenido en un *Bando* que en hoja suelta promulgó Don Ramón Gutiérrez del Mazo, "Gefe Político de esta capital, Intendente de ella y su Provincia", el 9 de octubre de 1821. En este *Bando* se incluyó el decreto de la Soberana Junta Provisional Gubernativa del 5 de octubre del mismo año por el cual habilitó y confirmó "con calidad de por ahora y con arreglo al Plan de Iguala y tratado de la Villa de Córdoba" a todas las autoridades existentes; transcribiendo, a continuación, los textos del *Plan o indicaciones* y de los *Tratados de Córdoba*.

Resulta pues evidente que esta versión segunda del Plan, o sea el *Plan o indicaciones*, es la que se tomó como oficial y definitiva, no la contenida en el *Mejicano independiente*, de donde la tomó Bustamante y que fue la que introdujo la confusión posterior: En efecto, el día 2 de marzo —el mismo día que en Iguala se levantaba el acta de la ceremonia del juramento de fidelidad de Iturbide, de sus oficiales y de su tropa a los principios proclamados en el Plan aparecía publicado éste en el *Suplemento al número 14 de La Abeja Poblana*; la versión incluida era la segunda, es decir el *Plan o indicaciones*. De aquí partió la versión copiada tantas veces ese año de 1821, salvo la incluida en el número 2 del *Mejicano independiente* del 17 de marzo de 1821. En los propósitos del movimiento trigarante no había duda: la versión II era la destinada a ser la definitiva, no la primera, muy parecida a los manuscritos que se conservan.

Lo publicado el año de 1822 sirve para confirmar nuestra hipótesis: En el Archivo General de la Nación se conserva un ejemplar en tres páginas del *Plan de la Independencia de México proclamada y jurada en el Pueblo de Iguala en los días 1 y 2 de marzo de 1821 por el Serenisimo Sr. D. Agustín de Iturbide; Generalisimo, Almirante y Presidente de la Regencia Gobernadora interina del Imperio* impreso en la Imprenta imperial de Don Alejandro Valdés.⁴⁴ A la manera del impreso señalado arriba con el número uno contiene la *Proclama*, la versión II del Plan, la *proclama-epílogo* dirigida a los "Americanos", la lista de los señores que deberían componer la junta gubernativa y la nota final acerca de los suplentes de dicha junta tal y como lo hizo Bustamante respecto de la versión I en su *Cuadro Histórico* copiándola del número 2 del *Mejicano Independiente*⁴⁵ (con lo cual se

⁴² Esta fecha corresponde a una carta de Iturbide que también se incluye.

⁴³ Lo transcribe en forma facsimilar GARCÍA DÍAZ, *op. cit.*, pp. 599-603.

⁴⁴ Impresos Oficiales, vol. 60, núm. 62.

⁴⁵ *Vid. supra* nota 25.

aprecia que ambas versiones impresas se hicieron incluir dentro de las *Proclamas* que antes y después del Plan fueron dirigidas por Iturbide a los "Americanos", y a las cuales siguió la lista de los miembros de la junta y la nota acerca de los suplentes). Ese mismo año, en Filadelfia y en forma anónima, Vicente Rocafuerte, el ecuatoriano acérrimo enemigo de Iturbide, publicó su *Bosquejo Ligerísimo de la Revolución de Méjico* en donde incluyó el texto de la versión II.⁴⁶

A mayor abundamiento, la segunda edición de *Colección de órdenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y Soberanos Congresos Generales de la Nación Mexicana*, impresa en México en la Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, en 1829, incluye el texto del *Plan o indicaciones* como parte del texto del decreto de la Junta del 5 de octubre de 1821.⁴⁷

Décadas después, Julio Zárate en *México a través de los siglos* hizo ver a sus lectores las diferencias entre ambas versiones, inclinándose por la versión II que fue la que transcribió finalmente, aclarando que "Hemos tomado este plan del *Mexicano independiente* número 2 publicado en Iguala el 17 de marzo de 1821. Las bases enviadas por Iturbide al virrey (*que son las que hemos copiado*) tienen más amplitud que las contenidas en la proclama de Iturbide á los americanos aunque no difieren en la esencia".⁴⁸ Total, que las proclamas las tomó del *Mexicano independiente* y el texto del Plan de lo que el autor llama "las bases enviadas por Iturbide al virrey", o sea, el *Plan o indicaciones* de la versión II, sin indicar su procedencia.

En el presente siglo han sido varios los autores y las obras que han transcrito el texto de la versión II como el texto del Plan de Iguala: Rogelio Orozco Fariás en *Fuentes Históricas. México 1821-1867*,⁴⁹ quien lo toma de *México a través de los siglos*, Rafael Heliodoro

⁴⁶ Philadelphia, Imprenta de Teracrouef y Naroajeb, 1822 [México, Miguel Angel Porrúa, MCMLXXXIV], pp. 66-70.

⁴⁷ Tomo I, pp. 3-5.

⁴⁸ ZÁRATE, *loc. cit.*

⁴⁹ México, s/e, 1964, pp. 13-15.

Valle,⁵⁰ Romero Flores,⁵¹ García Cantú⁵² y el *Diccionario Porrúa* que lo toma del suplemento de *La Abeja Poblana* citado.⁵³

Otros autores y obras, antiguas como modernas, han transcrito ambas versiones, pero sin advertir el problema aquí planteado; es decir, han transcrito la versión I como parte de las *Proclamas* iturbidistas a los "Americanos" y, a continuación, sin explicación de por medio, el *Plan o instrucciones*. La *Historia de México* de Alamán fue la primera en hacerlo en el apéndice número 6 del tomo V, aun cuando este autor en el cuerpo de su obra analizó con cierto detalle la versión II. Alamán no cita la fuente de donde toma las proclamas y la versión I (sin duda de Bustamante) pero sí menciona las *gacetas imperiales* de octubre de 1821 las que sólo le sirvieron para la transcripción de la versión II.⁵⁴

Lo mismo hará Arrangoiz en su *México desde 1808 hasta 1867*⁵⁵ pues sigue muy de cerca al historiador guanajuatense como lo copia el catalán Zamacois en su *Historia de Méjico*.⁵⁶

En 1871 Isidro Montiel y Duarte se convertirá en el único autor que planteará correctamente el problema de la existencia de un "texto oficial" del Plan de Iguala. En las páginas 46 a 48 del tomo I del *Derecho Público Mexicano* transcribe ambas versiones, una tras otra y sin aclaración de por medio a la manera de Lucas Alamán, pero en el índice, al remitir a la página 220, indica que ahí se encuentra el "Texto oficial del Plan de Iguala", transcribiendo la versión II, la que toma del decreto del 5 de octubre de 1821.⁵⁷

⁵⁰ Iturbide, varón de Dios en *Artes de México*, año XVIII, núm. 146, 1971, pp. 44-46. La incluye dentro de las proclamas.

⁵¹ ROMERO FLORES, Jesús, *Iturbide pro y contra*, Morelia, Balsal editores, 1971, pp. 35-37.

⁵² GARCÍA CANTÚ, Gastón, *El pensamiento de la reacción mexicana*, México, UNAM, 1986, t. I, pp. 123-125.

⁵³ *Diccionario Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México*, 4a. ed., México, Porrúa, 1976, t. II, pp. 1645 y 1646.

⁵⁴ ALAMÁN, *op. cit.*, t. V, apéndice V, pp. 8-13; afirma que lo ha "sacado de las gacetas imperiales, números 11 y 12 de 20 y 23 de octubre, habiéndose publicado por bando [se refiere al decreto de la Junta de 5 de octubre de 1821] e insertándose en ellas para que sirviese de documento auténtico para todas las provincias de la regencia y junta provisional"; pero dichas gacetas contienen el mencionado decreto y la versión II, no las proclamas y las 23 bases.

⁵⁵ PAULA ARRANGOIZ, Francisco de, *México desde 1808 hasta 1867*, 3a. ed., México, Porrúa, 1974 (Sepan Cuántos 82), pp. 271-275.

⁵⁶ ZAMACOIS, Niceto de, *Historia de Méjico desde sus tiempos más remotos hasta nuestros días*, Barcelona-México, J. F. Parres y Compa, 1879, t. X, pp. 609-617.

⁵⁷ MONTIEL Y DUARTE, *op. cit.*, t. I, pp. 46-48, p. 48 n. 1-50 y 220.

Por su parte el padre Mariano Cuevas en *El Libertador* transcribe primero el "Plan publicado en Iguala el 24 de febrero de 1821" en la versión del *Plan* o *indicaciones* dirigidos al virrey Apodaca; y páginas más adelante lo que denomina "Proclama", es decir las proclamas iturbidistas a los americanos con las 23 "bases sólidas" de la versión I.⁵⁸ Cuevas consideró en consecuencia, al igual que Montiel y Duarte, que la versión definitiva del Plan era la que Iturbide dirigió a Apodaca. No se explica entonces que Ernesto de la Torre, ni la Colección de *Planes de la Nación Mexicana* hayan reproducido la versión I como texto del Plan de Iguala si tomaron como fuente la obra del jesuita mexicano. Dos obras más recientes publicaron ambas versiones. La de Luis Malpica de Lamadrid, quien consultó los textos de Alamán, Bustamante, la *Historia Documental de México, México a través de los siglos* y el de Tena Ramírez,⁵⁹ y la Antología documental publicada por la Universidad de México dedicada a la consumación de la independencia, que afirma basarse en las gacetas imperiales mencionadas, pero que yo considero copia la obra de Alamán.⁶⁰

En 1974, Manuel Calvillo había advertido y enfrentado el problema de la existencia de las dos versiones pero no se percató del problema aquí planteado, dando por hecho que la versión I era la versión definitiva del Plan de Iguala, la cual reprodujo;⁶¹ asegurando que el *Plan e indicaciones* no era el texto original firmado en Iguala el 24 de febrero. A sus ojos "Si el texto original del 24 de febrero es el *Plan e indicaciones*, resulta inexplicable la inclusión de otro tan impreciso en la Proclama del mismo día",⁶² lo que resulta del todo aceptable, ya que "no es explicable la existencia simultánea y en el mismo día, de los dos textos".⁶³ Considero que Calvillo acierta al sospechar que la versión II es posterior a la primera, que pudo ser *corregida* (no sustancialmente modificada, y de aquí que Iturbide considerara al Plan como obra exclusivamente suya) "por alguno de sus corresponsables". Por esos días llegaría a sus manos esta versión "oficial" que sustituiría a la primera y llegaría a ser ampliamente difundida en los meses siguientes, como creo haberlo probado. ¿Por qué

⁵⁸ CUEVAS, *op. cit.*, pp. 186-187 y 192-194. No indica fuentes.

⁵⁹ *La independencia de México y la Revolución Mexicana*, México, Limusa, 1985, t. I, pp. 639-644.

⁶⁰ *La independencia nacional. IV. Consumación*, México, UNAM, 1987, pp. 146-152.

⁶¹ CALVILLO, *loc. cit.*

⁶² *Idem*, p. 75.

⁶³ *Ibidem*.

entonces el *Mejicano independiente* el 17 de marzo publicaría una versión ya no autorizada desde el día dos del mismo mes? Una interrogante que no puedo sino intentar dilucidar.

La respuesta tal vez se encuentre en los ejemplares que se imprimieron antes del 24 de febrero en la imprenta que Iturbide mandó conseguir a Miguel Cavaleri, subdelegado de Cuernavaca, y que le proporcionó en Puebla el presbítero Joaquín Furlong quien, junto con el cajista Mariano Monroy, imprimió el plan y las proclamas "con que se publicó",⁶⁴ marchando después a Iguala con los ejemplares que habían impreso. En esa misma imprenta se publicará a partir del día sábado 10 de marzo el *Mejicano independiente*.⁶⁵ ¿Fueron estos primeros ejemplares los que según el *Diario Político Militar Mexicano* fueron recogidos por el gobierno de México, provocando su escasez? Seguramente. Por desgracia no he podido conocer un ejemplar de dichos primeros impresos pero parece seguro que contenían la versión I, muy conforme al Plan escrito por Iturbide. El hecho de que fuera la misma imprenta la que imprimiera los primeros ejemplares del Plan y el *Mejicano independiente* permite sospechar que ésta fuera la causa de que la versión recogida por el periódico el día 17 difiriera de la publicada por el suplemento de *La Abeja Poblana* del día 2. Ésta recogería la versión "oficial y definitiva", fruto de las correcciones y precisiones de los "corresponsales" de Iturbide, mientras que el *Mejicano* la versión que poseían en sus manos desde antes del 24 de febrero los editores de este periódico. Sólo así se explica la impresión de una versión que difiere de la aceptada como oficial desde el día 2 de marzo y a la cual se fechó también el 24 de febrero. Sólo una pregunta es imposible de contestar satisfactoriamente: ¿Ambas versiones del Plan las tenía ya en su poder Iturbide para el 24 de febrero o, como sospecha Calvillo, el *Plan o indicaciones* lo recibió posteriormente? Aquella es una fecha de un documento, un día elegido, una simple data a partir de la cual se procede abiertamente a dar a conocer el Plan a todas las autoridades civiles y eclesiásticas, tropas, jefes y pueblo en general, pero ese día no ocurre nada más, no se procede a su promulgación oficial ni a su juramento, lo que ocurrirá hasta las ceremonias del 1º y 2 de marzo siguientes. Por lo mismo, no es posible saber si para ese día Iturbide ya había recibido la versión corregida que enviaría de inmediato a Apodaca, fechándola el mismo 24, o si

⁶⁴ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁵ *Idem*, p. 109.

la recibió entre el 24 de febrero y el 2 de marzo cuando salió publicada en el suplemento poblano, caso en el cual habría tenido que antefecharla. La existencia de esos ejemplares impresos en Puebla antes del 24 parecen poseer parte de la solución del problema, pero no toda, pues nada se opone a que en esa fecha Iturbide ya contara con ejemplares corregidos de la versión II para enviárselos al Virrey Apodaca fechándolos el mismo día junto con la carta a que se refiere el artículo 6 del Plan oficial.

El autor de la voz respectiva en el *Diccionario Porrúa* añade nuevos datos, hipótesis y problemas. En efecto, ahí se asienta lo siguiente: "[El Plan] se compone, en rigor, de dos documentos. El primero es una *Proclama*, seguida de veintitrés artículos, bases mismas de la Independencia con un epílogo que es un llamado a los *Americanos*, incitándolos a la concordia y a evitar la guerra civil. El segundo es el *Plan* propiamente dicho."⁶⁶

No se puede dudar de la influencia del padre Mariano Cuevas en esta opinión, según la cual la versión I no es "propiamente" el texto del Plan de Iguala sino el *Plan* o *indicaciones*, lo que fácilmente se puede refutar confrontando el original manuscrito publicado por *Condumex* y que lleva por título *Plan de Yndependencia de la América Septentrional*. El problema es para mí un poco más complicado que esta fórmula conciliatoria, pues ambas versiones son del Plan de Iguala.

Esta fuente resulta, en cambio, utilísima por añadir un elemento de capital importancia para esta investigación: El texto de la *Proclama* lo reproduce "de un ejemplar de la prensa portátil de la llamada *Imprenta Americana*, la que acompañó a Iturbide hasta su entrada a la ciudad de Puebla".⁶⁷ (¿Será éste uno de aquellos ejemplares impresos en Puebla por Furlong y Monroy?) Algo hay, sin embargo, que desconcierta y da la razón a Robertson cuando afirma la variada existencia de versiones de nuestro Plan: La parte inicial de la proclama que reproduce difiere sustancialmente de todas las versiones manuscritas e impresas que hasta aquí hemos analizado. Veámoslo:

"Americanos: no animando otro deseo al ejército que conservar pura la santa religión que profesamos, y hacer la felicidad general. Oid, escuchad las bases sólidas sobre que se funda la resolución que ha tomado."⁶⁸

⁶⁶ *Diccionario*, p. 1645.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

Es decir, el Plan aparece aquí como obra del ejército, no de Iturbide, quien sólo aparece al final de esta proclama: "Yo al frente de un ejército decidido y valiente e proclamado la independencia absoluta de la América Septentrional".⁶⁹

Esta casi desconocida versión es más corta que la tradicional y aunque expresamente su transcriptor afirma haber excluido el epílogo a los "Americanos", sí termina con un nuevo llamado a éstos y va datada y firmada por *Yturbide*. ¿Cuál es el origen, la fuente de procedencia y la suerte de esta versión? Nadie lo ha aclarado, pero merece ser estudiado, sobre todo porque incluye otras notables diferencias, además de la ya señalada: Cuando afirma que ya la rama es igual al tronco y que todos están por la independencia, precisa que: "Así piensa el americano, el europeo, el originario de África y de más castas";⁷⁰ al señalar como uno de los efectos de la "voz que resonó en el pueblo de Dolores el año de 1810", establece la necesidad de "la unión general de europeos y americanos, indios y castas"⁷¹ y, al enumerar los elementos de la "cadena dulcísima" que unía a españoles europeos con los americanos agrega, "sobre todo, la uniformidad de religión", frases que no hallamos en la *Proclama* más difundida.⁷²

Es una verdadera pena que el *Diccionario Porrúa* no haya transcrito en su integridad dicha *Proclama*, dejando fuera el epílogo y las veintitrés bases que la completan, sustituyéndolas por los veinticuatro artículos del *Plan* o *indicaciones copiados de La Abeja Poblana* del día 2 de marzo.

También la versión II del Plan transcrita por Miquel i Vergés presenta nuevos problemas: los artículos 1, 3 y 6 difieren de la versión publicada por el Suplemento a *La Abeja Poblana* y de la versión impresa por el *Diario Político Militar*. El primero porque señala que la religión católica será la religión "de la Nueva España" "sin soberanía de otra alguna"; el tercero al señalar que su gobierno será monárquico moderado "con arreglo a la Constitución peculiar y adaptada al reino", y el sexto porque, conforme de la versión seguida por Alamán, pero distinta a las publicadas en el *Suplemento* y en el *Diario* —afirma que

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

la Junta Gubernativa se compondrá de los vocales de que habla "la carta oficial al excelentísimo señor virrey".⁷³

Pero al margen de todas estas diferencias no cabe duda que el problema hay que centrarlo en torno a la cuestión de saber cuál fue el texto oficial entre las versiones predominantes, es decir, si la que procede del Borrador y que, con diferencias, después se imprimiría en el número 2 del *Mejicano independiente*, o el *Plan o indicaciones* enviado al Virrey que circuló a partir de su publicación en el *Suplemento al número 14 de La Abeja Poblana*. Considero que la respuesta se inclina por la segunda versión, y que por lo mismo las publicaciones que en el futuro se hagan del Plan de Iguala la reproduzcan como la *oficial*, señalando en todo caso a la versión I como el texto *original* del mismo. Para los efectos de nuestra historia constitucional no hay duda de que fue el *Plan o indicaciones* el que determinó la organización política de nuestra primera forma de gobierno. Así se demuestra con la orden del Soberano Congreso Constituyente mexicano de 17 de septiembre de 1822 que prohibió, "con el fin de que tenga su debido cumplimiento el artículo 12 del Plan de Iguala", que en los registros de nacimiento o en todo documento público o privado, "al sentar los nombres de los ciudadanos de este imperio [...] clasificarlos por su origen".⁷⁴

Ante la existencia de diversas diferencias entre los manuscritos e impresos que han circulado de ambas versiones (las que pueden observarse mediante una lectura atenta de las obras que hemos señalado) he preferido reproducir a continuación la versión del Plan, según Bustamante lo copió del *Mejicano independiente*, y del *Plan o indicaciones*, según se reprodujo en el suplemento tantas veces citado y en el *Diario Político militar*:

PLAN

1. La religión católica, apostólica, romana, sin tolerancia de otra alguna.

2. La absoluta independencia de este reino.

PLAN O INDICACIONES

1. La religión de la Nueva España, es y será católica, apostólica, romana, sin tolerancia de otra alguna.

2. La Nueva España es independiente de la antigua y de toda

⁷³ MIQUEL I VERGÉS, José María, *Diccionario de insurgentes*, México, Porrúa, 1969, p. 299.

⁷⁴ Se halla en MONTIEL Y DUARTE, *op. cit.*, p. 238.

otra potencia, aun de nuestro Continente.

3. Gobierno monárquico templado por una constitución análoga al país.

4. Fernando VII, y en sus casos los de su dinastía o de otra reinante serán los emperadores, para hallarnos con un monarca ya hecho, y precaver los atentados funestos de la ambición.

5. Habrá una junta ínterin se reúnen córtés, que haga efectivo este plan.

6. Ésta se nombrará gubernativa, y se compondrá de los vocales ya propuestos al señor virrey.

7. Gobernará en virtud el juramento que tiene prestado al rey, ínterin éste se presenta en México y lo presta, y hasta entonces se suspenderán todas ulteriores órdenes.

3. Su Gobierno será Monarquía moderada con arreglo á la Constitución peculiar y adaptable del Reyno.

4. Será su Emperador el Sr. D. Fernando Séptimo, y no presentándose personalmente en Méjico dentro del término que las Córtes señalaren á prestar el juramento, serán llamados en su caso el serenísimo Sr. Infante D. Carlos, el Sr. D. Francisco de Paula, el Archiduque Carlos, ú otro individuo de Casa Reynante que estime por conveniente el Congreso.

5. Interin las Córtes se reúnen, habrá una Junta que tendrá por objeto tal reunión, y hacer que se cumpla con el Plan en toda su extensión.

6. Dicha Junta, que se denominará gubernativa, debe componerse de los vocales de que habla la carta oficial del Exmo. Sr. Virrey.

7. Interin el Sr. D. Fernando Séptimo se presenta en Méjico y hace el juramento, gobernará la Junta á nombre de S.M. en virtud del juramento de fidelidad que le tiene prestado la Nación; sin embargo de que se suspenderán todas las órdenes que diere,

interin no haya prestado dicho juramento.

8. Si Fernando VII no se resolviere á venir á México, la junta ó la regencia mandará á nombre de la nación, mientras se resuelve la testa que deba coronarse.

9. Será sostenido este gobierno por el ejército de las Tres Garantías.

10. Las córtes resolverán si ha de continuar esta junta ó substituirse una regencia mientras llega el emperador.

11. Trabajarán luego que se unan, la constitución del imperio mexicano.

12. Todos los habitantes de él, sin otra distinción que su mérito y virtudes, son ciudadanos idóneos para optar cualquier empleo.

13. Sus personas y propiedades serán respetadas y protegidas.

14. El clero secular y regular, conservado en todos sus fueros y propiedades.

8. Si el Sr. D. Fernando Séptimo no se dignare venir á Méjico, interin se resuelve el Emperador que deba coronarse, la Junta ó la Regencia mandará en nombre de la Nación.

9. Este gobierno será sostenido por el ejército de las Tres Garantías, de que se hablará después.

10. Las Córtes resolverán la continuación de la Junta, ó si debe substituirse una Regencia, interin llega la persona que deba coronarse.

11. Las Córtes establecerán en seguida la Constitución del Imperio Mejicano.

12. Todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de europeos, africanos, ni indios, son ciudadanos de esta Monarquía con opción á todo empleo, según su mérito y virtudes.

13. Las personas de todo ciudadano y sus propiedades, serán respetadas y protegidas por el gobierno.

14. El clero secular y regular, será conservado en todos sus fueros y preeminencias.

15. Todos los ramos del estado y empleados públicos, subsistirán como en el día, y sólo serán removidos los que se opongan á este plan, y substituidos por los que más se distingan en su adhesión, virtud y mérito.

16. Se formará un ejército protector, que se denominará: de las Tres Garantías, y que se sacrificará del primero al último de sus individuos, antes que sufrir la más ligera infracción de ellas.

17. Este ejército observará á la letra la Ordenanza; y sus gefes y oficialidad continuará en el pié en que están, con la expectativa no obstante á los empleos vacantes, y á los que se estimen de necesidad ó conveniencia.

15. La Junta cuidará de que todos los ramos del estado queden sin alteración alguna, y todos los empleados políticos, eclesiásticos, civiles y militares, en el estado mismo en que existen en el día. Sólo serán removidos los que manifiesten no entrar en el Plan, substituyendo en su lugar los que más se distingan en virtud y méritos.

16. Se formará un ejército protector que se denominará de las tres garantías, porque bajo su protección toma, lo primero, la conservación de la religión católica, apostólica, romana, cooperando por todos los modos que estén á su alcance, para que no haya mezcla alguna de otra secta y se ataquen oportunamente los enemigos que puedan dañarla: lo segundo, la Independencia bajo el sistema manifestado: lo tercero, la unión íntima de americanos y europeos; pues garantizando bases tan fundamentales de la felicidad de Nueva España, ántes que consentir la infracción de ellas, se sacrificará dando la vida del primero al último de sus individuos.

17. Las tropas del ejército observarán la más exacta disciplina á la letra de las ordenanzas, y los gefes y oficialidad continuarán bajo el pie en que están hoy: es decir en sus respectivas clases con opción á los empleos vacantes y

que vacaren por los que no quisieren seguir sus banderas ó cualquiera otra causa, y con opción á los que se consideren de necesidad ó conveniencia.

18. Las tropas de que se componga, se considerarán como de línea; y lo mismo las que abracen luego este plan: las que lo difieran y los paisanos que quieran alistarse, se mirarán como milicia nacional, y el arreglo y forma de todas, lo dictarán las córtes.

19. Los empleos se darán en virtud de informes de los respectivos gefes, y á nombre de la nación provisionalmente.

20. Interin se reúnen las córtes, se procederá en los delitos con total arreglo á la constitución española.

21. En el de conspiración contra la independendia, se procederá á prisión, sin pasar á otra cosa hasta que las córtes dicten la pena correspondiente al mayor de los delitos, después de lesa Magestad divina.

18. Las tropas de dicho ejército se considarán como de línea.

19. Lo mismo sucederá con las que sigan luego este Plan. Las que no lo difieran, las del anterior sistema de la independendia que se unan inmediatamente á dicho ejército, y los paisanos que intenten alistarse, se consideran como tropas de milicia nacional, y la forma de todas para la seguridad interior y exterior del reino, la dictarán las Córtes.

20. Los empleos se concederán al verdadero mérito, á virtud de informes de los respectivos gefes y en nombre de la Nación provisionalmente.

21. Interin las Córtes se establecen se procederá en los delitos con total arreglo á la Constitución Española.

22. Se vigilará sobre los que intenten sembrar la división, y se reputarán como conspiradores contra la independendia.

23. Como las córtes que se han de formar son constituyentes, deben ser elegidos los diputados bajo este concepto. La junta determinará las reglas y el tiempo necesario para el efecto.

24. Como las Córtes que van á instalarse han de ser constituyentes, se hace necesario que reciban los diputados los poderes bastantes para el efecto; y como á mayor abundamiento es de mucha importancia que los electores sepan que sus representantes han de ser para el congreso de Méjico, y no de Madrid, la Junta prescribirá las reglas justas para las elecciones y señalará el tiempo necesario para ellas y para la apertura del Congreso. Ya que no puedan verificarse las elecciones en Marzo, se estrechará cuanto sea posible el término.

Es posible apreciar a simple vista que la diferencia numérica de ambas versiones estriba en que el *Plan* o *indicaciones* desglosó en dos artículos —el 18 y 19— el artículo 18 del original, y que la segunda, además de más extensa y mejor redactada, supone mayores precisiones; por ejemplo, el artículo 4 que señala un orden de prelación en cuanto a los candidatos para el trono mexicano —como lo hará más tarde el artículo 3 de los *Tratados de Córdoba*—, y el artículo 16 que

22. En el de conspiración contra la independendia se procederá á prisión sin pasar á otra cosa hasta que las Córtes decidan la pena al mayor de los delitos, después del de lesa Magestad Divina.

23. Se vigilará sobre los que intenten fomentar la desunión, y se reputan como conspiradores contra la independendia.

24. Como las Córtes que van á instalarse han de ser constituyentes, se hace necesario que reciban los diputados los poderes bastantes para el efecto; y como á mayor abundamiento es de mucha importancia que los electores sepan que sus representantes han de ser para el congreso de Méjico, y no de Madrid, la Junta prescribirá las reglas justas para las elecciones y señalará el tiempo necesario para ellas y para la apertura del Congreso. Ya que no puedan verificarse las elecciones en Marzo, se estrechará cuanto sea posible el término.

precisa las Tres Garantías que defenderá el ejército del mismo nombre. Hay, sin embargo, dos artículos que merecen ser destacados por su especial importancia: el tercero, por aquello de la *Constitución peculiar y adaptable del reino* y el 12, que determinó expresamente la absoluta igualdad entre *uropeos, africanos e indios*.

IV. EL LEGADO DE ITURBIDE

Igualdad entre las razas, supresión de las castas, unidad entre los habitantes, independencia absoluta, límites al poder, constitución propia, libertad para todos, protección a las personas y a sus propiedades, religión única, protegida y sancionada, clero satisfecho, burócratas y ejército tranquilizados, división de poderes, todo esto estableció en Iguala el hombre a quien la historia oficial —enardecida por un maniqueísmo inexplicable que sólo quiere ver y basarse en la oposición de los contrarios, en la guerra o en el conflicto— ha vituperado, ignorado y tachado de traidor. No, en verdad no se ha hecho justicia a Iturbide y no se ha querido reconocer en él al autor del *único* Plan político de nuestro país que ha logrado la absoluta aceptación y conformidad de todos los mexicanos y esto en sólo unos cuantos meses. Ni el de Ayutla, ni el de San Luis, ni el de Guadalupe lo consiguieron. Y es que el mensaje que levantó Iturbide fue de extraordinaria simplicidad: la unidad, cosa que los mexicanos, desde su muerte, no hemos podido restablecer, solazándonos en una historia de bronce marcada por la división, la incomprensión y la mentira. No, Iturbide no traicionó a su patria, tal vez hemos sido los mexicanos los que hemos traicionado el legado que nos dejó: Religión, Independencia y Unión; y resulta hasta cierto punto vergonzoso y a todas luces ridículo que sean los historiadores extranjeros los que han iniciado el proceso de "reivindicación" a esta importantísima figura:

"Pocos países —afirma el canadiense Anna— pueden jactarse de un logro tan lógico y enteramente coherente de autodeterminación. Todos los elementos habían estado presentes desde 1808: ahora se unieron en un programa que triunfó. El Plan de Iguala de Iturbide no era único, pero no fracasó. Era moderado, era factible, y no requería los ríos de sangre ni las 'fuentes de lágrimas' de Hidalgo. Aún los nacionalistas modernos más fervientes (los que hoy día le rinden honores a Hidalgo) no necesitan sentirse molestos porque Iturbide triunfara. Desear que la independencia se hubiere logrado en 1821

con medios más radicales sería imponer los valores del siglo XX a una sociedad colonial, políticamente poco desarrollada y conservadora." ⁷⁵

Hoy, que neoliberales combaten con neosocialistas, que el TLC "arriesga" la independencia política en aras de una integración económica, que tanta secta "protestante" de influencia y financiamiento gringos amenaza la todavía tradicional unidad religiosa, que neoindigenistas blancos vuelven a usar a los pueblos indígenas para sus propios beneficios y atizan el fuego de los conflictos interétnicos; hoy que se destruyen impunemente las estatuas de virreyes, conquistadores y misioneros en aras de un indigenismo virulento, mesiánico y precristiano; que tecnócratas combaten contra políticos; que centralistas de hecho se defienden de los auténticos federalistas; que las regiones reclaman a un centro irrespetuoso; que nuestras dos historias chocan y parecen irreductibles por falsas e igualmente maniqueas; que el riesgo de la división nos acecha y nos espanta, convendría volver los ojos a quien propuso y utilizó la Unión como el único camino para lograr la felicidad del nuevo Estado que supo sabiamente independizar; al que trazó el sendero a seguir en estas imborrables y olvidadas palabras: "Mexicanos: Ya sabéis el modo de ser libres; a vosotros toca señalar el de ser felices".

Tal vez la norteamericana Benson se haya equivocado. Iturbide no sólo es digno de ostentar el título de "Padre de la Independencia Mexicana", sino el más profundo y trascendente de "Padre de la Unidad Nacional"; si el otro pudiera ser discutible, éste de ninguna manera. La fama histórica de Iturbide no puede conformarse con quedar por debajo de las figuras de Bolívar y San Martín; por el método empleado y el programa propuesto —incruentos ambos— debería estar incluso por encima de esas glorias sudamericanas. Al menos así debiera ser para los mexicanos.

⁷⁵ ANNA, *La caída*, p. 227. Es satisfactorio saber que aunque timidamente esta rehabilitación de Iturbide ha comenzado en algunos historiadores mexicanos nada sospechosos de "conservadores". Cfr. KRAUZE, Enrique, *Siglo de Caudillos. Biografía política de México (1810-1910)*, México, Tusquets Editores, 1994, pp. 97-118, quien a mayor precisión, hace suyo el juicio de Bulnes: "encuentro inexplicable [...] que cuando el criterio de los mexicanos cultos se encuentra frío, libre de las asquerosas pasiones de facción [...] no haya habido movimiento en favor de un acto de rehabilitación que exige más que la memoria de Iturbide, nuestra propia vergüenza".

UN ANARQUISTA TEORIZA SOBRE EL AMPARO JUDICIAL: ANTONIO DÍAZ SOTO Y GAMA EN 1906

Miguel BONILLA LÓPEZ

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *La cuarta reglamentación del amparo en nuestro país.* III. *El sistema de procedencia en materia judicial civil.* IV. *El abuso del juicio de amparo.* V. *La inminencia de la reforma.* VI. *El concurso jurídico de 1906.* VII. *Un anarquista teoriza sobre el amparo.* VIII. *Reflexión final.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

El presente texto está basado en algunos capítulos de nuestra tesis profesional: *El amparo contra actos en juicio de ejecución irreparable. Elementos históricos para su estudio*, de octubre de 1993. Ambos son trabajos de historiografía jurídica. En esta oportunidad tratamos el caso de Antonio Díaz Soto y Gama¹ y un olvidado proyecto de reformas al juicio de amparo que elaboró en 1906, en materia de procedencia contra actos judiciales.

Nuestro método de exposición es el siguiente: en primer término, proporcionamos al lector un panorama del régimen legal del juicio de garantías entonces vigente y su contexto histórico-jurídico; luego, exponemos una glosa del proyecto mencionado. A manera de conclusiones, finalizamos con una reflexión.

¹ Abogado y político potosino, figura de la Revolución Mexicana. Nació en 1880 y murió en 1967. Comulgó con anarquistas, zapatistas y obregonistas en diversos periodos de su vida. Inició sus actividades políticas en su tierra natal siendo adolescente. Se alió con el grupo de los hermanos Flores Magón, en el que destacó como líder. Contribuyó con el magonismo en la formulación de su sustrato ideológico: en forma expresa le reconocieron su influjo en varios tópicos del "Programa del Partido Liberal Mexicano", justificadamente señalado como un antecedente indiscutible de la Constitución de 1917. Posteriormente se unió a las filas de Emiliano Zapata y a partir de entonces su nombre se identificó con el agrarismo.

II. LA CUARTA REGLAMENTACIÓN DEL AMPARO EN NUESTRO PAÍS

El Código Federal de Procedimientos de 1897² es una muestra de la poca autoridad del Congreso de la Unión durante el porfiriato. Entre 1888 y 1903 las Cámaras fueron asilos para viejos militares y políticos, lugares que albergaron a toda suerte de individuos cuyo papel como legisladores se redujo a la aprobación mecánica de las iniciativas del Ejecutivo.³ En el caso del Código ni siquiera hubo necesidad de acudir al Congreso para expedirlo: el 2 de junio de 1892, Porfirio Díaz fue autorizado para ello; dos años más tarde organizó la comisión que habría de redactarlo.⁴ Presidida por Joaquín Baranda, secretario de Justicia e Instrucción Pública, participaron el procurador general y los jefes del Departamento de Legislación y de la Sección de Justicia de la Secretaría de Hacienda. Luis G. Labastida, titular del Departamento citado, elaboró la exposición de motivos,⁵ en la cual

² El Código fue publicado por entregas. Su última parte se publicó el 6 de octubre de 1897; el articulado relativo al juicio de amparo apareció en el *Diario Oficial* entre el 17 de septiembre y el 6 de octubre de 1897 (ROJAS, Isidro y FRANCISCO PASCUAL GARCÍA, *El amparo y sus reformas*, México, Bufete Central de Negocios Judiciales y Administrativos, Tipografía de la Compañía Editorial Católica, 1907, p. 147).

³ GONZÁLEZ, Luis, "El liberalismo triunfante", en *Historia general de México*, México, Colmex, 1981, tomo 3, p. 228.

⁴ Por lo demás, la idea de crear comisiones independientes de las asambleas legislativas para la elaboración de leyes y códigos estaba ya consolidada hacia esas fechas en nuestro país (GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "Conceptualización histórica de la terminología legislativa" en *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, 1983, México, UNAM, 1984, pp. 329 y ss.).

⁵ LABASTIDA, Luis G., "Exposición de motivos", en el *Código de Procedimientos Federales expedido en uso de la autorización que concedió al Ejecutivo la ley de 2 de junio de 1892*. Edición oficial, México, Tipografía de la Oficina Impresora del Timbre, 1898, pp. 5] a 112]. Existen algunas imprecisiones en el estudio del Código de 1897. FIX-ZAMUDIO, Héctor ("La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo" en *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, SCJN, 1985, p. 148, n. 127), por ejemplo, asegura que la comisión revisora de 1894-1897 fue encabezada por Labastida, cuando lo cierto es que éste intervino, pero sólo como un integrante más —de grandes conocimientos y el mayormente activo, según Joaquín Baranda—. El hecho de que haya sido Labastida quien redactó la exposición de motivos no autoriza a sostener que también él presidió los trabajos. En la misma exposición se establece que Baranda, secretario de Justicia, fue quien los encabezó. También se ha afirmado que Labastida era jefe tanto del Departamento de Legislación como de la Sección de Justicia de la Secretaría de Hacienda, lo cual es inexacto (Cfr. CABRERA ACEVEDO, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia a fines del siglo XIX. 1888-1900*, México, SCJN, 1992, p. 39). El propio Labastida señaló que él actuaba como jefe del Departamento y que otro jurista, no dice quien, fungía como titular de la Sección de Justicia, el cual, incluso, fue secretario de

informa que la comisión que integraron aprovechó experiencias anteriores. El propósito de codificar en un solo cuerpo los procedimientos en que era parte la Federación había nacido con Juárez, en 1872. A lo largo de 20 años, juristas de la talla de Manuel Dublán, Luis Méndez, Ignacio L. Vallarta, José María Lozano o Emilio Velasco intervinieron en diversas comisiones creadas para tal fin.⁶

Grosso modo, el Código reúne cuatro materias: organización de los tribunales federales, regulación de los procedimientos administrativos, regulación del procedimiento civil federal y la reglamentación de los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857.⁷ Al amparo se le dedicó el Capítulo IV del Título Segundo; comprende más de 100 artículos.

Ignoramos a quién deba atribuirse la idea de agregar al Código el procedimiento de amparo, hasta entonces regido por una ley específica.⁸ La intención es comprensible; su origen, incierto. Se dice que en 1887 apareció en las páginas del *Semanario Judicial de la Federación* un proyecto de codificación procesal federal que ya lo englobaba, y que los redactores de 1894-1897 lo conocieron y elogiaron.⁹ Sea esto

las sesiones de la comisión ("Exposición...", pp. 5] y 7]). No obstante, la influencia de Labastida fue decisiva en la elaboración del Código, al que han llamado "Código Labastida" (CARRILLO FLORES, Antonio, *Reflexiones del sesquicentenario*, México, Comisión Nacional para la Conmemoración del Sesquicentenario de la Instalación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1975, p. 55).

⁶ "Exposición...", pp. 7] a 8].

⁷ Un estudio más detallado de este Código lo hace CABRERA ACEVEDO, Lucio, *op. cit.*, pp. 39 a 47, quien, además, conjetura al posibilidad de que el procedimiento penal federal también fuera a incluirse en su *corpus*, en un malogrado "Libro segundo" (*Ibid.*, p. 144).

⁸ La Ley orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 14 de diciembre de 1882.

⁹ Vid. DÍAZ LOMBARDO, Francisco, "Informe del C. presidente interino de la Tercera Sala, Lic. [...], en sustitución del C. presidente propietario, Lic. Francisco H. Ruiz", en el *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente, el Sr. Lic. D. Julio García, al terminar el año de 1931*, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1931, p. 43. Al parecer la fecha de 1887 es, cuando menos, errónea. La consulta de los tomos del *Semanario* correspondientes a ese año nos hace suponerlo: no hay ninguna mención de ese proyecto —se encuentran únicamente reproducciones de ordenamientos legales vigentes—. Además, Labastida no lo consigna en su relación de proyectos anteriores al de 1897 (habla de uno, incluso presentado a la Secretaría de Justicia, pero en 1889). Por otro lado, si la fecha es correcta y ese proyecto existió, su influencia, al menos en lo que atañe al amparo judicial, no pudo ser definitiva en el espíritu de la comisión de 1897: Díaz Lombardo lo cita a propósito de las hipótesis que contemplaba de actos judiciales contra los cuales procedería el amparo, hipótesis bien pensadas, limitadas y presentadas por separado; en el Código de Baranda, como veremos, la solución fue muy distinta: permitió la procedencia del amparo contra *todo* tipo de acto judicial, lo que en años posteriores sería uno de sus aspectos más atacados. Seguramente Díaz Lombardo

cierto o no, para Baranda y su equipo esta materia, la "más ardua y trascendental", ameritó que invitaran a Eduardo Novoa,¹⁰ exministro de la Suprema Corte, a participar con ellos. Novoa les presentó un novedoso proyecto y adjuntó una exposición de motivos; de ésta, conocemos la versión que hiciera Labastida.¹¹

Indudablemente, el amparo judicial civil —materia a la que limitaremos nuestro análisis— fue el punto dominante en su proyecto y el que mayor discusión debió suscitar en el seno de la comisión redactora. A él se refirieron varios preceptos. Años atrás la Suprema Corte había aceptado, si bien con ciertas reservas y vacilaciones, la existencia de la garantía de la exacta aplicación de las leyes civiles¹² y la

equivocó la referencia: hubo, en efecto, un proyecto de reformas a la legislación de amparo que establecía diversas hipótesis de procedencia en materia judicial civil —bien estructuradas— elaborado por Eduardo Novoa, pero no en la penúltima década del siglo pasado, sino en una revisión del Código de Procedimientos Federales en 1907. Es probable, sin embargo, que el proyecto preparado por Novoa para la comisión de Baranda fuese parecido al que entregó en 1907, al menos en lo que se refiere a la procedencia del amparo. Pero el proyecto de 1897 no ha llegado hasta nosotros. Al parecer nunca fue publicado. Díaz Lombardo tampoco pudo referirse a este inédito.

¹⁰ Nació en la ciudad de Puebla en 1848; en el Colegio del Estado se tituló de abogado. Practicó el periodismo, perteneció al Ayuntamiento poblano, fue fiscal del Tribunal Superior y oficial mayor del Congreso local. Después llegó a Chihuahua donde desempeñó diversos cargos públicos y redactó un proyecto de constitución estatal. En 1901, luego de su magistratura en la Suprema Corte, fue nombrado subsecretario de Justicia en el gabinete de Porfirio Díaz. Hacia 1906-1907 elaboró otro proyecto de regulación del amparo de importancia capital para el desarrollo del instituto del amparo judicial (*Diccionario Porrúa de historia, biografía y geografía de México*, voz "NOVOA, Eduardo").

¹¹ LABASTIDA, Luis G., *op. cit.*, pp. 981 y ss. El papel desempeñado por Eduardo Novoa en 1897 no ha sido valorado. En términos generales la paternidad del capítulo relativo al amparo, en varios de sus temas, no le es reconocida (al parecer, entre nuestros historiadores sólo la reconoce Lucio Cabrera Acevedo); además de la afirmación expresa de Labastida, que por sí sola debería bastar, ya en 1907 Isidro Rojas y Francisco Pascual García se encargaron de confirmar que Novoa había sido el autor del proyecto de amparo y que el resultado final fue producto de la comisión (*El amparo y...*, *op. cit.*, p. 150).

¹² El ampliamente discutido, impugnado, comentado y elogiado artículo 14 de la Constitución de 1857, en los términos en que fue redactado, permitió una interpretación que nunca imaginaron sus creadores. Emilio Rabasa lo demostró plena y definitivamente en 1906. La generalidad de los abogados sostuvieron, empero, que en ese precepto estaba encerrada una garantía de legalidad, y como garantía, susceptible de ser violada y defendida a través del amparo. Textualmente dice: "No se podrá espedir [sic] ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado [sic]; sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y esactamente [sic] aplicadas á él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley" (TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1989*, México, Porrúa, 1989, p. 608).

procedencia del amparo contra su violación. La ley de 1882 acogió la procedencia del amparo contra sentencias definitivas, pero le faltaron normas que fijaran expresa y detalladamente la manera de resolver esos asuntos cada vez más numerosos: la práctica mostraba las insuficiencias de su regulación (en el sistema de notificaciones, la calidad de parte, los efectos de la sentencia, etcétera). Por otro lado, autores como Ignacio L. Vallarta¹³ o Miguel Mejía¹⁴ habían advertido que los jueces podían vulnerar garantías distintas de la del discutible artículo 14; incluso, cometer verdaderos "atentados judiciales" en el iter de un procedimiento respecto de los cuales, dada la estructura

¹³ Es de sobra conocido que Vallarta no fue partidario de la garantía de la exacta aplicación de las leyes civiles y que bajo su presidencia la Corte siguió esa línea de pensamiento; él, sin embargo, no fue detractor de la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales por la violación de otras garantías. Así lo dijo en sus *Votos* y lo sostuvo en consultas privadas, cuando abandonó la judicatura. "La teoría que he estado defendiendo", explicó, "la que niega que la 2ª parte del artículo 14 comprenda los juicios civiles, no desconoce por ello que hay casos en que aun en estos juicios procede el amparo, siempre que en ellos se violen algunos de los derechos del hombre. Cuando el juez juzgue dando á las leyes un efecto retroactivo; cuando asegure el cumplimiento de un contrato poniendo en prisión al deudor; cuando aplique tormento para hacer declarar á una parte ó á un testigo; cuando obligue á un acreedor á pasar por las quitas que otros acreedores hayan concedido al deudor común; cuando se expropie sin indemnización previa; en estos casos y en los más en que se atente contra la libertad personal ó algún otro derecho natural, el amparo será legítimo. Pero que quede esto bien definido, ese recurso es procedente en juicios civiles, no cuando no hay exactitud en la aplicación de la ley, exactitud que dista mucho de ser una garantía individual, sino cuando se expropie alguno de los derechos del hombre. El amparo, pues, en juicios civiles es admisible, en mi opinión, cuando se infringen por el juez los artículos 5º, 17, 22, 27, 28, etcétera, de la Constitución, pero nunca cuando se alega la supuesta violación de la 2ª parte del artículo 14" (citado por MORENO [CORA], Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Tip. y Lit. "La Europea", de J. Aguilar Vera y Compañía, 1902, pp. 389 a 390).

¹⁴ Juez federal a fines del siglo pasado. En 1880 escribió: "¿Pues qué, si en un juicio civil se imponen servicios personales obligatorios y sin la debida retribución; si se dá [sic] efecto retroactivo á alguna ley; se cobran costas por los jueces y empleados del ramo; se reduce á prisión á alguna persona por deudas de carácter puramente civil; se declara que uno es esclavo de otro; ó se ataca, en fin, cualquiera otra de las garantías consignadas en el título 1º, sección 1ª de la Constitución de 1857, han de carecer los ofendidos del recurso que los protege, ó han de dejar los tribunales de la Unión [sic] de acatar la fracción 1ª del artículo 101 de aquel Código, segun [sic] la cual, es procedente el recurso de amparo por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen garantías individuales?" (MEJÍA, Miguel, *Errores constitucionales. Las arbitrariedades judiciales y los juicios de amparo. Refutación de los muchos errores que han invadido la jurisprudencia constitucional, y exposición de los buenos principios. Examinanse en primer lugar las cuestiones constitucionales que surgen de la aplicación de las leyes de la administración de justicia, por el Lic. [..], México, UNAM, 1977 [edición facsimilar], p. 18).*

de la ley de 1882, no podía prosperar el amparo intentado contra todos.¹⁵

III. EL SISTEMA DE PROCEDENCIA EN MATERIA JUDICIAL CIVIL

Eduardo Novoa intentó solucionar esas carencias de la ley anterior estableciendo nuevas reglas; en la mayoría adoptó los criterios jurisprudenciales del momento.¹⁶ No tenemos noticia de que su proyecto original ni las discusiones de la comisión en torno a él hayan sido publicados. Hasta nuestros días han llegado solamente el extracto de Labastida y el texto final del Código. No obstante, tenemos la convicción de que el equipo de Baranda hizo modificaciones sustanciales al proyecto germen en el punto específico de la procedencia del amparo civil.¹⁷ Expongamos nuestras premisas: en junio de 1897, Novoa propuso ante un grupo de académicos una reforma al artículo 14 constitucional en la que señaló reglas más o menos precisas para delimitar

¹⁵ En realidad, Vallarta no advirtió este problema. Escribió en otra época. El artículo 57 de la ley de 1882 previno: "En los negocios judiciales, civiles, será improcedente el recurso de amparo si se interpusiere después de cuarenta días, contados desde que cause ejecutoria la sentencia que se diga haber vulnerado alguna garantía constitucional [...]". Miguel MEJÍA, al igual que muchos, se planteó: "O las providencias judiciales que no sean sentencias, en asuntos meramente civiles, violan alguna garantía, ó no la violan. Si lo primero, el artículo 57 [...] está en abierta contradicción con el artículo 101 fracción 1ª de la Constitución que establece que el mencionado recurso contra todo acto, sea del género que fuere, procedente de alguna autoridad que viole alguna garantía individual, y es por tal motivo anticonstitucional [...]" (*op. cit.*, p. 30). Ante esta situación algunos afirmaron que toda providencia judicial debía considerarse como sentencia, o al menos como una resolución definitiva; otros, que el hecho de que el artículo 57 se ocupara del plazo para interponer amparo sólo contra sentencias no significaba que excluía su procedencia contra actos judiciales diversos, aun cuando no existieran normas referentes a éstos (una opinión más ortodoxa la sostuvo VEGA, Fernando, *Nueva ley de amparo de garantías individuales. Edición facsimilar. México, 1883*, México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1987, p. 256).

¹⁶ Por ejemplo, en la exposición de motivos, en el comentario al artículo 793, se dijo: "al prevenir que el tercero perjudicado puede interponer el recurso de revisión del auto en que el juez mande suspender el acto, cuando éste consiste en una resolución dictada en juicio del orden civil, ha dado fuerza legal á lo que la Suprema Corte había estado practicando por equidad" (LABASTIDA, Luis G., *op. cit.*, p. 107).

¹⁷ Labastida mismo deja entrever que no aceptaron íntegro el proyecto de Novoa: "Este letrado", escribió refiriéndose a él, "presentó un proyecto de reformas á la ley relativa de 14 de Diciembre [sic] de 1882, proyecto que fué minuciosamente discutido y aceptado en los términos que aparecen en los artículos 745 y siguientes del Código Federal" (*Ibid.*, p. 98); las cursivas son nuestras.

la procedencia del amparo contra providencias judiciales. Creemos del todo probable que desarrollase un sistema análogo en el proyecto que presentó a Baranda. Sus ideas, sin embargo, no debieron convencer a sus colegas de la comisión, quienes, en cambio, aprobaron una serie de artículos que permitieron —y obligaron a— que el amparo pudiera intentarse contra cualquier resolución dictada por un juez.

Veamos: entre 1896 y 1897, el Ejecutivo tuvo la intención de reformar el artículo 14. No interesa saber el sentido de aquella iniciativa malograda.¹⁸ Tengamos en cuenta, eso sí, que entonces fueron elaborados varios estudios sobre el tema. La Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación organizó una serie de conferencias dictadas por destacados miembros.¹⁹ En la suya —pronunciada el 25 de junio—, Novoa se preguntó:

En cuanto á la clase de resolución judicial, objeto de esta garantía [de la exacta aplicación], ¿debe ser la última, la que ya no admita remedio alguno ante la justicia común? ¿Debe ser cualquiera en que se cometa una inexactitud [...]?

Ambos extremos me parecen inadmisibles.

El primero lo es, porque contraría abiertamente el artículo 101 de la Constitución, y aunque así no fuera, porque resultaría frustrado el espíritu que anima todo el primer título de esa Suprema Ley, en el cual se ha tratado de poner á salvo los derechos primordiales ó digamos, ciertos derechos, contra todo atentado ó arbitrariedad del poder. Si ese atentado ó arbitrariedad viene en un acto que no sea la última sentencia, y amenaza ejecutarse sin intermediación de otro acto de la autoridad que pueda corregir ó revocar el atentado, la violación existe con todo su carácter de efectiva y real, y ella queda consumada por todo el tiempo que pese sobre la persona ó bienes de la víctima, contra el fin y objeto de las instituciones sociales.

¹⁸ Vid. "Iniciativa de reformas constitucionales presentada por la Secretaría de Gobernación á la Cámara de Diputados" en *Anuario de legislación y jurisprudencia*, México, año XIII, 1896, sección de "Estudios jurídicos", pp. 352 a 359.

¹⁹ Vid., entre otros, NOVOA, Eduardo, "Proyecto de reforma al artículo 14 constitucional. Estudio presentado á la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia por el Sr. Lic. [...] en la sesión verificada en 25 de junio de 1897", *Revista de legislación y jurisprudencia*, México, tomo XIII, julio-diciembre de 1897, pp. 13 a 21; VEGA, Fernando, "La reforma proyectada al artículo 14 de la Constitución", *Ibid.*, pp. 79 a 95; SÁNCHEZ GAVITO, Indalecio, *Teoría del amparo por el socio de número Lic. D. [...]*, México, Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia correspondiente de la Real de Madrid-Imprenta del gobierno federal en el ex-arzobispado, 1897, 59 pp.

El segundo extremo es igualmente inadmisibile, porque cuando el acto no reviste un carácter real y efectivo; cuando su alcance no hiere en realidad ni los bienes ni la persona del hombre; cuando ni se cita pasar por el examen y aprobación de otra autoridad entonces, ó no es un acto real ó por nimio no entra en el objeto de un amparo.

El medio entre estos extremos está en señalar á la garantía el campo de un acto inmediatamente ejecutorio, si es decisivo; ó de una naturaleza esencial y de trascendencia en la decisión si es adjetivo ó de procedimientos.²⁰

Con base en tales consideraciones, Novoa proyectó un tercer párrafo para el 14 constitucional en estos términos:

En los juicios civiles no se entenderá violada la garantía que consigna la segunda parte de este artículo ["nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por el tribunal que previamente haya establecido la ley y conforme á esta"], sino cuando se trate de un acto inmediatamente ejecutable ó de un procedimiento trascendental y de esencia en el juicio, en los cuales aparezca con toda evidencia haberse cometido una inexactitud de hecho influyente en la sentencia ó una infracción indudable de ley expresa.²¹

Esta propuesta de Novoa debió estar incorporada al proyecto que presentó a la comisión de Baranda: además de la cercanía temporal entre su conferencia ante la Academia y la discusión y promulgación del Código, consideremos que diez años después estructuró otro proyecto de regulación del amparo en el que asumió, en esencia, sus teorías de junio de 1897.²² Esto último quiere decir que la distinción entre diversas violaciones procedimentales que sirviesen como eje de la procedencia del amparo era una idea bien fincada en su pensamiento.

²⁰ NOVOA, Eduardo, "Proyecto de...", *op. ult. cit.*, pp. 28 a 29.

²¹ *Ibid.*, p. 21.

²² Cfr. "Actas de las sesiones de la Comisión Revisora del Código Federal de Procedimientos Civiles en el capítulo correspondiente al juicio de amparo", *Diario de jurisprudencia del distrito y territorios federales* del 27 de octubre de 1910 al 19 de enero de 1919; las mismas actas pueden verse en la *Memoria que el C. Secretario de Estado y del Despacho de Justicia, Lic. Justino Fernández, presenta al Congreso de la Unión. Comprende el ramo de justicia en el periodo transcurrido del 1o. de enero de 1901 al 30 de junio de 1909*, México, Imprenta de Antonio Enríquez, 1910, tomo II, pp. 95 a 301. Asimismo, véase nuestra tesis profesional, *El amparo contra actos en juicio de ejecución irreparable. Elementos históricos para su estudio*, México, Escuela Libre de Derecho, 1993, pp. 99 a 113.

Asumida, pues, la posibilidad de que Eduardo Novoa presentara a la comisión de 1894-1897 un sistema de procedencia análogo a su propuesta de artículo 14 de junio del 97, ¿por qué, entonces, la comisión no le hizo caso y mejor adoptó otro? La razón parece consistir en que las consideraciones aducidas por Novoa no estaban expuestas con terminología clara, indubitable, técnica, pues eran, en esos días, poco menos que novedosas. Lo cierto es que en 1897 la comisión de Baranda aprobó un sistema de procedencia del amparo civil sin restricciones; un sistema que nada tuvo que ver con las ideas externadas por Novoa ante la Academia, y que resultó contraproducente en su propósito de superar a la ley de 1882 en su regulación de ese sector del juicio de garantías: dio pie al abuso del litigante, al rezago en los tribunales y a la anarquía procedimental.

Básicamente, tres numerales del Código propiciaron tamañas consecuencias: el 779-V, d), el 781 y el 791. Conforme al primer numeral, para los efectos del juicio de garantías "No se reputará consentido un acto por el solo hecho de no interponerse contra él un recurso procedente". Este principio, motivado por un criterio liberal y de justicia, en realidad pugnó con el lineamiento aceptado por la teoría del proceso y la prudencia: deben tenerse por consentidas las providencias respecto de los cuales no se inconforma aquel que las considera atentatorias. Lo contrario conlleva el abuso y en un sistema federal como el nuestro, provoca el demérito de los tribunales ordinarios e hipertrofia en los federales.

Por su lado, en la primera parte del artículo 781 se preceptuó:

La demanda de amparo contra resoluciones judiciales del orden civil, deberá entablarse dentro de veinte días, contados desde la fecha de la notificación, si se tratare de sentencia definitiva, y dentro de quince en los demás casos [...].

Con su terminología amplísima, esta norma autorizó que se interpusiera el remedio constitucional contra todo acto dictado en el curso de un procedimiento; más aún: obligaba a ello. El litigante que no ocurriera al amparo respecto de equis resolución intraprocesal dentro de los quince días estaba expuesto a que la violación se entendiera consentida.²³ Aunada a esta circunstancia, el reconocimiento de la

²³ TENA RAMÍREZ, Felipe, "El amparo de estricto derecho: orígenes, expansión, inconvenientes", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo IV, núm. 13, enero-marzo de 1954, pp. 18 a 19.

garantía de la aplicación exacta permitió a los litigantes temerarios alegar que cualquier providencia dictada por un juez o tribunal —y cuando decimos “cualquiera” el término debe entenderse en toda su extensión— fuere tachada de aplicar incorrectamente la ley y así ocurrieran a la justicia federal invocando la afectación del 14 constitucional para disfrazar su ánimo verdadero: dilatar los juicios. A fin de cuentas, hasta en un auto de mero trámite podía el juez común errar en la invocación del artículo que lo facultaba para dictarlo. Sin llegar a tanto, lo cierto es que la redacción del 781 —que hablaba de “resoluciones” en términos generales— hacía que, no necesariamente contra autos inocuos, pero sí contra cada resolución de cierta importancia, se interpusieran amparos. En el curso de un procedimiento civil o mercantil podían intentarse cinco, diez juicios constitucionales autónomos.²⁴ De esta suerte, la sentencia definitiva dictada en la jurisdicción común podía destruirse con que sólo alguno de los amparos intentados contra las resoluciones en que se sustentaba fuese concedido con posterioridad a la fecha en que ella misma hubiere sido pronunciada.

Otro numeral del Código contribuyó al desprestigio de la institución. Conforme al segundo párrafo del 791,

si el juez negare la suspensión, y contra su auto se interpusiere el recurso de revisión, lo comunicará así á la autoridad ejecutora, para que mantenga las cosas en el estado que guarden, hasta que la Suprema Corte de Justicia dicte la resolución que ponga término al incidente.

Podemos apreciar el inconveniente que estos artículos originaron al conjuntarse. Por un lado, el 781 obligaba a la interposición del amparo contra cualquier providencia judicial; por otro, el 779-V, d), consintió en que no se agotasen los recursos ordinarios respecto de ellas, y el 791 previó que solicitada la medida suspensiva en el amparo inter-

²⁴ Cfr., por ejemplo, los modelos de demanda de amparo 5 y 6 que ofrece CORTÉS, Francisco, en su formulario *El juicio de amparo al alcance de todos. Breves explicaciones sobre sus altos fines, de su naturaleza y de su aplicación, para facilitar al pueblo el inmediato ejercicio de sus derechos, por violación de garantías individuales cometidas por cualquiera autoridad. Contiene al fin una serie de formularios para los casos prácticos, que facilitarán la promoción de los juicios*, México, Imprenta y fototipia de la Secretaría de Fomento, 1907, pp. 229 a 232. En uno se ve cómo redactar una demanda de amparo contra la resolución de un juez que manda abrir el juicio a prueba, a petición del actor, sin haber corrido traslado al Ministerio Público; en el otro, cómo combatir en amparo que no se haya dado fe, por parte del secretario del juzgado, de una resolución de mero trámite.

puesto contra cualquier tipo de acto de autoridad, entre ellos las resoluciones judiciales, era seguro que la actuación de la responsable habría de paralizarse. En los amparos en negocios judiciales, el procedimiento del orden común del cual emanara el acto reclamado se detendría necesariamente al pedir su suspensión: cuando el juez de distrito negaba la medida cautelar,²⁵ el quejoso pedía revisión de su negativa a la Corte y el juicio común tendría que interrumpirse al menos por el tiempo que el máximo tribunal tomaba para resolver en definitiva el incidente. Los litigantes de mala fe encontraron un medio inmejorable para dilatar la acción de la justicia.

IV. EL ABUSO DEL JUICIO DE AMPARO

La comisión redactora del Código de 1897 sí previó las consecuencias a que llevarían sus reglas de procedencia del amparo judicial, pero las desestimó. Creyó que a través de disposiciones complementarias evitaría que fueran interpuestos amparos fútiles o temerarios. Sus paliativos no funcionaron. Las exigencias casacionistas del artículo 780,²⁶ por ejemplo, las estableció como “filtro” de las demandas de amparo civiles. Normas de ese talante no minaron el ánimo de los abogados de interponer amparo contra lo que se les ocurría ni los convencieron de que el juicio constitucional debía intentarse sólo en casos de “verdadera y positiva necesidad”. El atractivo de paralizar los juicios era más grande que el temor, verbigracia, a la imposición lejana y risible de las multas previstas en el artículo 810.

Así, el abuso del juicio constitucional en asuntos judiciales del orden civil se volvió recurrente. Hubo amparos como el intentado contra el auto que desechó un incidente de nulidad y contra la resolución de la Sala que no lo repuso, en los que no se expresaron conceptos de vio-

²⁵ El artículo 784 dispuso que la suspensión sólo podía otorgarse en tres casos: cuando el acto reclamado fuera pena de muerte, destierro o alguno de los prohibidos en la Constitución; cuando su ejecución fuere de imposible reparación física, y cuando fueran de difícil reparación los daños que se le causarían al quejoso con su ejecución, siempre que otorgándola no perjudicara a la sociedad, al Estado o a terceros.

²⁶ En este precepto se fijó por vez primera la necesidad de señalar tanto la ley que en opinión del quejoso le había sido incorrectamente aplicada, o aquella que debió aplicarse, así como la de expresar los conceptos de violación que ello entrañaba. Felipe TENA RAMÍREZ ubica el nacimiento del amparo de estricto derecho con este Código (En “El amparo de estricto derecho...”, *op. cit.*).

lación y además eran extemporáneos;²⁷ otros que señalaron como agravios la enfermedad ocular de algún magistrado y la "infracción á las doctrinas de Pothier y de Laurent".²⁸ Hubo algunos en extremo aventurados: Emilio Pardo, Jr., informó de un asunto en el que la parte contra la que litigaba su representado había intentado ampararse respecto de más de cinco resoluciones judiciales consentidas, inexistentes o de las que estaban pendientes recursos. En el sexto amparo, Pardo se preguntó:

¿Se concibe que pueda atentarse á alguno de los derechos del hombre el decreto en que un juez manda se agregue á los autos un escrito por haberse proveído ya sobre las peticiones que en él fueron hechas? Pues, por más extraño que ello parezca, es lo cierto que el Sr. Lic. Cesáreo L. González ha pedido amparo contra una providencia de este linaje, y como la queja es frívola hasta la inverosimilitud, juzgo ocioso detenerme á combatirla. Consta, en efecto, que uno de los autos dictados por el Sr. Juez 1o. de Paz de Pinos, en 9 de Febrero [sic] último dispuso que, por haberse proveído ya sobre cierto escrito del ex-síndico, se agregara á sus actuaciones, y este sencillísimo trámite es presentado por el recurrente como un atentado?²⁹

V. LA INMINENCIA DE LA REFORMA

Si durante la vigencia del Código de 1897 lo del abuso fue grave —y de los males, el más ostensible—, la intromisión de los tribunales

²⁷ Vid. ASPE, Raoul [sic] F., *Amparo Moncada-Moncada. Exposición que presenta á la Corte Suprema el Lic. [...] pidiendo la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado 1º de Distrito de México que negó al Sr. D. Francisco Federico Moncada el amparo que solicitó contra resoluciones de la 3ª Sala del Tribunal Superior del Distrito, en las diligencias promovidas á nombre de la Srta. Emma Moncada para obtener el exequatur para el fallo de la Corte de Nueva York, que levantó la interdicción á que esa misma Corte la había sometido*, México, Tipografía Económica, 1902, 13 pp.

²⁸ Vid. CORDERO, Rosendo, *Juicio de amparo promovido por el Sr. Luis G. Ávila contra actos de la 2ª Sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango, consistentes en la ejecutoria de 12 de febrero de 1901 pronunciada en el juicio sobre consignación, seguido por la Sra. Manuela Gómez Palacio de Gavilán*, México, Eduardo Dublán Impresor, 1901, 32 pp.

²⁹ PARDO [Jr.], Emilio, *Exposición que el Lic. [...] en representación del Sr. Lic. D. B. Garza, como síndico en la quiebra de Don Vicente Cubas, presenta á la Corte Suprema de Justicia en los autos del juicio de amparo promovido por el Lic. Don Cesáreo L. González, contra actos del Juzgado 1º de Paz de Pinos que conoce de aquella quiebra*, México, Tipografía Económica, 1901, p. 17.

de amparo en la actuación de los locales se convirtió en el talón de Aquiles del juicio de garantías. El artículo 14 constitucional y preceptos secundarios como el 779-V, d), el 781, el 791, significaron la merma de las atribuciones y del prestigio de la justicia común; Suprema Corte y jueces de distrito padecieron tal recargo de trabajo, que difícilmente podían despachar sus asuntos con estudio y prontitud. Los procesos se veían interrumpidos por múltiples amparos. La causa de ello, si bien se observa, fue estrictamente jurídica y, además, un vicio de origen: a pesar de su propósito declarado en contra, el equipo que discutió y aprobó el articulado relativo en el Código de 1897 adoptó para el amparo judicial la estructura de un recurso en su objeto, requisitos de demanda, efectos, etcétera,³⁰ pero sin las limitaciones de los propios recursos ordinarios. No nos detendremos en examinar esa falta de coherencia; para los efectos de nuestra investigación lo que importa es destacar el hecho de que bien pronto se sintió la necesidad de reformar al Código en lo tocante al amparo contra providencias judiciales.

Hubo dos tendencias iniciales en cuanto al sentido de la reforma. Ambas fueron planteadas en un plano teórico. Se bosquejaron en ensayos y conferencias. Por un lado estaban aquellos como Emilio Rabasa, que pensaban suprimir la garantía de la exacta aplicación y

³⁰ En la exposición de motivos se dijo: ha sido "necesario fijar de un modo terminante la naturaleza del amparo, llamándolo juicio, como realmente lo llama la Constitución, y [procurar] sostener este carácter en todo el capítulo. Así quedarán extinguidas las discusiones sobre si el amparo es un recurso principal, accesorio ó subsidiario, y no tendrán razón de ser las consecuencias que de semejantes dudas se derivan" (LABASTIDA, *op. cit.*, pp. 98] a 99]). Sin embargo, como evidenció Emilio Rabasa en 1906, "el procedimiento de amparo, tal como lo autoriza y establece [el Código de 1897], puede ser un juicio. Es lo primero siempre que lo motiva la violación de cualquier artículo que no sea el 14, porque esta violación origina una acción nueva, que se ejercita en el amparo reclamándose la satisfacción del derecho violado; si el juicio fenece por la sentencia de la Suprema Corte, y si la autoridad ejecutora del acto reclamado continúa los procedimientos en que incidentalmente surgió el proceso federal, es con distinta materia, pero nunca para seguir examinando la misma acción que la sentencia federal dilucidó. En el caso del artículo 14 sucede todo lo contrario, y entonces el procedimiento federal tiene toda la naturaleza y todos los caracteres del recurso; el pretexto es una violación, pero como el oficio de la Suprema Corte es examinar si la ley ha sido o no exactamente aplicada, es de mera revisión, tiene por objeto enmendar la mala aplicación de la ley en los procedimientos comunes; la resolución de la Corte no fenece el juicio, porque no resuelve definitivamente sobre la acción intentada, y los tribunales comunes, continuándolo, siguen sobre la misma materia en que intervino la justicia federal" (RABASA, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional*, México, Porrúa, 1984, p. 97).

resolver así, eliminándolo de un plumazo, todos los problemas que originaba la regulación del amparo civil; éstos olvidaron un factor: que los jueces podían violar garantías diversas de la del 14, y no se ocuparon de explicar qué sucedería con los amparos interpuestos contra tales violaciones.³¹

Por otro lado estaban aquellos que admitían la exacta aplicación, pero que tenían conciencia de las anomalías que entrañaba el Código permitiendo que se ocurriera al amparo contra cada providencia. En éstos se extendió la idea de asimilar el método de la casación para el amparo (debemos remarcarlo: se pretendió asimilar el *método* de la casación y no su teleología. Se ha insistido en las diferencias entre ambos procedimientos en cuanto a sus fines, sobre todo en una fundamental: mientras aquella persigue la uniformidad de la jurisprudencia y la inviolabilidad de la ley, aquél pretende garantizar derechos fundamentales).³² Un sector de juristas de aquellos días se preguntó,

³¹ No es el caso de entrar al análisis de los argumentos rabasianos, de sobra conocidos. Limitémonos a sintetizarlos. Rabasa, después de demostrar que los constituyentes de 1857 jamás previeron en el artículo 14 la garantía de exacta aplicación, se propuso destruir uno por uno los fundamentos del amparo judicial, sector del amparo que limitó a la esfera de aquella garantía: Rabasa nunca advirtió la posibilidad de que los jueces podían vulnerar garantías distintas de la del 14 ni demostró lo contrario. Rabasa, pues, nunca trató el tema de la violentación judicial de garantías distintas de la encerrada en el 14 constitucional. Para él, el amparo intentado contra resoluciones judiciales era el amparo que invocaba la violación de la garantía de la aplicación exacta y, fundamentalmente, aquel que era interpuesto contra sentencias dictadas por los tribunales locales en las que aplicaban e interpretaban leyes locales. En rigor, su alegato histórico fue argumento principal. Una vez confirmada la intención verdadera de los constituyentes al redactar el artículo 14 —reproducir la fórmula norteamericana del debido proceso legal— no cabía ya discusión alguna sobre la correcta inteligencia del precepto constitucional. La exacta aplicación simplemente no estuvo en el espíritu del legislador, idear interpretaciones que implicaran desconocer la genuina voluntad de los constituyentes no era válido. Punto. No obstante, decidió fortalecer esta conclusión con tres elementos más: el primero fue que con la garantía del 14 se vulneraba la independencia de las entidades federativas; después, argüir que “garantizar [...] la recta aplicación de la ley es garantizar la justicia; pero la justicia es un ideal perseguido por las sociedades, no puede ser una garantía individual”; por último, observar que el amparo judicial —entendido, exclusivamente, como el amparo interpuesto contra resoluciones violentadoras de la garantía de la aplicación exacta— abrumaría y abrumaba a los tribunales federales con expedientes imposibles de fallar con prontitud. Creemos que Rabasa fue bien objetado por juristas de aquellos días (Miguel Bolaños, Manuel Olivera, Isidro Rojas, Francisco Pascual García, Díaz Soto y Gama, por mencionar algunos: *vid.* nuestra tesis profesional, *op. cit.*, pp. 53 a 99 y 152 a 170).

³² Para un estudio más detenido sobre las analogías y diferencias entre casación y amparo —tema por demás explorado— puede verse: FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Pre-

aceptada la exacta aplicación como un derecho del hombre, como garantía constitucional, si no era posible impugnar en un sólo amparo las *violaciones procesales* cometidas dentro de un procedimiento, a la manera de la casación; si no era adecuado y conforme a la naturaleza del juicio de amparo dejar que los procesos ordinarios empezaran y terminaran dentro de la jurisdicción común. A fin de cuentas, dijeron, sería la sentencia la que conllevaría un perjuicio, una injusticia, porque ella en sí misma resultase violatoria o porque se apoyara en resoluciones equívocas o arbitrarias referidas a emplazamientos, pruebas, representación y otras del mismo tenor.³³ Los casos de procedencia de la casación conocidos como errores *in procedendo* los estimaron como los únicos atentados judiciales posibles, atentados que en el evento de que se verificaran dentro de un procedimiento no producían *per se*, de momento, agravios; éstos se actualizarían cuando llegara la sentencia definitiva. Otra cosa sería adoptar o no el excesivo formalismo de la casación para la tramitación de los amparos así regulados; ello ameritaba discutirse. En principio, lo que importaba era traspolar aquellas violaciones procesales que normalmente motivaban la casación y señalarlas como las que podrían reclamarse en el amparo interpuesto contra la definitiva. Esta propuesta descuidó considerar el hecho de

sente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano”, en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, tomo IX, núm. 1, 1978, pp. 91 a 138.

³³ *Vid.*, verbigracia, MORENO CORA, Silvestre, *op. cit.*, pp. 631 a 636; SÁNCHEZ GAVITO, Indalecio, *op. cit.*, p. 58, o VEGA, Fernando, “Cuestiones constitucionales. La Corte Suprema de Justicia, bajo el enorme peso de innumerables amparos que diariamente se elevan para su revisión. Causas que contribuyen a esa enorme cifra de amparos en el orden civil. Proyecto de reformas para refrenar el abuso del recurso de amparo en los asuntos civiles”, *Revista de legislación y jurisprudencia*, México, tomo XXI, julio-diciembre de 1901, pp. 97 a 115. Vega propuso que en el artículo 14 se establecieran reglas precisas y únicas de procedencia del amparo civil traídas de la casación (pp. 107 a 108):

“En todo juicio civil las partes tendrán las siguientes garantías, además de las que se otorgan en la sección primera de esta Constitución:

“I. Que sean emplazadas legalmente.

“II. Que sean oídas por sí ó por mandatario constituido conforme a la ley del procedimiento.

“III. Que se les reciba el pleito á prueba, debiendo serlo.

“IV. Que se les admitan las pruebas que ofrezcan en tiempo y forma, si no son contra derecho.

“V. Que los hechos sobre que descansa el fallo, sean estimados legalmente.

“VI. Que si la sentencia se funda en ley, debe ser vigente y tomada del cuerpo de disposiciones que deben regir el caso, por razón del fuero y la materia.

“VII. Que la sentencia definitiva sea congruente con la demanda y las excepciones.”

que los jueces no sólo cometían violaciones meramente procesales (violatorias, en un aspecto puramente formal, de la exacta aplicación), sino que también podían cometer atentados *materiales* respecto de los cuales resultaría inútil intentar ampararse al dictado de la definitiva y, además, escapaban a las hipótesis de errores *in procedendo* de la casación. Las objeciones que anteceden debieron generalizarse entre postulantes, miembros de la judicatura, profesores y estudiantes de derecho en los comienzos de nuestro siglo. Comenzó, entonces, a propagarse entre ellos un sistema de procedencia diverso, de mayor técnica, cuyo objetivo era colmar las omisiones de los anteriores.

Ahora bien, entre todas las sugerencias de cambios legislativos en materia de procedencia hubo una que conmovió al gremio jurídico y de la que se estimó era necesario refutar. *El artículo 14* de Rabasa fue redactado con la intención de devolver al 14 su contenido original, adecuarlo a la voluntad originaria del constituyente: incorporar a nuestra Carta Magna la figura del debido proceso legal de los norteamericanos.³⁴ De llevarse a cabo, el principal efecto de semejante reforma sería la supresión del amparo contra aplicaciones inexactas de la ley dentro de los procedimientos judiciales. La aparición en marzo de 1906 del libro de Rabasa —personaje de indudable influencia en el ambiente gubernativo— coincidió con los rumores de posibles reformas al amparo que se gestaban en Palacio Nacional. Se entendió que no se trataba de una circunstancia fortuita, sino coyuntural. El informe de Porfirio Díaz del 1 de abril pareció confirmar esa sospecha.³⁵ Un sector del foro decidió alzar la voz en contra y, para hacerse oír, aprovechó un concurso jurídico patrocinado por el Colegio de Abogados. En sus trabajos enviados a este certamen, juristas de diversas tendencias combatieron las razones de Rabasa para pedir la elimina-

³⁴ Según Rabasa, había que dar al 14 una redacción "breve y clara", en la que se expusiera simplemente como "*garantía de la vida, la libertad y la propiedad, la resolución judicial que resulta de un proceso*" (RABASA, Emilio, *op. cit.*, p. 126. *Cursivas* en el original).

³⁵ En efecto, en dicho informe de gobierno, Díaz manifestó: "Son notorias las constantes demoras y otros inconvenientes que surgen de la actual sustanciación de los juicios de amparo. A la Suprema Corte de Justicia, no obstante el empeño y actividad que ha desplegado en el despacho de estos juicios, le ha quedado al finalizar el año de 1905, un rezago de más de 4,500 casos sin resolver. Esta grave y anómala situación en tan importante materia reclama imperiosamente medidas que á la vez que modifiquen el sistema observado en ese alto tribunal para la revisión de tales juicios, simplifiquen el procedimiento hasta ahora empleado, sin atacar en lo más mínimo los preceptos constitucionales que aseguran en la República los sagrados derechos del hombre".

ción del 14 y, lo realmente importante, formularon reglas de procedencia basadas en las mismas ideas que Novoa había externado en 1897. Algo las diferenció: su madurez.

VI. EL CONCURSO JURÍDICO DE 1906

El 25 de enero de 1906, el Colegio de Abogados de México³⁶ convocó a un concurso jurídico. Su objeto fue la factura de una "Indicación motivada de las reformas que convendría hacer al Código de Procedimientos Federales en el capítulo destinado al juicio de amparo".

Recibió nueve trabajos, de los cuales cuatro no llenaron los requisitos mínimos y fueron desechados; los restantes —elaborados por Miguel Bolaños Cacho y Manuel Olivera Toro, Rodolfo Reyes, Roberto A. Esteva Ruiz, Antonio Ramos Pedrueza, Antonio Díaz Soto y Gama— se publicaron bajo el auspicio del Colegio.³⁷ El jurado calificador, integrado por Silvestre Moreno Cora, Manuel Vázquez Tagle y Victoriano Pimentel, acordó que el primer lugar lo merecían Miguel Bolaños Cacho y Manuel Olivera Toro por su memoria conjunta; Rodolfo Reyes obtuvo una mención honorífica, Roberto Esteva Ruiz recibió también una mención especial; los otros dos merecieron "los honores de la publicación".³⁸

³⁶ Para una idea general de esta agrupación *vid.* SAUCEDO ZARCO, Carmen, "La Escuela Libre de Derecho bajo el patronato del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México...", en *Pandecta. Revista de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho*, México, núm. 19, primavera-verano de 1992, pp. 31 a 38.

³⁷ Fue editado un tomo que los agrupó todos: *Concurso de 1906. Indicación motivada de las reformas que convendría hacer al Código de Procedimientos Federales en el capítulo destinado al juicio de amparo. Dictamen del jurado calificador y memorias que obtuvieron el premio, la mención honorífica y los honores de la publicación*, México, Colegio de Abogados de México-Imprenta "El arte moderno", 1906, 255 pp. También por cuenta del Colegio se publicaron algunas separatas —al menos dos: la de Reyes y la de Bolaños y Olivera—. El *Diario de jurisprudencia* reprodujo las cinco memorias ese mismo año; la de Reyes apareció además en las páginas de la *Revista de legislación y jurisprudencia* (*vid.* VALLEJO Y ARIZMENDI, Jorge y Raúl MEDINA MORA, *op. cit.*, pp. 117 a 119). Nosotros empleamos el tomo conjunto. Agradecemos la atención de Carmen Saucedo Zarco, del archivo histórico del Colegio, por facilitarnos la consulta de esta obra.

³⁸ Los estudios del *Concurso* han permanecido relegados. El grueso de la doctrina contemporánea los desconoce. Puede afirmarse que no han sido estudiados íntegra ni parcialmente. Algunas menciones bibliográficas: la detallada de Jorge Vallejo y Arizmendi y Raúl Medina Mora en su fundamental repertorio (*Ensayo bibliográfico de derecho constitucional y de garantías y amparo*, México, Imprenta Universitaria, 1947, pp. 117 a 118), obviamente limitada a la mera referencia. Dos más se han constreñido a la simple noticia del tomo general en bloque, sin señalar

Un punto común a estos textos es que pretende cambios en la regulación del amparo judicial y su procedencia.³⁹ Los cinco convergen en confirmar esa necesidad y en proponer una solución. De hecho, todos giran en torno de esta materia, a la que consideraron como eje de la reglamentación del amparo en general. A diferencia de Emilio Rabasa y otros detractores del amparo civil, los autores de las memorias del

en lo individual a cada uno de los concursantes (GAXIOLA, F. Jorge, en su "Prólogo" a RABASA, Emilio, *El artículo 14*, op. cit., p. xvi, y GONZÁLEZ COSÍO, Arturo, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1990 [3a. ed.], p. 295). Héctor Fix-Zamudio dio referencias del tomo en *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 412; en la misma obra aludió al trabajo de Rodolfo Reyes de manera informativa (p. 417) y nada más. El texto de Roberto Esteva Ruiz lo citó, igualmente, a guisa de nota bibliográfica en "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XIV, núm. 56, octubre-diciembre de 1964, p. 975, n. 86. En otro ensayo suyo, más reciente, Fix-Zamudio consignó de nueva cuenta el tomo general relacionándolo con el abuso del amparo en el porfiriato, pero no derivó ninguna conclusión importante ("La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo", op. cit., pp. 149 a 150). Existen reproducciones actuales de estos dos últimos artículos (en *Ensayos sobre derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 81 a 129 y 385 a 458, respectivamente), pero su autor no introdujo ninguna aclaración ni modificación en las citas. Hilario Medina citó el tomo global, a vuelapluma, en la relación histórica previa a su anuncio del despunte de la jurisprudencia de 1941 sobre los actos en juicio de ejecución de imposible reparación, hipótesis de procedencia del amparo en la vía indirecta ("Informe que el ciudadano presidente de la Tercera Sala al concluir el año de 1941", p. 10, publicado con paginación independiente en el *Informe de la Suprema Corte de 1941*); se habría abstenido de citarlo si hubiere hecho una lectura más avispada: su interpretación de qué es un acto de ejecución de imposible reparación no encuadra con estos textos. El ministro Mariano Azuela Rivera también los conoció, pero a través de un tercero (Cfr. "Trayectoria y destino del juicio de amparo", en *El foro. Órgano de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados*, México, cuarta época, núms. 4-6, abril-diciembre de 1954, p. 130). Nunca los tuvo en sus manos. Vinculó, igualmente, al acto de ejecución irreparable con ellos, pero sus conclusiones no resultaron afortunadas (vid. nuestra tesis profesional, op. cit., capítulo VI, "Antecedentes que no lo fueron"). Al parecer Azuela leyó, en particular, el proyecto de Antonio Díaz Soto y Gama, pero lo relacionó exclusivamente con el tema de la suspensión del acto reclamado (vid. *infra* nota 47). Hasta donde sabemos, en nuestros días sólo los magistrados de circuito Mauro Miguel Reyes Zapata y Leonel Castillo González han asociado una memoria, la de Bolaños y Olivera, con el tema de la procedencia actual del juicio de garantías en materia judicial: en una conferencia impartida por el segundo, en la ciudad de Puebla el 25 de junio de 1993. Aparte de éstos parece ser que ningún estudioso que se haya aplicado al análisis de la evolución del amparo y su procedencia contra actos judiciales menciona, conjunta ni separadamente, las memorias del *Concurso*. Estas consideraciones nos permiten calificarlas de novedosas e inexploradas como fuentes de estudio de la procedencia del amparo judicial y su historia. Es necesaria una revalorización.

³⁹ Ese no fue el único aspecto que trataron. Sus proyectos de reformas previeron desde la organización del Poder Judicial Federal y la selección de sus miembros hasta los requisitos de la demanda de amparo, la suspensión del acto reclamado, el

Concurso no llegaron a sostener su eliminación o restricción, su propósito fue entender la naturaleza del juicio constitucional cuando se promovía contra resoluciones judiciales y, con base en eso, establecer científicamente reglas de procedencia. Fueron concebidas como réplicas a las tesis rabasianas de *El artículo 14*. Conocer sus proyectos es fundamental: el pensamiento de los redactores de la Constitución de 1917 en materia de amparo judicial está influida por ideas semejantes a las ahí esbozadas (sobre todo en lo que se refiere al amparo contra "actos en el juicio cuya ejecución sea de imposible reparación").

En 1906, adquirieron todo su vigor estas ideas innovadoras sobre la procedencia del amparo judicial. Se materializaron en trabajos meditados y armónicos y se hicieron públicas —en el sentido de que quedaron impresas y rebasaron el ámbito de la plática de café o tip de salón de clase—. ⁴⁰ Salvo el discurso de Eduardo Novoa en junio de 1897, que no tuvo eco, no hay documentos anteriores que sustenten ideas análogas. Durante casi cincuenta años, desde su creación, el juicio de amparo interpuesto contra actos judiciales civiles fue materia de acalorados debates. Sin embargo, faltaba un lenguaje técnico que precisara los conceptos. Ya Vallarta y Mejía, verbigracia, habían sostenido que el amparo podría intentarse contra ciertos actos en determinadas hipótesis. No llegaron, empero, a afinar sus doctrinas.⁴¹ Los

carácter de parte, etcétera, así como sustraer del Código el articulado del amparo y confeccionar con él una ley especial —orgánica—. Un estudio completo sobre estos escritos está aún por hacerse.

⁴⁰ Conviene transcribir algunas frases que confirman nuestra suposición: Miguel BOLAÑOS y Manuel OLIVERA, autores de la más acabada de las memorias, reconocieron: "Tampoco abrigamos la vanidad de proponer un proyecto absolutamente original y nuevo. Aprovechamos ogaño lo que antaño fue pensado y legislado; abandonamos de antaño, lo que ogaño nos ha demostrado que es inútil y nocivo" (*Concurso*, p. 24). Rodolfo REYES, por su parte, afirmó al respecto: "Varios medios se proponen para detener la marea [del abuso del amparo civil], de ellos se habla siempre que el tema se toca y recogiendo impresiones es como presento el plan que paso á apuntar y que para mí salva la situación tal como debe salvarse [...]" (*Ibid.*, p. 96); enseguida estableció la distinción entre las violaciones procesales que podían ocurrir en el curso de un procedimiento y el momento en que contra ellas procedería el amparo. En enero de 1907, ROJAS y GARCÍA escribieron en *El amparo y sus reformas*, obra que consignó todo lo propuesto durante el año anterior: "Mucho se ha dicho, mucho se ha escrito á propósito de [las] reformas; más de un proyecto se ha formulado; y aunque no todos se han publicado por la prensa, sí lo han sido varios, y de las ideas dominantes en los no publicados, tiénense noticias bastantes para juzgarlos, á lo menos de una manera general" (*El amparo y...*, op. cit., p. 167).

⁴¹ Vid. *supra* notas 13 y 14. Emilio Rabasa criticó el lenguaje de Ignacio Vallarta, construido con expresiones "más oscuras que las tinieblas del Derecho Natural" (en el capítulo IX, "Los derechos civiles y los derechos del hombre", de *El artículo 14*, op. cit., pp. 67 a 74).

detractores de la procedencia del amparo en materia judicial civil también carecieron de una formulación definida de su criterio.⁴²

Hacia finales del siglo pasado y principios del actual, varios juristas —hemos hablado ya de algunos— esbozaron la idea de que muy bien podían impugnarse en un solo amparo las violaciones procesales cometidas en el curso de un procedimiento. Ese amparo se interpondría contra la sentencia definitiva que se dictara. Algunos propusieron, abiertamente, la adopción del sistema casacionista; otros, un modelo intermedio entre la rigurosa casación y el liberal amparo. El fin era eliminar el abuso. Entonces debió ocurrir en los pasillos de los tribunales, en el aula, en la biblioteca, la formulación de la pregunta: ¿todas las violaciones procesales admitían ese tratamiento?, ¿todas tendrían remedio al impugnar en amparo la sentencia definitiva, independientemente de la mayor o menor flexibilidad que adoptara el procedimiento del juicio constitucional? Las respuestas debieron florecer, más o menos delineadas, más o menos similares. La conferencia de Novoa patentiza esto. En 1906, sin embargo, fue que se logró desarrollar una solución expresada en un lenguaje más acabado, técnico, indicativo de la madurez alcanzada en este punto.

La historiografía del juicio de amparo⁴³ ha identificado en esta época dos estilos autorales, dos vertientes doctrinales en el tratamiento de la institución del amparo. Una denominada “clásica” u “ortodoxa” y representada por José María Lozano, Isidro Montiel y Duarte, Ignacio L. Vallarta, Silvestre Moreno Cora y Emilio Rabasa, caracterizada porque el Derecho Constitucional sirve de punto de partida; otra, llamada “exegética” o “procedimentalista”, encaminada al comentario descriptivo de la legislación vigente. En ésta ubican a Fernando Vega, Manuel Ruiz Sandoval, Federico M. del Castillo Velasco, Francisco Cortés y Demetrio Sodi. Debe agregarse una corriente más. Los textos del *Concurso* no encajan en ninguna y lo ameritan.⁴⁴ Aun cuando sólo recogieron ideas que eran colectivas re-

⁴² El mismo Rabasa cayó en divagaciones idealistas cuando trató el tema del amparo judicial civil: *vid.* nuestra tesis, *op. cit.*, pp. 148 a 165.

⁴³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 77-78, enero-junio de 1970, pp. 385 a 386.

⁴⁴ Pudiera alegarse que fueron —su mismo origen lo indica— meros ejercicios de exégesis. A fin de cuentas, se diría, buscaban analizar preceptos vigentes y proponer reformas. En principio esto es cierto. Los mismos concursantes pensaron así. Rodolfo Reyes, por ejemplo, dijo: “El Colegio de Abogados con sabio consejo, al abrir el

sultan originales: en ellos aparece (por vez primera en nuestra historia, si prescindimos del discurso proferido nueve años atrás por Eduardo Novoa) el estudio sistemático y científico del amparo en lo que toca a la impugnación de resoluciones judiciales; emplearon un lenguaje propio, que nada debe al doctrinario extranjero; crearon una terminología que buscó precisión. Sobre todo, distinguieron claramente dos tipos de violaciones procesales y establecieron su enlace con la materia propia del amparo: la violación de garantías individuales.⁴⁵ Ahora veremos el caso de Antonio Díaz Soto y Gama.

VII. UN ANARQUISTA TEORIZA SOBRE EL AMPARO

A los veintiséis años, Antonio Díaz Soto y Gama elaboró un proyecto de reformas desconocido por sus biógrafos⁴⁶ y soslayado por la historiografía del juicio de amparo.⁴⁷ Él mismo parece haberlo olvi-

concurso [...] implícitamente indicó que pedía al Foro nacional, más una obra de observación y práctica utilidad, que un estudio científico sobre materia de suyo tan amplia [...] indicó también que se solicitaban memorias y simples indicaciones y no monografías completas y al hacer todo esto y hacerlo bien por cierto, pensó sin duda que los profesionistas que estamos en la diaria brega, éramos los llamados a acudir a su noble cita; pero que por la razón misma de nuestra actividad profesional, si bien estamos en ventajosas condiciones para sentir las evidentes necesidades a las que responde la convocatoria, no contábamos por cierto con el tiempo y la tranquilidad necesarios, para producir amplios y eruditos estudios” (*Concurso*, p. 87). No obstante, a diferencia de Francisco Cortés o de Fernando Vega, cuyos libros describieron una situación dada, las monografías del concurso describieron, analizaron, criticaron y propusieron, con lenguaje novedoso, apreciaciones nuevas.

⁴⁵ Una última observación: los escritos a que nos referimos fueron concebidos en un plano eminentemente teórico. Las ideas en ellos expuestas no se plasmaron en alegatos o sentencias —hasta donde nos fue posible comprobar—. Su exposición es académica, enunciativa, propositiva. Distan mucho de haberse planteado como agravios en demandas o resolutivos de sentencias.

⁴⁶ Cfr. MORENO, Daniel, “Antonio Díaz Soto y Gama”, en su compilación *Grandes juristas mexicanos*, México, Pax-México, 1979, pp. 274 a 282, e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, “Antonio Díaz Soto y Gama. Un ejemplo a seguir en la política mexicana”, en *La Constitución mexicana de 1917: ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*, México, UNAM, 1990, pp. 315 a 324.

⁴⁷ Hasta donde tenemos conocimiento sólo Mariano Azuela Rivera lo menciona de manera expresa en el “Juicio crítico” introductorio a la segunda edición del *Tratado* de Ricardo Couto. Lo citó a propósito de la suspensión del acto reclamado —tema que también abordó Díaz Soto y Gama— y lo comparó con ciertas tesis de Couto señalando su semejanza (*Vid.* Couto, Ricardo, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo con un estudio sobre la suspensión con efectos de amparo provisional*, México, Porrúa, 1973 [3a. ed.], pp. 11 a 12). Azuela hizo también otra mención, breve, posteriormente, en “El amparo y sus reformas”, *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, México, Ilustre y Nacional Colegio

dado: lo arrinconó durante cuatro décadas. Quizá se deba a que al presentarlo rompió con la imagen que se había fabricado y que procuró alimentar en sus etapas magonista y zapatista cuando menos. En efecto, en 1901 se había definido como un hombre de acción, aborrecedor de la teoría y la academia: "Me tienen sin cuidado —aseveró— la ciencia y el arte, por fortuna no soy académico; nací político y soy rebelde".⁴⁸ Siempre buscó aparecer como un luchador social y, más aún, como un radical.⁴⁹

Sin embargo de estos antecedentes, Díaz Soto y Gama redactó en 1906 ese proyecto —firmado el 24 de abril— y lo presentó al concurso convocado por el Colegio de Abogados. Su trabajo mereció la aprobación del jurado y un comentario elogioso.⁵⁰

Ciertamente, su carácter no da la idea de un estudioso que, enterado en enero de la convocatoria del Colegio, se pone a escribir durante tres meses un meditado ensayo jurídico, original en varios aspectos. Es posible que lo hubiera redactado en un receso de su colaboración

de Abogados de México, 1961, p. 67. Por otra parte, el texto de Díaz Soto y Gama que empleó Azuela Rivera no es el publicado por el Colegio de Abogados en la memoria general, sino el que reprodujo el *Diario de jurisprudencia* (se encuentra en el tomo IX de 1906, pp. 311 y ss., según referencia de VALLEJO Y ARIZMENDI, Jorge y Raúl MEDINA MORA, *op. cit.*, p. 118). Este no fue el único trabajo sobre el amparo redactado por Díaz Soto y Gama. Hubo por lo menos otro, escrito para la prensa 37 años después: "La verdad sobre el juicio de amparo", en el que retomó algunos planteamientos de 1906, específicamente lo relacionado con la necesidad de simplificar su procedimiento despojándolo del rigor del estricto derecho (*El Universal*, México, 29-VII-1953, primera sección, pp. 3 y 7; también *vid. FIX-ZAMUDIO*, Héctor, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, pp. 123 y 124).

⁴⁸ MORENO, Daniel, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁹ De él se refiere una anécdota que palmariamente muestra su temperamento: Emiliano Zapata envió a la Soberana Convención de Aguascalientes de 1914 un contingente encabezado por Díaz Soto y Gama. Ahí protagonizó la más álgida de todas las sesiones. Pronunció un discurso vilipendiando a Venustiano Carranza y en determinado momento criticó que los pactos se firmaran sobre la bandera nacional. Jesús Silva Herzog, testigo del hecho, cuenta: "Dijo, entre otras cosas, que aquella bandera era una piltrafa, un quiñapo inútil y ridículo. La tormenta estalló. Todos gritaban desordenadamente. Muchos delegados echaron mano a las pistolas [al parecer fue el general Pánfilo Natera el que primero desenfundó, al tiempo que lo desafiaba: «Deja esa bandera; no la toques o te mato»] y estuvieron a punto de disparar llenos de indignación sobre Díaz Soto y Gama, quien permaneció en la tribuna con los brazos cruzados, inmóvil y sereno. Entre la infernal gritería se escuchaban las voces de los generales Eduardo Hay y Mateo Almanza que recomendaban calma a sus compañeros. La calma se hizo al fin. Soto y Gama continuó su discurso. Quince minutos más tarde los delegados lo aplaudían con entusiasmo desbordante" (SILVA HERZOG, Jesús, *Breve historia de la Revolución Mexicana*, México, FCE, tomo II, pp. 158 a 159; también narra el episodio MORENO, Daniel, *op. cit.*, pp. 276 a 278).

⁵⁰ *Concurso*, pp. 9 a 11.

con el grupo magonista. Hay referencias de que en septiembre de 1905 abandonó temporalmente sus actividades políticas para reunirse con su familia en la ciudad de México.⁵¹ Habría tomado, tal vez, algunas ideas de sus compañeros magonistas: tengamos presente que el órgano de combate de este grupo, *Regeneración*, fue en su origen un periódico "jurídico" encaminado a luchar "Contra la mala administración de justicia",⁵² en el cual el interés por el amparo no fue relegado. Ya en 1901, por ejemplo, habían hecho un pronunciamiento sobre una reforma al Código de 1897 en el sentido de exigir cuentas a las autoridades responsables que violaran garantías.⁵³ O pudo ocurrir que fuera Díaz Soto y Gama quien influyera en el magonismo: en 1906 también apareció el "Programa del Partido Liberal Mexicano", firmado por la cúpula magonista: Ricardo y Enrique Flores Magón, Juan Sarabia, Antonio I. Villarreal, Librado Rivera, Rosalío Bustamante y Manuel Sarabia. En la base 41 de ese documento —en el que se proponían cambios jurídicos, sociales, económicos y políticos— se dijo que había que "Hacer práctico el juicio de amparo, simplificando los procedimientos". Esta frase, en apariencia muy sencilla y hasta intrascendente, refleja, sin embargo, el interés que despertaba el juicio de amparo al iniciar nuestro siglo: conjuntamente con reformas políticas y sociales de importancia mayúscula —la no reelección presidencial, el problema obrero, la educación laica, la propiedad de la tierra— el "grupo más radical de la Revolución Mexicana" consideró conveniente hablar del amparo. Ahora bien, Díaz Soto y Gama, magonista de fuste en aquellos días, en cierta medida fue responsable de la redacción de las bases 17 a 20 —la cuestión religiosa y los abusos del clero— y de la base 46 —municipio libre—, cuyos temas había tratado en 1901: el primero en un incendiario discurso pronunciado en Zacatecas y el segundo en su tesis profesional.⁵⁴ La fecha en que firmó su proyecto de reformas al amparo y la fecha en que apareció el programa magonista son sospechosamente coetáneas: respectivamente, abril y julio del mismo año. Además, consideremos lo siguiente:

⁵¹ GUERRA, François-Xavier, *México: del antiguo régimen a la revolución*, México, FCE, 1992, tomo II, p. 38.

⁵² *Vid.* el editorial del primer número en BARTRA, Armando, *Regeneración 1900-1918. La corriente más radical de la revolución mexicana de 1910 a través de su periódico de combate*, México, ERA, 1991, pp. 69 a 72.

⁵³ *Ibid.*, p. 102.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 45 y GUERRA, François-Xavier, *op. cit.*, p. 26.

en la parte expositiva del "Programa del Partido Liberal" se señaló, a propósito de la base 41:

Un punto de gran importancia es el que se refiere a simplificar los procedimientos del juicio de amparo, para hacerlo práctico. Es preciso, si se quiere que todo ciudadano tenga a su alcance este recurso cuando sufra una violación de garantías, que se supriman las formalidades que hoy se necesitan para pedir un amparo, y los que suponen ciertos conocimientos jurídicos que la mayoría del pueblo no posee. La justicia con trabas no es justicia. Si los ciudadanos tienen el recurso de amparo como una defensa contra los atentados de que son víctimas, debe este recurso hacerse práctico, sencillo y expedito; sin trabas que lo conviertan en irrisorio.⁵⁵

En el proyecto de 1906, Díaz Soto y Gama pugnó, entre otras cosas, por simplificar el procedimiento. Escribió, por ejemplo: "creemos que conviene prescindir de rigorismos jurídicos, de principios trasplantados del dominio de la casación, ó de vanas reminiscencias de la legendaria *litis contestatio*".⁵⁶ Sea como fuere, Díaz Soto y Gama no volvió a insistir en el tema sino treinta y siete años más tarde, en su artículo para *El Universal*.

Al enviar su texto, nuestro autor no se identificó con un seudónimo, sino que empleó una frase paradigmática. Su lema —"contraseña" decían en aquella época— resume el espíritu que animó a sus contemporáneos en esta materia: "Limitar el número de los amparos, sin coartar para ello la libertad de promoverlos".⁵⁷ Bajo esta directriz armó su propuesta. La monografía con la que concursó consta de una exposición de motivos y un "Proyecto de reformas al capítulo VI, título segundo, libro primero del Código de Procedimientos Federales; y sobre creación de un nuevo capítulo relativo al juicio incidental sobre costas, daños y perjuicios procedentes de los amparos".⁵⁸ Al igual que los demás participantes él sugirió reformas en diversos aspectos; nosotros nos referiremos exclusivamente al tema de la procedencia del amparo en asuntos judiciales del orden civil.

⁵⁵ Citado en CORDOVA, Arnaldo, *La ideología de la Revolución mexicana. La formación del nuevo régimen*, México, ERA, 1991, p. 417.

⁵⁶ *Concurso*, p. 231.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 206.

⁵⁸ En el *Concurso* la exposición de motivos ocupa las páginas 206 a 240; el proyecto aparece entre la 241 y la 255.

Partió del repudio al abuso del juicio de amparo en esa materia. Por un lado, la "defectuosa reglamentación" hecha por el Código permitía que se ocurriera al amparo, "impunemente", para prolongar un litigio, desesperar a la contraparte o impedir dolosamente la ejecución de una sentencia; por otro, esa misma situación originaba lentitud en la administración de justicia local, pero sobre todo en la Suprema Corte. Se imponía, pues, una reforma a tan nocivo sistema.

Para solucionar el mal, dos tendencias eran visibles: una que buscaba restringir la procedencia del amparo y otra que planteaba una reglamentación "más enérgica" del juicio; él se inclinaba por la última

porque limitar los casos de admisión o de procedencia [...] sería quitar á los ciudadanos un precioso elemento de defensa [...] contra la arbitrariedad, la ignorancia, la ligereza ó la prevención de los tribunales y autoridades locales.⁵⁹

La garantía de la exacta aplicación de las leyes era, a no dudarlo, una adulteración del pensamiento del Constituyente de 1856, pero se imponía por circunstancias sociológicas ciertas y poderosas. No era válido, en aras de un "federalismo de pura fantasía", restringir o eliminar el juicio de amparo contra resoluciones judiciales. Fallaban los liberales y federalistas "*pur sang*" —léase Emilio Rabasa— al proponer la limitación del amparo en este campo. La solución conforme a la prudencia y a la realidad estaba, en cambio, en imponer multas a los litigantes temerarios, uniformar la jurisprudencia de la Suprema Corte, definir los casos en que prosperaría la suspensión, etcétera. Como vemos, sus propuestas no difieren de las sugeridas por otros juristas; ellas formaron parte de una corriente de opinión generalizada en aquella época.

Díaz Soto y Gama enfocó atinadamente el problema de la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. Sin pretender "ni con mucho, haber acertado", previó un sistema lógico y mesurado, harto semejante al actual. Propuso que el amparo prosperara sólo contra sentencias definitivas y contra "aquellas resoluciones interlocutorias que por sí solas y directamente produzcan un daño ó un perjuicio contra la persona ó contra los bienes del quejoso".⁶⁰ Al efecto

⁵⁹ *Concurso*, p. 208.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 232.

sugirió la creación de un precepto legal, el 779-A de su proyecto.⁶¹ La regulación vigente, explicó, yerra al permitir la entrada del juicio contra toda suerte de actos, sin ver que no todos ellos lo ameritan. Únicamente aquellas resoluciones como los autos de arraigo, embargo, lanzamiento, aseguramiento de bienes, etcétera, que produzcan un "perjuicio ó daño positivo estimables en dinero ó traducibles en una restricción á la libertad personal" justifican su procedencia. Estas resoluciones "pueden por sí solas, y desde luego, entrañar una violación de garantías, cuando se dictan sin motivo legal".⁶²

Otros actos judiciales dictados en el curso de los procedimientos también requerían la interposición del amparo, aunque su naturaleza difiera de los anteriores:

Una sentencia dictada en un artículo sobre excepciones dilatorias, que declara que no se ha vencido el plazo ó no se ha cumplido la condición á que el contrario está sujeto, produce, si no un daño, sí un perjuicio, una privación de ganancias claramente apreciable: la que resulta al acreedor de no tener desde luego su dinero ó de no disfrutar por ahora las ventajas que le produciría el inmediato cumplimiento de la obligación.⁶³

En ambos tipos de resoluciones podían configurarse "daños y perjuicios en los bienes ó [...] atentados á las personas" y, por lo mismo, "deben encontrar en el amparo un remedio de momento, no el que les resultaría, andando el tiempo, del amparo pedido contra la sentencia definitiva, que todavía está por venir".⁶⁴ Concluyó: "lo que el amparo protege, son los atentados, reales y de hecho, contra las garantías [combate]; los actos que de un modo material ó efectivo las dañan".⁶⁵ En cambio, aquellas resoluciones judiciales "reguladoras del procedimiento" u "*ordinatoriae litis*", es decir, las

⁶¹ El numeral propuesto establecía: "Para que proceda el amparo contra los autos ó las sentencias interlocutorias que se dicten en el curso de un juicio, es preciso que dichas resoluciones sean de tal naturaleza, que por sí solas y directamente produzcan un daño ó un perjuicio positivos, en la persona ó en los bienes del quejoso" (*Ibid.*, pp. 241 a 242).

⁶² *Ibid.*, p. 232.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* Aquí encontramos un descuido del autor, pues por regla general cuando se acoge una excepción dilatoria no llega a dictarse sentencia definitiva. En la época en que escribió Díaz Soto y Gama sólo había un caso en que sí, conforme al artículo 28, fracción VIII, del Código de Procedimientos Civiles de 1884.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 233.

de mero trámite, las que sólo preparan el desenlace del juicio, las que regulan las diversas fases del procedimiento, por sí solas, como que establecen relaciones ó hechos abstractos, ningún perjuicio positivo y apreciable pueden producir. Lo producirán, sí, por la influencia que tengan sobre el fallo definitivo á título de premisas ó de antecedentes en que el fallo se basará.

Un auto que niegue una prueba, ó que no dé cabida á una excepción ó á un incidente, tendrá resonancia, á no dudarlo, en la sentencia definitiva, como quiera que el juez, en él se apoyará para no admitir como cierto un hecho ó para desentenderse de una defensa expresamente alegada; pero en sí mismo y directamente el auto no viola una garantía, porque no hace otra cosa que consignar un punto abstracto, una idea ó un concepto, verdaderos ó falsos, pero que no se traduce en un hecho material y nocivo.⁶⁶

Agregó:

El amparo no puede abarcar también las premisas, las ideas generadoras, los antecedentes racionales ó jurídicos, la elaboración lógica de atentados que están aún en vía de formación, en estado de simples conatos. Cuando el atentado se haya cometido, entonces sí habrá lugar á estudiarlo en sí mismo y en sus causas; en sus efectos perjudiciales y por decirlo así físicos, lo mismo que en sus antecedentes ó causales jurídicos que son de orden exclusivamente lógico, intelectual, abstracto.

Pero mientras el acto atentatorio está, por decirlo así, en gestación, el amparo no puede, ni podría, tocarlo, puesto que no se ha realizado, ni es posible saber tampoco si al fin se realizará.⁶⁷

Con base en estas consideraciones propuso un precepto nuevo en el articulado del Código —el 779 B:

Las resoluciones que se refieran exclusivamente al orden ó regulación del procedimiento [...] no ameritan la interposición del amparo; y si éste se promueve, deberá ser declarado improcedente.

Esto no obstante, las violaciones que las mismas resoluciones entrañen, podrán ser reclamadas en el amparo que se promueva contra la sentencia definitiva que en el juicio respectivo se dicte. Para tal efecto bastará que en el curso de éste, y antes de que

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 232 a 233.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 233.

dicho fallo se pronuncie, se manifieste expresa conformidad [*id est* inconformidad] con las determinaciones que después se quieran objetar en el amparo. De no cumplirse con este requisito, la resolución se reputará consentida.⁶⁸

Estimó que los plazos prudentes para la interposición del amparo respecto de las sentencias definitivas y los actos judiciales definidos en el 779-A serían, respectivamente, 20 y 15 días —salvo tratándose de ausentes.

Conviene destacar, brevemente, su pensamiento en lo que toca a la suspensión en materia judicial civil. Tengamos presente que, de acuerdo con la regulación de 1897, esta medida cautelar conllevaba no sólo que se suspendiera el acto reclamado, sino todo el procedimiento en el que se había dictado. Esto traía consigo graves inconvenientes, los más notorios eran el entorpecimiento de la administración de justicia y la dilación de los procesos.

Díaz Soto y Gama advirtió la fórmula correcta. No era "natural ni lógico" la interrupción del procedimiento como efecto de la suspensión del acto reclamado, salvo que éste fuera el antecedente o condición previa para la tramitación de aquél. Dijo:

si el acto reclamado es la base, el elemento generador de la tramitación ulterior, ésta deberá quedar interrumpida; pero si la tramitación es independiente, lógica y jurídicamente, del hecho de la subsistencia ó insubsistencia del acto que sirve de materia al amparo, la substanciación del juicio deberá proseguir.⁶⁹

Propuso ejemplos:

Si se concede la suspensión contra una providencia precautoria, ¿por qué no ha de continuarse, mientras tanto, la substanciación del negocio principal?, ¿qué relación necesaria tienen los trámites de éste, con el seguramiento previo de bienes, que trató de afectar?

Si lo que se suspende es un embargo que no sea ya precautorio sino definitivo, ¿por qué no se ha de continuar la substanciación del negocio, por qué no se ha de entrar, mientras tanto, á la discusión de si procede ó no una excepción, si existe ó falta

⁶⁸ *Ibid.*, p. 242.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 227.

personalidad en alguna de las partes, si se ha vencido ó no el plazo de la obligación, si la condición de ésta se ha cumplido [...].⁷⁰

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Dos puntos queremos enfatizar: la exigencia de Díaz Soto y Gama para que el procedimiento de amparo se simplificara, en función de los fines liberales que buscaba la institución, y su propuesta relativa a la procedencia del juicio de garantías en materia judicial civil.

Sobre el primero, debemos señalar que es probable que la influencia ejercida por Antonio Díaz Soto y Gama en el incendiario "Programa del Partido Liberal Mexicano" rebase lo que sus biógrafos admiten: la anatemización del clero y el elogio del municipio. En efecto, recordemos que la base 41 del "Programa" exigió "Hacer práctico el juicio de amparo, simplificando los procedimientos" y que en la exposición que acompañó a este ideario político se insistió en que debía despojarse al amparo de tecnicismos y complicaciones; en su monografía de 1906, Díaz Soto y Gama abundó en el mismo aspecto. La cercanía de las fechas en que los dos textos aparecieron da qué pensar. Quizá la autoría de la base 41 deba atribuírsele a él, renombrado entre sus aliados magonistas de aquellos días. Si fuere así, habría que preguntarse por qué no volvió a ocuparse del tema sino pasadas cuatro décadas.

El segundo punto. En el curso de estas páginas hemos visto que gran parte de las ideas sobre el amparo judicial imperantes en nuestros días estaban ya en el pensamiento de los juristas de aquella época. El ejemplo de Díaz Soto y Gama es elocuente: el sistema de procedencia del juicio de garantías en contra de providencias judiciales que hoy conocemos y aplicamos, encuentra en él un posible antecedente: las nociones de acto en juicio de ejecución de imposible reparación, de violaciones procesales que trascienden al resultado del fallo, etcétera, tienen indudable parecido con los conceptos exteriorizados en su proyecto.

Que el lector saque sus propias conclusiones: el objeto de este trabajo, más que aventurar hipótesis, consiste en exponer y contextualizar las ideas de un jurista singular; una invitación a acercarnos a su pensamiento y al pensamiento de contemporáneos suyos.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 226 a 227.

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO SOCIOLOGÍA INVOLUNTARIA

Martín DÍAZ Y DÍAZ

SUMARIO: *Introducción. I. Espacio y posibilidad de la Teoría Jurídica. 1. Teoría de la realidad ¿o realidad de la teoría? 2. La Teoría Jurídica como ciencia tímida. 3. La Teoría Pura y el encanto científico. 4. La ciencia de la forma. 5. El lugar común: una ciencia sin valores. 6. Teoría, no: dogmática! 7. El espacio residual de la Teoría. 8. La teoría jurídica: una precaria convención. II. La Teoría Kelseniana en la perspectiva del sociologismo involuntario. 1. ¿Acercamiento fortuito? 2. La "hegemonía" del análisis formal. 3. Una modernidad sediciosa; 3.1. Contra la ingenuidad del contractualismo; 3.2. Contra el "dogma de la voluntad"; 3.3. La libertad como método. 4. ¿Derecho sin sujetos?; 4.1. La noción "técnica" del derecho subjetivo; 4.2. La propiedad: un modelo exportable; 4.3. El sujeto ensombrecido por la norma. 5. La juridización del Estado; 5.1. El fenómeno del orden; 5.2. Sobre la "Razón de Estado"; 5.3. El derecho es orden: ni público ni privado; 5.4. El pragmatismo de la norma básica. Consideración final.*

INTRODUCCIÓN

Son dos las cuestiones básicas que este ensayo pretende entreverar: por una parte, la discusión sobre el lugar y el valor de la teoría jurídica y, por la otra, el perfil involuntariamente sociológico de la teoría kelseniana. La conjugación de estas propuestas ayuda a plantear el problema central del trabajo: ¿Es viable una teoría jurídica construida bajo signo no dogmático? En dado caso, surgen también otras cuestiones complementarias como, por ejemplo, si dicha teoría no dogmática puede crecer a partir de elementos metodológicos gestados en el derecho, o más bien, supone una incorporación de herramientas analíticas pertenecientes a otras disciplinas. Como una de las tesis centrales, en el ensayo se sostiene que la *Teoría Pura* toma empréstitos no reconocidos de la sociología y que son éstos los que la colocan en un plano funcional desde la perspectiva de la teoría social.

Estas reflexiones suponen un camino previamente abierto por tres autores: Renato Treves, Norberto Bobbio y Ulises Schmill.¹ En los tres casos se hacen aportaciones sugerentes de las relaciones de Kelsen con la sociología. A través de una lectura sesgada de la obra kelseniana, este trabajo pretende exacerbar las afinidades con las ideas sociológicas para hacer más notorios los acercamientos.

I. ESPACIO Y POSIBILIDAD DE LA TEORÍA JURÍDICA

1. ¿Teoría de la realidad o realidad de la teoría?

Es frecuente que la discusión de los temas kelsenianos no se agote en sí misma; de hecho, sus tópicos favorecen el tránsito hacia horizontes polémicos más extensos. En este caso, interesa fijar la obra de Kelsen como referencia y de ahí partir al análisis de la función y del valor que se le deben atribuir a la *teoría* dentro del campo disciplinario del derecho. Comparativamente, el asunto del peso específico de las tareas teóricas tiene dimensiones particulares en el ámbito jurídico. Las llamadas ciencias sociales, por ejemplo economía o sociología, acotan sus respectivos campos de estudio sin denotar una tensión grave entre el diseño de los modelos teóricos y sus correspondientes zonas de aplicación. El derecho, en cambio, acusa una articulación complicada entre sus niveles cognoscitivos y los elementos que forman la realidad jurídica de carácter material.

Con objeto de reducir el espacio a cualquier "valor entendido", hay que aclarar que por realidad jurídica material se comprende al compuesto que integran tres niveles fácticos distintos, a saber: las normas jurídicas positivas, los procedimientos técnicos de aplicación de reglas del derecho y las prácticas de los agentes sociales, siempre que el orden normativo surja como el dato determinante de su acción. Por otro lado, lo que se ha denominado el polo cognoscitivo de los fenómenos jurídicos, tiene también una constitución múltiple a la que concurren tres vertientes: el conjunto de conceptos, principios y criterios de clasificación que desarrollan los juristas para concretar el flujo práctico del derecho vigente; la teoría jurídica en sentido propio, es

¹ TREVES, Renato, "Kelsen y la Sociología" (trad. Ó. Correás); BOBBIO, Norberto, "Kelsen y Max Weber" (trad. J. Gutiérrez), y SCHMILL, Ulises, "El concepto del derecho en las teorías de Weber y Kelsen"; los tres trabajos en *El otro Kelsen* (editor y compilador Óscar Correás), México, Ed. UNAM, 1989, p. 374.

decir, el discurso de naturaleza estructural o funcional que se despliega sobre el conjunto de la realidad jurídica con fines explicativos y, finalmente, un cauce de conocimiento *no especializado*, al que corresponde la reflexión de los agentes sociales a partir de sus experiencias cotidianas con los fenómenos jurídicos. La consideración de este último flujo es particularmente importante porque en él se tejen las condiciones de legitimidad del orden jurídico y, por ende, en un buen grado, también las de su eficacia.

La imbricación de la realidad jurídica material con sus niveles cognoscitivos es una tarea ardua de la que surgen diversas cuestiones intermedias a resolver. Al respecto, cabe señalar que el asunto de la relación entre polo cognoscitivo y realidad admite el análisis desde diversas perspectivas. Como muestra, queda esbozado el siguiente dilema: si se opta por considerar al derecho como a un dato más en la dimensión de los hechos sociales, el tono preponderante del enfoque se dirigirá a precisar el tipo de función que desempeñan los hechos jurídicos en el espacio de una totalidad social determinada. El problema básico será entonces, explicar cabalmente las relaciones funcionales que se suscitan entre el derecho y su entorno. Pero si la elección se da por una acción cognoscitiva que suponga a lo jurídico como integrante de un espacio normativo —inclusive semántico— el discurso teórico se orientará de manera principal a los asuntos de la *distinción* y de la autosuficiencia del derecho: especificidad y posibilidades autoconstructivas en la perspectiva del sistema, serán entonces los temas centrales del análisis. Para resumir la disyunción, podemos afirmar: o bien, son los niveles cognoscitivos del derecho los que se subordinan al sentido intrínseco de los hechos, diluyendo así sus especificidades normativas, o son los hechos los que, reelaborados técnicamente a través de la aplicación de un campo doctrinario de conceptos, asumen relevancia jurídica, como parece requerirlo la segunda alternativa. Cualquiera de estos dos extremos representa una decisión descompensada; por ende, ninguno satisface como conocimiento equilibrado e integral de los fenómenos jurídicos. Por ello, actualmente la teoría —marchando incluso contra sí misma— tiene que ofrecerse como un ejercicio crítico de integración y debe agotar, tanto los aspectos estructurales, como los funcionales del derecho; todo dentro de una misma línea teórico-explicativa.

Kelsen, quizás el más convencido de los juristas "puros", hacia el final de su vida activa, flexibilizó relativamente su posición y se mos-

tró tolerante para reconocer que el derecho podía ser enfocado de manera complementaria por una ciencia normativa por otra de signo sociológico.² La *Teoría Pura* nunca abundó en las posibilidades de una síntesis eventual de las dos perspectivas; sin embargo, con sus presagios alumbró un camino que hoy resulta indispensable: el de la visión integral de lo jurídico a partir de un sistema de remisiones mutuas entre orden normativo y realidad social.

Otro asunto que debe apuntarse es el que se refiere al sentido en el que transcurre la relación entre niveles cognoscitivos y realidad jurídico-material. Por lo expuesto hasta aquí, es fácil deducir que las vertientes fácticas del derecho naturalmente se sitúan como objeto de reflexión y actúan como un estímulo permanente al desarrollo de los niveles cognoscitivos. Sin embargo, estos vínculos suelen presentar un carácter dialéctico y, por lo tanto, obligan a contemplar también la relación en sentido inverso; en este caso el planteamiento del asunto deberá responder al cómo "cualquier cuerpo de conocimiento llega a quedar establecido socialmente como realidad".³ En la historia del derecho, en ocasiones, es muy claro que los desarrollos dogmáticos han catalizado los procesos de objetivación de las normas jurídicas. Si vemos el asunto desde la perspectiva de la codificación racionalista, es evidente que, como preludeo al establecimiento material de la ley, se suscitó un trabajo intenso de sistematización de conceptos, sobre el que fue posible construir el andamiaje estructural de los códigos modernos.⁴

Los espacios por excelencia para la materialización del conocimiento son, sin duda, las instituciones. En estos órdenes parciales de la vida social se condensan las ideas y principios con la materialización de ciertos rasgos del comportamiento humano. En buena medida, la institución representa el aparato de una idea o, dicho en otros términos, la determinación estructural de un órgano de la acción social, según los parámetros de un núcleo estabilizado de opiniones.⁵ En el caso del derecho, la sedimentación ocurre en una rica gama de posi-

² KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado* (trad. E. García Máynez, México, Ed. UNAM, 1979, pp. 192-196).

³ BERGER, P. y LUCKMANN, Th., *La construcción social de la realidad* (trad. Silvia Zuleta), Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1978 (4ª reimp.), p. 15.

⁴ Cfr. WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna* (trad. F. Fernández Jardún), Madrid, Ed. Aguilar, 1957, pp. 292-321.

⁵ Cfr. ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico* (trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo), Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 122-138.

bilidades, que se da: de la dogmática a las normas vigentes; de la formulación abstracta de la ley a los procesos aplicativos; de la cultura política a la institución; de la carta constitucional —en cuanto núcleo de principios de organización— a la práctica legislativa. Estos son sólo algunos ejemplos, pero pueden citarse otros igualmente adecuados; paradójicamente, salvo en el caso de los procesos sedimentarios de tipo técnico, no hay una reflexión sistemática en la teoría del derecho de la que pueda obtenerse una explicación consistente del curso de positivización de las ideas jurídicas, y que además dé cuenta, tanto del factor cognoscitivo de la técnica, como de su aspecto constructivo en relación con la realidad social.⁶

2. La teoría jurídica como ciencia tímida

Sin muchos sobresaltos, los juristas vivieron los periodos premodernos anidados en el seno de la filosofía. El conocimiento del derecho dependía de una manera sustancial de los influjos filosóficos. El pensamiento clásico helenístico, la filosofía estoica, la escolástica, el humanismo y, por fin, el racionalismo proveyeron las bases explícitas de articulación para las explicaciones y las construcciones dogmáticas del derecho. Sin embargo, la secularización del pensamiento filosófico y las necesidades de especialización de la vida moderna, colocaron a los juristas ante el tema de su independencia y, aunque la emancipación del derecho de la filosofía nunca llegó a ser total, la ruptura quedó identificada como una experiencia traumática. No es de extrañar entonces que los juristas hayan concebido la necesidad de un reemplazo —inconsciente o intencionado— de sus basamentos reflexivos. Paulatinamente, la teoría jurídica inició el viraje de la filosofía hacia la ciencia. Pero a nadie escapa la dificultad que entraña el trazar una equiparación directa entre la *Teoría del Derecho* y el concepto de ciencia. Bien a bien, la mayoría de los especialistas del derecho no han podido encontrarse a gusto bajo las irradiaciones del calificativo *científico*. Con acierto, Norberto Bobbio ha hecho notar que la incomodidad de los juristas procede de las dificultades que les significa tipificar su trabajo habitual dentro de lo que son las concepciones "oficiales" de

⁶ Cfr. CERRONI, Umberto, "Conocimiento científico y derecho" en *Introducción a la ciencia de la sociedad* (trad. Domenec Bergada), Barcelona, Ed. Grijalbo (Crítica, 26), 1978, p. 130.

la ciencia.⁷ No cabe duda que las diferencias marginan y, por más que se insista en lo contrario, las tareas jurídicas han sido preponderantemente prácticas; sus acciones reflexivas correspondientes han estado, además, sujetas a un determinado estrato normativo que impide una especulación libre sobre el objeto de estudio. Las normas jurídicas no sólo son hechos, se trata de enunciados prescriptivos, cuyo contenido se ofrece al estudioso como algo previamente definido y como un límite concreto para su investigación independiente.

El primer contacto nítido entre teoría jurídica y ciencia se produce con el racionalismo, pero la hipóstasis no madura sino con las concepciones científicas positivistas.⁸ El paradigma cognoscitivo que se extrapoló al ámbito de las ciencias sociales fue el de la física newtoniana. La poca familiaridad de los juristas para manejar las categorías científicas de corte naturalista, produjo uno de sus frutos más burdos en el pensamiento de la sociología jurídica de Ihering. Si bien es cierto que la Jurisprudencia de Intereses aportó un enfoque sugerente al conocimiento del derecho al concretar la función jurídica en la solución de conflictos materiales de los agentes sociales, también hay que consignar que su autor exageró en el uso de las metáforas newtonianas al tratar de representar el derecho a través de una imagen mecánica, que lo redujo a un juego físico de fuerzas y palancas.⁹

De la concepción decimonónica de ciencia, los juristas asumieron para su propio trabajo las pretensiones de objetividad, el rigor metodológico y las intenciones de neutralidad. Con estos elementos, estudiosos como Kelsen, se pertrecharon para emprender la crítica del Derecho Natural. Del Iusnaturalismo repudiaron sus determinaciones metafísicas, su intencionalidad política —de cuño abiertamente burgués— y, también, su falta de objetividad y de pureza para tratar los aspectos normativos del derecho. El Iusnaturalismo prescribió al jurista la necesidad de alejarse del mundo concreto del derecho positivo, para que la distancia le permitiera juzgar desde una perspectiva ética de contenidos *apriorísticos*.¹⁰ Con esto, la tarea de la jurisprudencia

⁷ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho* (trad. y ed. por Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, Ed. Debate, 1990, pp. 172 y 173.

⁸ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988, pp. 63-68.

⁹ VON IHERING, Rudolf, *El fin del derecho* (trad. Diego Abad de Santillán), Puebla, Ed. Cajica (2 vols.), 1962, tomo II, pp. 87-90.

¹⁰ Cfr. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (trad. Adela Cortina y Jesús Conell), Madrid, Ed. Tecnos (Clásicos del Pensamiento, 59), 1989, pp. 70-71.

dencia se tornó actividad valorativa, orientada de una manera principal a la apología o la descalificación del derecho vigente. Los ideales burgueses de libertad y justicia fueron asumidos sin ninguna precaución crítica para apalancar los ejercicios axiológicos del Iusnaturalismo.¹¹ Paradójicamente, quizá haya sido esta proximidad con los intereses modernos lo que confirió a la concepción del Derecho Natural una enorme capacidad de resistencia contra sus críticos. De esta forma, el Iusnaturalismo, aunque llegó a ser un modelo dominante, mantuvo siempre una hegemonía discutible; aún así trascendió hasta la época contemporánea y hoy reaparece como núcleo profundo del discurso sobre los *derechos humanos*. Llama la atención que, en la defensa de los atributos de la persona, palidezcan muchas de las diferencias ideológicas de las décadas pasadas. Así los Iusnaturalistas, desde la perspectiva del concepto racional de justicia, y los socialistas, desde la óptica de una ética compuesta de valores materiales, convergen en el repudio a las inmunidades del poder.¹² Las concepciones sobre los derechos fundamentales son hoy estrategias comunes en el ajuste práctico del estado del derecho.

Los hechos anteriores permiten afirmar que, por sus contenidos manifiestamente axiológicos, el Derecho Natural se acomoda mejor al carácter de una concepción política sobre el derecho y el poder, que a un paradigma científico o técnico con posibilidad explicativa sobre el conjunto del derecho.¹³ Por lo tanto, puede concluirse que el Iusnaturalismo no apunta a la identificación de la jurisprudencia con el conocimiento científico. Su rumbo histórico lo han marcado otras funciones: fue primero ideología de ascenso; en otra de sus vertientes ha sido vehículo de justificación y hoy, ya reelaborado, surge como un factor de defensa contra los abusos del poder.

3. La Teoría Pura y el encanto científico

Con Hans Kelsen la teoría del derecho depuso sus pruritos y entró de lleno a reivindicar su condición de ciencia. Kelsen se concibió a sí

¹¹ Cfr. RADBRUCH, Gustavo, "El fin del derecho" en *Los fines del derecho* (trad. y ed. de Daniel Kuri Breña), México, Ed. UNAM, 1975, pp. 57-78.

¹² Cfr. DÍAZ, Elías, *Ética contra política*, México, Ed. Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 32), 1993, pp. 53-56.

¹³ KELSEN, Hans, "La doctrina del Derecho Natural" en *¿Qué es justicia?* (Ed. y trad. Albert Calsamiglia), Barcelona, Ed. Ariel, 1992, pp. 93 y 112.

mismo como un científico practicante; de hecho sus mayores esfuerzos se encaminaron a definir el *status* científico de la teoría del derecho. La perspectiva gnoseológica kelseniana corresponde, en grandes planos, al pensamiento neokantiano; aunque también hay en su postura una influencia marcada de las ideas metodológicas weberianas. Según Kelsen, la conquista del carácter científico para el pensamiento jurídico debía pasar por un trayecto depurador, en virtud del cual tendrían que eliminarse los elementos ajenos al asunto específicamente normativo del derecho. La lucha contra el *sincretismo metodológico* tuvo dos enemigos bien identificados: el Iusnaturalismo, al que Kelsen atribuyó las contaminaciones metafísicas, sensualistas y valorativas, y el sociologismo, del que según el autor de la *Teoría Pura*, provino la tosquedad empírica y la falta de distinción de las peculiaridades normativas.¹⁴ Entre estas dos corrientes, el dilema metodológico kelseniano quedó planteado así: ¿Cómo podrían asimilarse los extremos cognoscitivos del positivismo —necesarios para impulsar una crítica certera contra las concepciones del Derecho Natural— sin vertir sobre el objeto jurídico los enfoques causalistas —propios del sociologismo— que pervierten y confunden la ciencia del derecho con la ciencia natural? He aquí el auxilio del pensamiento neokantiano por lo menos en dos sentidos: primero, la idea de que un diseño racional de la herramienta metodológica garantiza una correcta construcción del objeto de estudio: no es la peculiaridad de lo enfocado lo que determina la naturaleza del método, sino esta última la que delimita el campo analítico de acción para el científico. En segundo término, del neokantismo procede también el corte cognoscitivo entre *sein* (ser) y *sollen* (deber ser) que impregna de manera definitiva a la *Teoría pura del derecho*.¹⁵

Revisemos atentamente estas dos aportaciones: La idea de que el ejercicio metodológico sea un factor determinante del objeto de estudio puede tener consecuencias de muy diversos grados, según se admitan o no matices para la especie. Si la relación enfoque-objeto se resuelve de una manera total con el predominio del primero, estamos ya pisando los umbrales del *constructivismo*, es decir, de la concepción que cifra la realidad como producto elaborado a través de los procesos cognoscitivos. Al respecto, debemos recordar que en la *Teoría Pura* no son extraños los pasajes en los que el objeto normativo

¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho*, op. cit. (2), pp. V-XI.

¹⁵ LOZANO, Mario G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales* (trad. Jorge Guerrero), Bogotá, Ed. Temis, 1992, pp. 89-110, y BOBBIO, Norberto, *Contribución...*, op. cit. (7), pp. 197-218.

de la ciencia jurídica se presenta como realidad autónoma y como principio explicativo de ciertas derivaciones que se proyectan hacia la realidad sin considerar el flujo inverso. La inserción del fenómeno de la fuerza como presupuesto del carácter coactivo de la norma puede muy bien probar estos asertos.¹⁶ Asimismo, la identificación de Derecho y Estado acredita cómo, en la *Teoría Pura*, los agentes sociales aparecen realmente disueltos en la norma. Al concebirse al Estado sólo como orden normativo, se extravía cualquier posibilidad de identificar el juego material de fuerzas que se proyecta en la composición política de un régimen determinado; se diluye también el carácter material del órgano o aparato que físicamente realiza la función. Kelsen admite que no es propósito de la *Teoría Pura* desentrañar contenidos; sin embargo, en sus desmentidos de la concepción sociológica del Estado, propone su propia explicación como vía alternativa a la concepción weberiana y, por tanto, también como explicación válida a nivel de la teoría social. Detrás de esta construcción metodológica de la realidad jurídica se encierra un radicalismo formalista que bien pudiera calificarse, parafraseando a Marx, como un fetichismo de las formas normativas. Como quiera que sea, queda claro que el proceso constructivo del objeto a través del método, permaneció como una convicción constante en la obra kelseniana durante todo el desarrollo de la *Teoría Pura*.¹⁷

Todavía de mayor trascendencia para definir la perspectiva analítica de Kelsen fue la recepción de la idea, según la cual, el horizonte cognoscitivo se desdobra en dos dimensiones: la del ser (*sein*) y la del deber ser en sentido deóntico (*sollen*). Esta bipartición surge, con todos los riesgos del caso, de la separación kantiana de la realidad entre naturaleza y sociedad. Según dicha concepción, a los procesos naturales corresponden relaciones de tipo causal; mientras que en la sociedad, sus miembros se interconectan a través de vínculos de *imputación*. Para Kant, este último concepto es "el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor de una acción que entonces se llama acto y está sometida a leyes".¹⁸ Kelsen es más explícito: a las relaciones causales opone lo que denomina el principio de *retribución*, concepto que alude a una fórmula cognoscitiva que liga hipoté-

¹⁶ BOBBIO, Norberto, "Kelsen y Max Weber" en op. cit. (1), p. 75.

¹⁷ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª edición en alemán de Roberto Vernengo), México, Ed. UNAM, 1986, p. 85.

¹⁸ KANT, Immanuel, op. cit. (10), pp. 29 y 30.

tivamente una consecuencia a una condición. Así, la imputación en sentido kelseniano quiere decir poder ser obligado por una norma; ser responsable. La imputación se manifiesta como un desarrollo del principio de *retribución*.

Para resumir, se puede expresar que causalidad significa enlace necesario entre causa y efecto; retribución, por su parte, se refiere a la vinculación hipotética de una consecuencia a una determinada condición.¹⁹ Bajo esta perspectiva analítica, las leyes naturales devienen enunciados generales que describen procesos necesarios del orden físico. Los enunciados normativos, por otro lado, son juicios hipotéticos que aluden a la sociedad como orden reglamentado de interacción: describen un deber ser. A partir de esta distinción no habrá confusiones sobre el sentido del término *Ley*. Kelsen se aparta por completo de la tradición que inicia Montesquieu, quien considera indistintamente las leyes como enunciados de la naturaleza de las cosas, trátese del orden físico, o bien de la sociedad.²⁰

Kelsen reconoce que en la historia los enfoques sobre la realidad han cambiado. En las comunidades primitivas, donde las ciencias causales no han tenido todavía desarrollo, la necesidad de explicar la realidad produce sistemas de tipo mágico o animista, desde donde los procesos de la naturaleza son entendidos bajo la perspectiva del principio de *retribución*. Los hechos del medio físico se experimentan como consecuencia de ciertas condiciones referidas al actuar humano dentro del grupo primitivo. Se trata de una proyección de los efectos de la vida social hacia la naturaleza, bajo la que se intentó conferir un sentido simultáneo a la vida comunitaria y a su relación con lo natural.²¹ De forma inversa, la sociedad también ha sido enfocada como fenómeno causal; de hecho, en tanto objeto de conocimiento admite la aproximación desde dos ángulos distintos: si se prioriza su carácter fáctico, la descripción establecerá enunciados de tipo causal; pero si el énfasis se dirige al conocimiento del sentido del orden que liga a los sujetos, entonces la óptica será de índole deóntica. En este último caso, la relevancia cognoscitiva se atribuye al sentido determinado que se confiere a la conducta humana desde

¹⁹ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 90-112.

²⁰ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (Est. D. Moreno), México, Ed. Porrúa (Sepan Cuántos... 191), 1980, p. 3.

²¹ KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica* (trad. del original americano de Jaime Perraux), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1945, pp. 41-64 y 75-114.

la dimensión de un orden normativo. Ser y Deber Ser quedan así contrapuestos. A la necesidad de los vínculos naturales se opone la imputación: el poder ser obligado, facultado o habilitado por una norma que confiere sentido objetivo a la acción del sujeto. Las perspectivas analíticas quedan bifurcadas: a la psicología, la sociología o la economía tocan las aproximaciones a la sociedad desde un punto de vista causal; la ética, el derecho, la lógica o la gramática son, por su parte, disciplinas que abordan a la sociedad en su carácter de orden.²²

4. La ciencia de la forma

Las peculiaridades del enfoque normativo se definen cuando Kelsen afirma que "del hecho que una cosa sea, no se desprende que deba ser".²³ El nivel fáctico de la realidad social está sujeto al carácter necesario de la causalidad. El deber ser, en cambio, tiene una naturaleza hipotética. La condición puede cumplirse o no; la consecuencia puede aplicarse o no; el sentido normativo de la acción no depende de su verificación material, sino de la proyección hacia la validez formal que se confiere a la idea del deber a través del sistema normativo. Conviene al respecto hacer una cita extensa de la *Teoría Pura*:

El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Sólo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye nada que sea derecho [...].

El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho a través de una norma que se refiere a él como su contenido [...].²⁴

La pureza del método se consigue solamente cuando los respectivos vínculos de aproximación se conservan rigurosamente inconfundidos.

²² KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 89 y 90, y KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (trad. Ulises Schmill), México, Ed. Porrúa, 1987, pp. 49-90.

²³ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 201.

²⁴ *Ibidem*, p. 17.

Tiene que haber una barrera infranqueable que mantenga la división entre las formas normativas y los contenidos fácticos; entre la validez de la norma y su acatamiento efectivo. Esta disyuntiva inflexible alberga, desde luego, riesgos inminentes de infidelidad, puesto que la explicación jurídica difícilmente puede obviar al derecho como fenómeno material.²⁵ Así, si la norma cobra sentido sólo a partir de su ubicación sistemática en un conjunto ordenado; el derecho, como totalidad, es explicable únicamente en la dimensión genérica de los procesos sociales de construcción de orden; es decir, como subsistema en el gran entramado de la sociedad.²⁶

Con la localización del *sollen* o deber ser en términos normativos, Kelsen pergeñó un espacio cognoscitivo que favoreció la asimilación de los atributos del concepto positivista de ciencia —objetividad, rigor metodológico y neutralidad— sin tener que desplazar las determinaciones mecánicas de las leyes causales al conocimiento de los asuntos normativos. El *sollen* sirvió de trinchera estratégica al pensamiento kelseniano para dirigir los embates críticos contra sus enemigos académicos. Positividad del orden normativo fue el argumento antagónico a la metafísica del Iusnaturalismo y el enfoque específico del ámbito normativo, el arma contra el sociologismo. La no confusión de los objetos es el verdadero salvoconducto de Kelsen contra el *sincretismo metodológico*. Quedan, sin embargo, dudas razonables sobre la naturaleza del *sollen*; si las normas no son consideradas como hechos para efectos de su explicación y si los procesos aplicativos resultan sólo cauces de individualización de las normas, es claro que Kelsen quedó expuesto a teorizar sobre un esqueleto estructural sin relevancia práctica. Concebido el *sollen* como ámbito de atenuación entre la metafísica y la realidad material, lo único que podía esperarse es que cualquier cosa incorporada al mundo jurídico por vía de la interpelación normativa se convirtiera, por esa sola causa, en parte de la estructura formal del derecho; dejaría de ser lo que era para convertirse también en norma.²⁷ He aquí uno de los grandes problemas kelsenianos: el

²⁵ Cfr. Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* (trad. Julio Barboza), Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1961, pp. 88-89.

²⁶ LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. Ignacio Otto Prado), Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 146-147.

²⁷ MARTÍNEZ, J. Ignacio, *La imaginación jurídica*, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 129.

carácter proyectivo que atribuye al *sollen* respecto de la realidad material.²⁸

En la solución de Kelsen hay logros innegables, pero también problemas de inconsistencia cuyos efectos no pueden mantenerse ocultos. Su concepción contiene una artificialidad que compromete a cada paso la coherencia metódica. Para el autor de la *Teoría Pura*, el *sollen* no pretende ser un hecho, sino más bien una cierta forma del deber en el sentido de las relaciones sociales. Su intento se dirige a aislar los flujos prescriptivos que se proyectan sobre las relaciones sociales para destacar su sentido autónomo o, en otros términos, pretende acreditar las capacidades autorreproductivas del derecho como fenómeno normativo. Sin embargo, en cuanto la sociedad se comprenda a sí misma como orden regulado de interacción, será muy difícil conseguir el aislamiento que se pretende, porque el fenómeno del orden no se integra sólo a través de procesos de atribución de sentido; sino que tiene una vertiente fáctica sustancial que obliga siempre a regresar a su carácter histórico.

Los órdenes normativos conjugan criterios y aparatos; normas e instituciones. He aquí el distanciamiento principal de Kelsen con Weber. Para el primero, el Estado es lisa y llanamente un orden normativo. Para Weber, es un orden de normas y, además, un aparato administrativo que garantiza la coacción.²⁹ La *Teoría Pura*, es obvio, no puede mantenerse siempre en el rango descriptivo del *sollen*. Sus críticos han señalado con precisión las recaídas empíricas y las desviaciones de enfoque. La resistencia a flexibilizar de un modo intencional sus premisas metódicas, coloca en entredicho la calidad de los resultados analíticos; hay al respecto una enorme presión de la teoría social que pugna por recuperar los nexos del derecho con su génesis y sus efectos. Así, aunque la *Teoría pura del derecho* ubique con mucha claridad la especificidad de los fenómenos normativos, no resuelve —ni siquiera lo pretende— el problema de la vinculación social del derecho. Las convenciones de su método son poco humildes ante la realidad y, en algunos casos, llegan incluso a sacrificarla en aras de su propia coherencia discursiva.³⁰

²⁸ "En este respecto, el derecho se asemeja al rey Midas. Así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico", en KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 284.

²⁹ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado en la sociología comprensiva" (trad. de Iván Witcker) en *El otro Kelsen...*, op. cit. (1), pp. 270 a 281.

³⁰ LOZANO, Mario G., op. cit. (15), pp. 137 y 138.

5. El lugar común: una ciencia sin valores

La neutralidad de la *Teoría Pura*, acreditada por las acusaciones cruzadas que le dirigen sus detractores desde las más diversas posiciones políticas, desmentida a veces en los momentos de sinceridad personal de su autor, quiso ser una cuña contra los enfoques que recogen de una manera acrítica determinados contenidos axiológicos, con el fin de incorporarlos en el análisis del derecho como elementos explicativos. Kelsen admite que en las normas jurídicas se positivizan valores; sin embargo, se opone a concebir las tareas científicas como un ejercicio sentencioso. La función del especialista del derecho no es la de calificar moralmente el orden jurídico; sino la de descubrir de un modo objetivo su estructura y sus formas de producción.³¹

Una perspectiva científica del derecho tiene que mantener la asepsia ideológica y confinar las consideraciones morales. Ello sólo será posible en la medida que se localice un dato que proporcione certeza para la especificación de lo jurídico respecto de los otros sectores normativos, principalmente de la ética. No se requiere mucha perspicacia para anticipar que la *coacción* era el único dato con posibilidad de cubrir esta exigencia. Desde que Kant publicó los *Principios metafísicos del derecho* hubo ya una cuña dirigida a identificar lo jurídico con la posibilidad exterior de coaccionar;³² es decir, de imponer una directriz a la conducta más allá de la voluntad del sujeto obligado y de buscar el móvil de la acción fuera de sus determinaciones internas. En el concepto kelseniano de coacción convergen dos cuestiones: una de índole formal que tiene que ver con la estructura hipotética de la norma; en este caso la coacción deviene sanción y, por tanto, consecuencia de una determinada condición. Por otra parte, hay que considerar el aspecto de la fuerza ya que, a través de la cualidad coactiva, Kelsen recoge el dato material del poder para asentarlos —valga decir: ontológicamente— en la norma jurídica. La coacción se expresa como sanción externa, socialmente organizada; es también, desde este ángulo, un factor de control social³³ subordinado a los fines políticos concretos de un grupo o gobierno; en todo caso, dichos fines quedan fuera de la perspectiva analítica del jurista. Lo mismo sucede con el

³¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 121 y 122.

³² KANT, Immanuel, op. cit. (10), pp. 40 y 41.

³³ KELSEN, Hans, "El derecho como técnica social específica" en *¿Qué es justicia?*, op. cit. (13), pp. 158 a 161.

contenido valorativo de la norma, pues hay que entender que la positivización de valores es un proceso de naturaleza moral y política que no corresponde al especialista del derecho.³⁴ La función de la ciencia jurídica debe ser descriptiva. El jurista no puede comprometerse, en tanto practicante científico, a dar respuesta a los temas político-valorativos; mucho menos, asumir como base de su trabajo "la creencia en valores absolutos, cuya priorización sobre el análisis desvirtuaría cualquier intento de objetividad y, por ende, de racionalidad en el conocimiento jurídico."³⁵

Una de las preocupaciones más acentuadas en el pensamiento kelseniano es el deslinde entre derecho y justicia, porque esta última, en cuanto valor, no puede servir de referencia al orden normativo como lo pretenden los Iusnaturalistas; más todavía, no es siquiera susceptible de un enfoque racional. Kelsen tiene una concepción sensualista de la justicia³⁶ a partir de la cual le atribuye todos los inconvenientes que pueden surgir de la arbitrariedad de las emociones. Al respecto, descalifica las posibilidades de cualquier ejercicio científico para dar cuenta del valor de lo justo, lo que resulta obviamente exagerado, porque la sociología, incluso asumiendo el carácter histórico de la justicia, puede muy bien proporcionar referencias racionales, si bien relativas, sobre la vivencia material de lo justo en cada sociedad.

En el pensamiento kelseniano pesa todavía la rigidez de los paradigmas científicos del siglo pasado. La crítica a sus adversarios no suele ser contrapesada con referencias autocríticas. Kelsen cree en el relativismo como en una concepción del mundo totalmente terminada. En la obra kelseniana hay también una prohibición tajante a reconocer la presencia de los hechos a nivel de las explicaciones jurídicas. En este aspecto Kelsen nunca llega a mostrar una verdadera tolerancia; sino que su obra se encuentra cargada con una convicción similar a la de los Iusnaturalistas: cree en la verdad a partir de caminos exclusivos; su posición no transige ni con sus enemigos académicos ni con la realidad. En la *Teoría Pura* hay —valga la expresión— una posición absolutista del relativismo y de los enfoques metodológicos. La disposición de los temas kelsenianos adopta siempre un carácter binario: relativismo moral o universalismo; autocracia o democracia; ciencia o ideología. Se trata en todos los casos de opciones tajantes que cortan la realidad polarizando las explicaciones.

³⁴ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 32 y 33.

³⁵ KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?*, op. cit. (13), pp. 42 y 58 a 62.

³⁶ *Ibidem*, p. 59.

Así, la teoría del derecho queda obligada —aquí sí, prescriptivamente— a ser ciencia y, aún más, a ser un cierto tipo de ciencia. La ideología, en cambio, resulta conjunto de gravámenes al conocimiento, que surgen por la necesidad de justificar el estado de cosas existente a través de una visión interesada en su mantenimiento. Mucho habrá que discutir acerca de si la ciencia jurídica tiene alguna oportunidad de no caer, a la postre, en la apología involuntaria del derecho vigente. Sin prejuicios, sus desplantes pueden ser críticos o conservadores; sin embargo, el jurista rara vez reúne las condiciones de exterioridad que le permitan desarrollarse en la primera opción.

6. Teoría, no: *dogmática*

Más allá de la obra kelseniana, es necesario volver a retomar el asunto de la cientificidad del conocimiento jurídico. No se trata obviamente de un problema de índole normativa; sino de esclarecer si el polo gnoseológico del derecho tiene productos teóricos autónomos que trascienden sus funciones dogmáticas. La discusión no reúne un consenso total puesto que, para algunos analistas, es posible hablar en el mismo sentido de teoría del derecho y de dogmática. Por este motivo debe procederse al análisis con la idea de distinguir los dos conceptos. Según Kraft, "una disciplina [es dogmática] siempre que considere proposiciones, en sí y por sí arbitrarias, como por encima de toda crítica, y de este modo abandone el postulado de la investigación independiente".³⁷ A la tarea cognoscitiva de índole jurídica se le ha atribuido el calificativo de dogmática, porque se trata de un trabajo técnico-operativo en virtud del cual se desarrolla un *corpus* doctrinario con objeto de brindar cauces de contacto entre un orden de normas vigentes y la realidad que éste pretende regular. Es muy afortunada la expresión de Calsamiglia que considera a la dogmática como "una escala intermedia entre la ley y los hechos".³⁸ El enfoque dogmático pretende determinar el sentido de la observación de los hechos que realizan los agentes jurídicos. El conocimiento de los fenómenos sociales a través del núcleo dogmático de conceptos predefinidos "jurídica" la realidad; es decir, la presenta desde el punto de vista de su relevancia normativa y conceptual.

³⁷ Citado por LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, (26), p. 27.

³⁸ CALSAMIGLIA, Albert, *op. cit.* (8), p. 79.

La dogmática jurídica incluye, por lo menos: un cuerpo de conceptos que definen términos legales o que resultan complementarios al universo semántico de la ley, un conjunto de principios que sintetizan experiencias jurídicas y que sirven de base al desarrollo axiomático de las normas codificadas y, finalmente, un sistema de clasificaciones que permite armonizar la distribución y el manejo de los contenidos normativos. La dogmática requiere, además, de un núcleo de opiniones o, si se prefiere, de "verdades", sobre las que pueda tejerse el sentido unitario de sus procedimientos. El punto de congruencia más general suele situarse en la noción de justicia —o, en el mejor de los casos, en el concepto material que una sociedad determinada mantiene de lo justo—. ³⁹ Lo característico del pensamiento dogmático consiste precisamente en que la naturaleza de su núcleo articulador queda fuera de discusión, por ser exterior al sistema.⁴⁰ Su determinación es, entonces, apriorística. A lo más que puede llegar un jurista, cuando rechaza los contenidos axiológicos que constituyen los dogmas, es a desarrollar una caracterización netamente instrumental de los procesos técnico-sistemáticos que se le ofrecen como modo de operación.

La dogmática jurídica no puede concebirse —por lo menos de inicio— como un ejercicio crítico del derecho positivo. En este sentido, a lo que puede aspirar es solamente a proponer ajustes técnicos en el contenido de las normas vigentes, o bien, a flexibilizar su contenido por la vía de los cauces de aplicación. La prohibición implícita de revisar el núcleo dogmático restringe necesariamente las posibilidades de una verdadera teoría integral.⁴¹ Por otra parte, la recepción del orden normativo como materia principal de trabajo, impide al jurista discriminar los valores positivizados en el derecho vigente; ⁴² por lo tanto, su labor tiene que ser hermenéutica y constreñirse a armonizar los sentidos normativos desde la perspectiva axiológica que el orden jurídico supone. Esto, cuando no se habla explícitamente de que el concepto de justicia —así, indefinido— sea el que provee el cierre semántico para el ejercicio dogmático. No obstante sus límites, la dogmática puede favorecer la autocritica; al respecto siempre abrirá una competencia en torno a la mejor solución a un problema de aplicación planteado o a un criterio específico de comunicación de contenidos.

³⁹ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho* (trad. Jorge M. Seña), Barcelona, Ed. Gedisa (Estudios Alemanes), 1991, p. 101.

⁴⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas, *op. cit.* (26), pp. 27 y 28.

⁴¹ *Ibidem*, p. 21.

⁴² VIEHWEG, Theodor, *op. cit.* (39), pp. 105 y 123.

La dogmática no puede incorporar de manera arbitraria elementos exógenos al sistema para realizar una crítica exterior. La recepción de cualquier dato cognoscitivo supone un proceso previo de armonización con los contenidos del cuerpo doctrinario. Lógicamente, en este ejercicio es común que se altere el carácter genuino del factor incorporado.

Señalar las limitaciones críticas de la dogmática no es, por otro lado, un intento de silenciar sus méritos, tales como: las aportaciones al desarrollo sistemático del derecho, a la ampliación de la perspectiva técnica de solución de problemas, a la comunicación del sentido de la experiencia jurídica, a la adaptación del derecho a sus ámbitos de aplicación, por mencionar sólo algunos. Lo anterior coloca a la dogmática en el sitio de honor de los niveles cognoscitivos del derecho, ya que este tipo de trabajo se aviene al sentido práctico de las tareas jurídicas.⁴³ Los especialistas del derecho son, por regla general, profesionistas en ejercicio, cuyas necesidades operativas sobrepasan cualquier tipo de pretensión teórica de carácter general. Por eso no es casual que, aun para aquellos juristas que mantienen intereses teóricos paralelos a su trabajo práctico, resulte difícil conciliar los resultados especulativos de su reflexión con las emergencias de su ejercicio profesional. Alguien señaló que el mismo Kelsen, cuando fue consultado profesionalmente para dictaminar, olvidó sus recomendaciones teóricas sobre la interpretación de las normas.⁴⁴ En general, los esfuerzos especulativos en el ámbito jurídico padecen un grado de aislamiento que los vuelve verdaderamente marginales en el contexto de la práctica especializada del derecho. No se trata nada más de un problema de cerrazón de los juristas, sino también de un conflicto que finca sus reales en las necesidades específicas del trabajo jurídico y en el gravamen que representa los contenidos de la ley ante cualquier intento de reflexión independiente. No es tanto el carácter absoluto de las prohibiciones lo que frena el ejercicio teórico más allá de la dogmática, como sucede en el caso de la teología; en realidad, es el *tempo* del derecho que requiere de una complicada conjugación de dinámica y estabilidad. Los contenidos jurídicos, ni pueden variar ante cualquier estímulo emergente de la realidad, ni tampoco resistir las necesidades de adaptación generadas por los cambios sociales.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁴ LOZANO, Mario G., *op. cit.* (15), pp. 128 y 137.

⁴⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas, *op. cit.* (26), pp. 95-113.

La dogmática puede conciliar, dentro de algún parámetro, los desfases entre norma y realidad. No es extraño que colabore a mantener la vigencia de preceptos anacrónicos a través de artificios interpretativos que le devuelven cierta frescura a las prescripciones normativas.⁴⁶ Sin embargo, aun aquí, el intérprete dogmático tiene que fincar el alcance novedoso de su solución compadeciendo la nueva respuesta con el sentido vetusto de la norma. Si se contempla el problema desde la dimensión opuesta, cabría preguntar qué sentido tendría un ejercicio teórico que anticipe soluciones, si en éstas existe una alta probabilidad de choque contra el sentido actual de las respuestas jurídicas ortodoxas. El presente continuo del derecho es un escollo demasiado pesado para un tipo de pensamiento —como el teórico— que se mueve con mucho más libertad en el tiempo.

Podría afirmarse que una limitación como la que se ha expuesto es propia de cualquier ciencia, ya que, en última instancia, el proceso de investigación y de teorización tiene un límite concreto en la propia realidad y que, para la teoría jurídica, el derecho vigente juega precisamente como cualquier otra realidad acotada. Con esta objeción, no obstante, se dejaría de percibir que el derecho positivo, por su naturaleza prescriptiva, irradia un influjo especial sobre el intérprete,⁴⁷ quien, a diferencia de otros científicos, tiene un compromiso práctico con el sentido de la ley. Con precisión, Bobbio se refirió a este problema: "Está claro, pues, que la investigación sobre los comportamientos no puede dejar de remitir continuamente al estudio de la regla en la que están colocados".⁴⁸ La inercia del *statu quo* es, en buena parte, la fuerza del derecho que, como sistema calificativo, toma a su vez de la realidad social los valores materiales que concreta.

Luhmann señala que no siempre la dogmática puede ser identificada como un dato de inhibición para el desarrollo cognoscitivo.⁴⁹ El quehacer dogmático ofrece una distancia relativa respecto del derecho vigente y, a partir de ese espacio propio, fomenta la reelaboración autónoma. En la medida en que el cuerpo dogmático es una zona de significados seguros, es posible —ya sea transitoriamente— trasladar el peso estabilizador de la norma vigente al propio cuerpo doctrinario y, ya estando allí, es mucho más fácil liberar relativamente los conceptos e incrementar la oferta de opciones de sentido para su función

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

⁴⁷ Cfr. ROSS, Alf, *op. cit.* (25), p. 20.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría...*, *op. cit.* (7), p. 77.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas, *op. cit.* (26), pp. 20 y 27.

reguladora. En este orden de cosas, la dogmática deviene incremento de posibilidades de solución a los problemas jurídicos. Esta autonomía reproductiva debe verse con reserva porque tampoco pueden desaparecer fácilmente del horizonte los límites objetivos que arriba señalamos. Sin embargo, es sugerente la propuesta e invita a pensar que, siendo también un mecanismo de control del sistema de conceptos, puede asumir, en intervalos indefinidos, una función de arbitraje sobre el sentido de la ley. En términos de Luhmann, es posible que soporte un incremento de los riesgos explicativos y aplicativos del orden jurídico vigente.⁵⁰ Es así, de hecho, como llega a flexibilizar el sentido de la ley.

Cabe señalar que el pensamiento dogmático puede desarrollarse en dos direcciones: procesando la realidad de una manera inmediata a través de un sistema de conceptos y principios, como es usual en nuestra tradición jurídica; o bien, sistematizando el planteamiento del derecho como conocimiento de problemas. En esta segunda opción el cuerpo doctrinario se construye a partir de la casuística, como ocurre con el derecho anglosajón. En ambos casos, el proceso dogmático implica una definición previa de contenidos que determinan el trabajo puntual de construcción.⁵¹

En un sistema de derecho escrito, la capacidad "autoconstructiva" del ordenamiento se mantiene a través de dos surtidores permanentes: el sistema de fuentes —que se localiza materialmente en el texto constitucional— y en su respectivo acompañamiento dogmático que produce las condiciones doctrinarias para la mejor adaptación y manejo de las normas vigentes. Con ambos elementos y con sus remisiones mutuas, se crea una microcultura jurídica que se distingue del resto de la realidad por su operativo semántico especializado. El fenómeno de autoproducción del derecho mantiene como límite una norma de clausura que cierra el espacio jurídico a cualquier interferencia de la realidad social en su sentido crudo.

7. El espacio residual de la Teoría

Una vez identificados los perfiles del pensamiento dogmático cabría plantear el problema de su estatuto teórico. En otros términos, se tendría que explicar si, aun tomando en cuenta los gravámenes cognos-

citivos que representan sus prohibiciones críticas y sus inclinaciones pragmáticas, la dogmática puede todavía ser considerada como una teoría del derecho. Si la respuesta es afirmativa surge otra cuestión adicional: ¿Esa teoría —alimentada en forma sustancial por los procedimientos dogmáticos— tiene algún espacio cognoscitivo autónomo a partir del cual pueda pensarse críticamente sobre el sentido de los dogmas? Si se contesta afirmativamente, entonces habrá que esforzarse por especificar cuál es el ámbito de la dogmática y cuál es el que corresponde a la teoría. La cuestión admite tres tipos distintos de solución:

a) La teoría jurídica encuentra un *espacio filosófico* cuando trasciende el sentido práctico de la dogmática y formula reflexiones que penetran críticamente los contenidos de los dogmas. Por ejemplo, se formulan preguntas sobre el sentido de las clasificaciones, la validez de los principios o la funcionalidad de los conceptos. Estos cuestionamientos pueden todavía cruzarse para generar una zona de problemas más amplios a partir de los cuales habrá que contestar sobre el sentido general del derecho. Este tipo de trabajo teórico tiene una finalidad explicativa; pero, si se incorporan al análisis variables de tipo teleológico, como suele suceder por ejemplo con el Iusnaturalismo, se compromete la neutralidad de los resultados y es fácil llegar al terreno de las justificaciones.

Históricamente, la teorización "filosófica" sobre el ámbito jurídico ha sido el acompañamiento natural de la reflexión dogmática. Estos cuerpos cognoscitivos han llegado a plantearse como complementarios: a la dogmática corresponden los problemas técnicos; a la filosofía del derecho, las cuestiones de índole sustantiva.⁵²

b) La teoría jurídica puede asumirse exclusivamente como *análisis formal* del orden jurídico. La concepción kelseniana es paradigmática al respecto: todo el énfasis cognoscitivo se deposita en las normas y en sus aspectos reproductivos y estructurales. El rasgo fuerte de este tipo de enfoque está, precisamente, en la intención deliberada de excluir los elementos metajurídicos. Huelga decir que, este tipo de cortes artificiales de la realidad con intenciones cognoscitivas, generalmente resienten después la falta de nexos lógicos con la parte de la realidad que marginan. No obstante, las "teorías puras" ayudan a resaltar ciertos elementos específicos del objeto sobre el que se proyectan. Por eso nadie ha logrado superar la precisión de algunas nociones kelsenianas

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 30 y 34.

⁵¹ VIEHWEG, Theodor, *op. cit.* (39), pp. 178-184.

⁵² Cfr. BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría...*, *op. cit.* (7), pp. 82 a 50.

sobre la forma de autoconstrucción del sistema jurídico y sobre la juridización de la vida moderna en las sociedades occidentales.

La finalidad de una teoría formal como la kelseniana no llega siquiera al propósito de la explicación; Kelsen manifiesta que el fin del trabajo teórico es meramente descriptivo. De manera menos categórica, en un pasaje de la *Teoría Pura* es posible leer: "la multiplicidad de normas jurídicas [...] producidas por los órganos jurídicos, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica".⁵³ No resulta claro el sentido que debe atribuirse a esta expresión. Aunque Kelsen aclara que la connotación estructurante que confiere a la teoría jurídica es sólo epistemológica, hay que señalar que la explicación no es satisfactoria porque el concepto de orden se utiliza en su obra sin una negativa de sus contenidos empíricos; aquí en cambio, tendría que aludir simplemente al criterio lógico de agrupación de las normas.

La obra kelseniana es, en buena medida, corrección de la dogmática jurídica tradicional. La *Teoría Pura* es un programa crítico que pretende establecer la certidumbre de las categorías jurídicas a través de la fuerza especificante del orden normativo, considerado en su carácter de sistema. La rectificación kelseniana a la dogmática tradicional no se dirige hacia sus limitaciones críticas sino, más bien, marcha contra la asimilación de elementos extranormativos en las explicaciones jurídicas. Los conceptos clave de la dogmática son redefinidos por Kelsen a través de categorías "puras", pero no son removidos de manera definitiva. La *Teoría Pura* conserva el espacio reflexivo de la dogmática —así sea replanteado—, aunque agrega un espacio adicional que tiene relación con el carácter sistemático —e incluso hermético— que confiere al análisis por medio de la especificación de la validez como criterio de integración normativa.

La clausura kelseniana del objeto de estudio del derecho impide la penetración del análisis al nivel de las cuestiones fácticas, restringe el papel de la teoría a una explicitación de los nexos sistemáticos del orden jurídico —que en la dogmática tradicional nunca aparecen claros— y a una rectificación del enfoque; todo ello orientado hacia la satisfacción del problema de la distinción. A pesar de sus esfuerzos depuradores, en las recaídas metodológicas al campo de la realidad, Kelsen logra explicaciones con enorme mérito desde la perspectiva de la teoría social. Sin embargo, como su sociologismo no es intencional,

⁵³ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 85.

desaprovecha los efectos cognoscitivos que le hubieran podido ayudar a trazar una teoría del derecho con propuestas equilibradas entre los aspectos formales y los datos históricos.

c) Una *teoría realista* del derecho es generalmente un ejercicio con vocación crítica. Sus principales impactos se encaminan precisamente a evidenciar las prohibiciones que se encierran en el núcleo de "verdades" que sostiene a la dogmática. El camino crítico del sociologismo puede ser descrito como un proceso de restauración de la realidad. Los hechos se presentan como causa de desequilibrio entre las simetrías conceptuales de la dogmática. De manera concomitante, toda la fuerza de la explicación se coloca en el carácter material del derecho —trátese de ley o del curso judicial de la aplicación de normas—. Una explicación fáctica debe señalar en forma pormenorizada las condiciones de tipo material por las que el derecho se positiviza y, aún más, se establece como cauce eficaz del comportamiento. El riesgo principal del sociologismo es la parcialidad; su enfoque puede desplazar con suma facilidad el análisis propiamente normativo del derecho. La omisión de todo el campo de la validez —en términos de sistema— impide que el derecho pueda entenderse desde una óptica que no sea la del simple arbitraje de la fuerza. Las normas jurídicas son obedecidas por su carácter coercitivo o, de otra suerte, el ejercicio coactivo es eficaz, precisamente porque se apoya en una norma que fundamenta el uso de la fuerza. Este es el dilema que, de no plantearse en tono dialéctico, conlleva a la parcialización del enfoque.

Los méritos de una concepción realista son evidentes en cuanto recupera para la teoría jurídica el carácter de conocimiento social e, indirectamente, una perspectiva concreta que permite remover al derecho del espacio fantasmal del *sollen*. En otros términos, el planteamiento realista permite recuperar el nexo entre naturaleza y sociedad y, en consecuencia, autoriza a violar el carácter intangible del *sollen* haciéndolo abandonar su *status* específicamente epistemológico y recolocándolo como una forma particular del ser.⁵⁴

Ya identificados los derroteros realistas, lo que viene necesariamente a discusión es, si en esta perspectiva, la técnica jurídica puede ser algo más —o algo peculiar— respecto de la teoría social. Toda teoría del derecho podría devenir en Sociología Jurídica si no se ponen a salvo las peculiaridades semánticas y deónticas de los fenómenos jurídicos. Un enfoque realista es sustancialmente antidogmático; a

⁵⁴ Cfr. CERRONI, Umberto, op. cit. (6), pp. 113 a 130.

pesar de ello, la simple ruptura del núcleo de "verdades" no garantiza una explicación final del derecho, aunque puede, no obstante, ser un factor muy favorable para esclarecer el proceso de positivización de valores y la proyección de intenciones políticas en el orden jurídico. Así las cosas, el derecho siempre surge como un conjunto de estructuras institucionales cuyas motivaciones no se plasman de manera directa en sus definiciones. El ejercicio teórico debe consistir, entonces, en un proceso de alumbramiento que permita identificar los contenidos genuinos —no perceptibles en la superficie— de las normas jurídicas.⁵⁵ La crítica teórico-práctica del derecho no resuelve los problemas funcionales de su aplicación; de hecho, no es relevante la mayoría de las veces para su desarrollo técnico. El jurista, por tanto, en rara ocasión asume este tipo de teoría como una postura de carácter profesional. Los practicantes del derecho difícilmente ofrecerán su reconocimiento a una ciencia jurídica que consiste exclusivamente en el cuestionamiento del sentido evidente de las normas.⁵⁶

8. La Teoría Jurídica: una precaria convención

Las diferencias de enfoque entre los juristas no sólo concretan la competencia académica por la explicación de los fenómenos jurídicos. Como quedó expuesto, las disputas no se refieren al cómo enfocar el derecho, sino que se extienden a un campo de mayores dificultades cognoscitivas: el que corresponde al qué estudiar. El carácter científico de la teoría del derecho tendría que dirimirse —de acuerdo con el concepto contemporáneo de ciencia— en el ámbito de la *convención*; ⁵⁷ que es el del reconocimiento social a la índole científica, atribuido por los mismos agentes jurídicos a cada esfuerzo teórico. Si desplazamos las disputas de signo ideológico, las fracturas más importantes en los niveles cognoscitivos del derecho provienen de dos ejes de polarización distintos: la primera antinomia se refiere al corte *formalismo-realismo*; la segunda contraposición se finca entre *dogmática* —en cuanto enfoque pragmático y funcional del material jurídico— y *teoría* —en tanto reflexión independiente sobre el conjunto del derecho—. Estos ejes admiten combinaciones en sentidos asimétricos:

⁵⁵ ROSS, Alf, *op. cit.* (25), p. 26.

⁵⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, *op. cit.* (8), p. 48.

⁵⁷ CALSAMIGLIA, Albert, "Estudios preliminares a la edición de *¿Qué es la justicia?* de Hans Kelsen", *op. cit.* (13), p. 32.

por ejemplo, tanto *realismo* como *formalismo* compiten como explicaciones válidas de los procesos jurídicos; ambas posturas pretenden el *status* de teorías del derecho. El *formalismo* y la *dogmática* no son desde luego polos incompatibles; es prácticamente imposible que un enfoque formal del derecho no suponga en lo principal un cuerpo *dogmático*. El uso técnico de los conceptos generalmente implica un vaciado de su contenido fáctico. El realismo, por su parte, rechaza la construcción *dogmática* y se presenta como crítica de su enfoque parcial.

Las tensiones señaladas atraviesan el campo cognoscitivo del derecho y provocan una disociación entre el practicante jurídico propiamente dicho y el teórico, de tal forma que el trabajo de este último resulta superfluo y mal situado desde el punto de vista de las necesidades del primero. La humildad crítica del conocimiento *dogmático*, en cambio, se ofrece como vehículo funcional para el trabajo práctico. Cualquier tramo teórico que trascienda los niveles explicativos de la *dogmática* sufre para adaptarse al ejercicio profesional del derecho. Quien opera las normas otorga un reconocimiento tácito al tipo de orden social que positivizan. Cuestionar axiológicamente o políticamente el contenido del derecho obliga a transitar del campo de la *dogmática* al de la crítica. Las posiciones conservadoras de los juristas tienen raíz en el carácter también conservador del orden jurídico. Una teoría jurídica que no asume las cargas valorativas del orden normativo vigente tiende a definirse como enfoque subversivo y, además, como un punto de vista inmanejable en el universo cerrado de los procesos jurídicos.

La brecha que separa a la teoría de la práctica jurídica afecta la legitimidad del trabajo reflexivo de naturaleza independiente, ya que impide su sedimentación en una comunidad amplia de practicantes. El uso de las herramientas normativas descarta, por su parte, todas aquellas problematizaciones exorbitantes a la conveniencia de la argumentación que se desplaza con una finalidad práctica. La teoría jurídica queda así confinada a un influjo tangencial. Los impedimentos convencionales que le plantea el ejercicio profesional del derecho no permiten que los análisis —particularmente los de rasgo crítico— se socialicen y se transformen finalmente en experiencias compartidas. El extrañamiento que manifiesta la *dogmática* dominante a la teoría que la excede, desplaza al jurista crítico hacia la sociología o hacia la ciencia política; de hecho son estas dos vertientes las que terminan nutriendo el cuerpo crítico de la teoría jurídica.

Los niveles de comunicación del conocimiento y de la experiencia jurídica se cierran al verse dominados por una extensa didáctica de la dogmática. La reflexión de tipo integral obligaría a plantear el discurso jurídico —como lo ha dicho Ross— siempre en dos niveles simultáneos: el de la validez y el de la realidad. Una visión que equilibre estos dos polos sobrepasa las necesidades teóricas del ejercicio jurídico y complica la enseñanza del ya de por sí escabroso paralelismo dogmático. La teoría jurídica padece, por eso, una falta de aceptación mayoritaria de sus efectos críticos; carece de un espacio propio de reconocimiento y, sus escasos practicantes, desfallecen en el esfuerzo por acotar los análisis dogmáticos en un primer nivel explicativo del derecho. Por lo dicho, aún no es posible ampliar el horizonte cognoscitivo de los fenómenos jurídicos hasta el espacio de las experiencias de los efectos normativos. El rubro de la construcción del orden social aguarda todavía una explicación que conjugue derecho, política y moral en un enfoque integral de los procesos institucionalizadores de la vida social. Queda pendiente no la desmitificación del carácter autoconstructivo del derecho, sino su explicación cabal; es decir, una línea discursiva que permita establecer el sentido de las construcciones artificiales que —en tono de forma— producen las sociedades a través del derecho.

II. LA TEORÍA KELSENIANA EN LA PERSPECTIVA DEL SOCIOLOGISMO INVOLUNTARIO

1. ¿Acercamientos fortuitos?

No es ninguna casualidad que la obra de Kelsen sea confrontada frecuentemente con la sociología. A primera vista, el carácter excluyente de la *Teoría Pura* parecería rehusar cualquier contacto con la teoría social. Sin embargo, hay elementos del análisis sociológico —particularmente de la obra de Weber— que, aunque no se explicitan, se incorporan al discurso kelseniano con un peso innegable en el orden de sus resultados.⁵⁸ A estas integraciones subrepticias podemos llamarles recaídas empíricas o, tal vez, infidelidades metodológicas;⁵⁹ en todo caso, se trata de un balance imprescindible, porque, de

⁵⁸ BOBBIO, Norberto, "Kelsen y Weber" en *op. cit.* (1), pp. 57 a 59.

⁵⁹ Cfr. CERRONI, Umberto, *Marx y el derecho moderno* (trad. Arnaldo Córdova), México, Ed. Grijalbo (Teoría y Praxis, 14), 1975, pp. 46 y 47.

no aplicarse al análisis formal del derecho, éste terminaría convirtiéndose en una simple conjetura. Por más que se intente aislar lo jurídico en el nivel del *sollen*, su vertiente empírica obliga a volver al terreno histórico y allí, si el enfoque formalista no proporciona los elementos necesarios para esclarecer el enlace de la norma con la realidad, se hace menester que las categorías sean importadas de otros ámbitos cognoscitivos: en este caso el empréstito se toma de la sociología. Así, aunque Kelsen nunca admite de manera abierta la recepción de elementos sociológicos en la *Teoría Pura*, es evidente que éstos permean las capas del discurso y llegan a colocarse como presupuestos que incluso terminan por determinar de manera importante el sentido de sus tesis.⁶⁰

Aunque Kelsen recogió frutos prohibidos de la sociología, es también acreditable que el pensamiento sociológico se ha beneficiado con la *Teoría pura del derecho*. Se admite que, por reacción, Kelsen acotó con más precisión que nadie el objeto específico de la sociología jurídica.⁶¹ Ayudó al proceso depurador de esta disciplina, cuyos lastres naturalistas impidieron por décadas una decantación adecuada de su objeto de estudio. Por otra parte, la obra kelseniana sigue siendo la fuente más precisa para explicar —aun sociológicamente— el proceso de juridización de los espacios públicos desde el surgimiento del Estado Moderno.

Kelsen realiza remisiones intencionales al pensamiento de Max Weber; especialmente a los pasajes que le ayudan a mantener la dicotomía entre *sein* y *sollen*, ya que en la sociología weberiana se admite sin reservas la diferencia entre ciencias explicativas y ciencias normativas. Weber también destaca la diferencia entre la validez empírica del derecho y su validez formal;⁶² corte que coincide, en términos generales, con la dicotomía kelseniana que se proyecta entre validez y eficacia. Asimismo, el modo que propone la sociología comprensiva para abordar la caracterización del Estado, subrayando en todo momento la juridización de las relaciones de dominación, es muy similar al enfoque de Kelsen quien, a su vez, acepta la idea del monopolio legítimo de la "coacción física", para explicar la centralización del poder en la conformación del Estado contemporáneo. Ambos pensadores sitúan la coacción como dato central para la determinación

⁶⁰ SCHMILL, Ulises, *El concepto del derecho...*, *op. cit.* (1), pp. 164 a 180.

⁶¹ TREVES, Renato, "Kelsen y la sociología" en *op. cit.* (1), p. 195.

⁶² KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), pp. 109 a 112.

de lo jurídico y como pieza principal en el enlace con los factores de naturaleza política; Weber mantuvo la fuerza como garantía externa del derecho, Kelsen asimiló directamente las normas, el carácter coactivo del orden jurídico.⁶³

2. La "hegemonía" del análisis formal

Aunque la *Teoría Pura* y la *Sociología Comprensiva* presentan puntos de contacto, existen diferencias que bifurcan sus conclusiones aun en los temas de mayor proximidad. Como ejemplo, se puede invocar el argumento weberiano sobre la naturaleza dual —normativa y material— de las asociaciones de dominación. Weber argumenta que la dominación se ejerce a través de aparatos; es decir, de cuadros administrativos que especializan las funciones políticas y controlan profesionalmente sus procedimientos; aunque la asociación de dominación opera siempre sobre una base normativa que proporciona estabilidad y sentido a la acción de los agentes.⁶⁴ La conjugación de ambos elementos conduce a la visión integral de las dos caras del orden: la normativa —radicada en el estatuto de la asociación— y la material —reconocible a través del arbitraje de normas que efectúa el cuadro administrativo—. Para Kelsen, asumidas sus restricciones metodológicas, no es dable remitirse a los agentes que operan el orden normativo, sino como órganos del mismo derecho. Por eso, la existencia de los sujetos se disuelve en los predicados normativos, al grado que la misma fuerza surge del discurso kelseniano como un atributo de la norma y no propiamente como un hecho. El carácter prescriptivo de la norma jurídica cobra así entidad y se convierte en poder: de ahí la asimilación posterior del Estado al derecho. De ahí también los reproches kelsenianos a Weber por utilizar la "funesta" expresión: *existencia* del Estado, queriendo indicar con ello una forma independiente del ser estatal con respecto al derecho.⁶⁵

A pesar de los derroteros divergentes de la *Teoría Pura* y de la sociología, cabría indicar que Hans Kelsen se empeñó mucho más en acotar su análisis respecto de la jurisprudencia sociológica que de la teoría social en sentido estricto. El deslinde kelseniano se dirigió con-

⁶³ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado..." en *op. cit.* (29), pp. 267 a 281.

⁶⁴ WEBER, Marx, *Economía y sociedad* (ed. preparada por Johannes Winckelmann), México, Ed. FCE (quinta reimpresión de la 2a. ed.), 1981, pp. 39 a 41 y 173 a 180.

⁶⁵ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado..." en *op. cit.* (29), p. 270.

tra la intención de hacer pasar al sociologismo como única teoría del derecho;⁶⁶ en cambio, nunca se opuso a que el orden jurídico fuera abordado *complementariamente* por la sociología. El problema surgió, sin embargo, cuando Kelsen proyectó el enfoque normativo como perspectiva hegemónica. Para que el sociólogo pueda acercarse al derecho o al Estado debe contar previamente con una noción de lo jurídico y, para adquirirla, sólo tiene el camino del análisis formal. Desde el punto de vista kelseniano, entonces, el análisis sociológico de lo jurídico no se construye en realidad a partir de un campo autónomo, sino que constituye un momento posterior y dependiente del enfoque formal:

La sociología comprensiva —expone Kelsen— debe ser también jurisprudencia, o bien, ver con ojos de juristas para poder —en resumidas cuentas— ver, ya que el sentido de la acción social que ella transmite, es frecuentemente el derecho.

[...] La sociología añade la pregunta de bajo qué condiciones [...] es probable una acción orientada a un ordenamiento jurídico denominado "Estado", [...] la sociología se traslada a distintas esferas del conocimiento jurídico normativo. Pero este problema tiene un carácter secundario, es decir, se puede plantear luego del establecimiento de la esencia.⁶⁷

La misma tendencia a la formalización es palpable en las objeciones que Kelsen formula a Weber reprochándole la "entificación" del Estado, ya que ésta se realiza en detrimento de su asimilación lineal al orden jurídico normativo. Sobre este asunto la *Teoría Pura* no fijó autocontenciones puesto que nunca accedió a reconocer la existencia del Estado fuera de la dimensión del derecho. La tesis kelseniana golpeó tanto a Weber como a la sociología política en general, pues su objeto de estudio quedó prácticamente vacío al eludirse el carácter material de los órganos del Estado y la facticidad del orden de relación que éstos concretan. La perspectiva kelseniana diluye la historicidad de los regímenes políticos y, en consecuencia, desplaza de una manera ilegítima los enfoques analíticos que se dirigen al aspecto positivo de las relaciones de dominación. Si la visión del Estado sólo pudiera ser jurídica como lo pretende Kelsen, nunca resultarían explicables los cambios revolucionarios, tan frecuentes en la historia política de la humanidad. Si las directrices normativas perdiesen de vista

⁶⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), p. 193.

⁶⁷ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado..." en *op. cit.* (29), p. 274.

permanentemente a los agentes sociales, el trabajo científico quedaría relegado a la expurgación de predicados y toda explicación de la génesis social del fenómeno del orden resultaría inviable.

Lo que puede reprocharse a Kelsen es no haber sostenido su promesa metodológica de respetar la alternativa del enfoque empírico sobre el derecho y el Estado. Cualquier complementariedad se dificulta en cuanto el autor de la *Teoría Pura* decide avanzar agresivamente sobre el campo de la sociología para imponerle el enfoque formal del derecho como condición ineludible. No es lo mismo abordar el fenómeno jurídico como un producto de la actividad social que se diferencia y se especializa a medida que concreta su evolución, que explicar los sucesos sociales siempre como una derivación de las prescripciones normativas. La segunda perspectiva deviene necesariamente en un "constructivismo" recursivo. Para decirlo con Jesús Ignacio Martínez: "El derecho gestiona su propia tautología pues la cualidad normativa es un circuito cerrado: sólo es derecho lo que el derecho considera como tal".⁶⁸ Para Kelsen la recursividad del derecho no implica que éste tenga que fugarse hacia derroteros intangibles —o mejor dicho: metafísicos—; al contrario, el autor de la *Teoría Pura* sostiene que: "una ciencia es «empírica» en contraposición a «metafísica» no solamente si describe hechos que suceden en el tiempo y en el espacio, sino también si describe el sentido de ciertos actos humanos".⁶⁹ Estas afirmaciones que formula Kelsen orillado por las argumentaciones críticas de Ross, vuelven a evidenciar la fragilidad del *sollen* como espacio solamente cognoscitivo. La historicidad del derecho presiona y, tarde o temprano, conlleva a ubicarlo como un tramo de la realidad. Si la incorporación de los datos fácticos se realizara en forma deliberada habría una mejor oportunidad de efectuar una asimilación crítica. De lo contrario, la realidad social será trasladada al análisis jurídico sin mediaciones.

Afortunadamente, Kelsen se fue infiel a menudo y en sus recaídas empíricas se pudieron afianzar las garantías de objetividad que, de otro modo, hubiera faltado a su teoría. La propuesta ahora es escudriñar algunos de los tópicos kelsenianos que se fincan en esa especie de realismo involuntario al que se ha hecho referencia y detectar el

⁶⁸ MARTÍNEZ, J. Ignacio, *La imaginación...*, op. cit. (27), p. 85.

⁶⁹ KELSEN, Hans, "Una teoría «realista» y la teoría pura del derecho" en *Contribuciones a la teoría pura del derecho* (trad. Eduardo Vázquez), México, Ed. Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 8), 1991, p. 15.

alcance que estas recaídas hayan podido tener en la formulación final de sus tesis.

3. Una modernidad sediciosa

Entre los rasgos que mejor identifican a la cultura occidental se cuenta sin duda el de la juridización de los espacios institucionales, tanto públicos como civiles. La modernidad de los Estados burgueses procede en buena parte del influjo rector que otorgan los controles jurídicos. El acoplamiento del pensamiento ilustrado a los cauces concretos de organización de la vida social produjo una identificación casi total entre las instituciones jurídicas, el mercado y el ambiente ideológico de sesgo liberal. La ética del capitalismo ordenó su sistema axiológico con tres valencias fundamentales: la persona, la libertad y la razón. De estos tres elementos derivaron los conceptos de ciudadano, de voluntad y de propiedad, los cuales, entreverados, constituyen la médula valorativa de los órdenes jurídicos modernos.

Llama poderosamente la atención que en la obra kelseniana, a pesar de su cuño específicamente jurídico, se ofrezcan soluciones no ortodoxas a los tópicos modernos. Da la impresión de que las tesis de Kelsen no pasaron por la vía romántica y que se desentendieron pronto de cualquier nexo con la vertiente francesa de la Ilustración.⁷⁰

3.1. Contra la ingenuidad del contractualismo

La *Teoría Pura* mantiene una posición crítica contra los conceptos ingenuos del contractualismo y también representa un factor de choque respecto del liberalismo acríptico. La construcción del discurso kelseniano tiene un timbre desmitificador que, en ocasiones, se aproxima al tono antiideológico del marxismo. Al respecto, conviene recordar la forma en la que Kelsen elabora la explicación inicial de lo jurídico: no parte del concepto de libertad; su preocupación principal es definir el sentido normativo del deber.⁷¹ Al modo de Durkheim, reconoce la prioridad del fenómeno del orden sobre cualquier determinación de carácter idealista; en este sentido, su apoyo es hobbesiano. Kelsen desdice al Estado natural como situación armónica; cree, en cambio, en una naturaleza humana agresiva y en el impulso espontáneo del hom-

⁷⁰ KELSEN, Hans, "La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia" en *¿Qué es la justicia?*, op. cit. (13), p. 71.

⁷¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 18 y 19.

bre que lo revela contra las exigencias moderadoras que provienen de la vida en común.⁷² La heteronomía que supone cualquier orden normativo causa malestar a los sujetos sociales que han experimentado la conciencia de su propio valor. El sometimiento a una voluntad ajena no es, por tanto, un hecho deseable en todas las circunstancias; por ello, es necesaria la existencia de un orden coactivo que promueva, de parte del grupo, ciertas medidas de control. Con el orden se trata de encauzar la conducta a través de normas externas que trasciendan los temores y deseos naturales de los agentes sociales. "El acceso a la sociedad —afirma Kelsen— significa ruptura con las leyes naturales",⁷³ pero el tránsito del estado natural a la vida civil no puede ser el resultado puntual de un acuerdo voluntario; se trata de un proceso histórico y de un desarrollo cultural parsimoniosos. Kelsen percibe con claridad que:

La fundación del Estado, la génesis del orden jurídico o de la voluntad del Estado no tiene lugar casi nunca en la realidad social, ya que el hombre en la mayoría de los casos *nace situado dentro de un régimen* ya constituido, en cuyo surgimiento no le ha cabido parte, y que, por lo tanto, se le presenta desde el principio como obra de una voluntad ajena. *Queda, pues, solamente a su alcance el desenvolvimiento y las rectificaciones de aquel orden.*⁷⁴

La fuerza integradora de la vida social no se sustenta de manera principal en la voluntad de los miembros del grupo; la cohesión proviene de los elementos normativos que son los que proporcionan la amalgama para las relaciones. El control social es, por tanto, un proceso técnico que se manifiesta en medidas directas e indirectas de motivación de la conducta. La moral ejemplifica las primeras; el derecho, corresponde a las segundas. En este planteamiento kelseniano, la coincidencia con Durkheim es casi total. Para el sociólogo francés, el derecho comparte con la moral la función normativa; sin embargo,

⁷² KELSEN, Hans, "La doctrina del derecho..." en *op. cit.* (13), pp. 72 a 79, y "Los fundamentos de la democracia" en *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (trad. y selección de textos por J. Ruiz Manero), Madrid, Ed. Debate, 1988, p. 234.

⁷³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacumbra), México, Ed. Nacional, 1974, p. 17, y *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), p. 73.

⁷⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.* (73), p. 22.

ofrece un nivel de tecnificación en el arbitraje disciplinario que lo convierte en una especie de moral especializada.⁷⁵ Cabe señalar que el presupuesto sociológico asumido por Kelsen con respecto al contractualismo se proyecta sobre la concepción que su obra propone de la voluntad y que ésta, a su vez, es basamento de la crítica a la noción del derecho subjetivo.

Contra la ficción de la voluntad general, Kelsen sostuvo la idea de que el orden jurídico —y, por ende la organización de la vida social— se sustenta en una situación de *compromiso*. El gobernante debe, para favorecer su ejercicio, realizar pactos con las fuerzas políticas que representan a los agentes que tienen capacidad de influir sobre el sentido de la vida social.⁷⁶ En la base de cualquier orden normativo existe un arreglo de intereses cuya estabilidad se garantiza precisamente a través de la aplicación del derecho. En este sentido, la concepción kelseniana coincide con el pensamiento social contemporáneo y, por ello, se nos ofrece como superación de las tesis ilustradas que, entre los juristas, han sobrevivido mucho más tiempo que en cualquier otra vertiente de la teoría social. El compromiso dinámico de fuerzas políticas en la base del orden jurídico es una aserción muy distante a la de Contrato Social como fuente de legitimidad del Estado Moderno. La idea del compromiso dinámico rompe de plano con la concepción de la armonía pactista, ya que reconoce la pluralidad de grupos e intereses que se manifiestan en la vida social y abre incluso un espacio para la comprensión de su carácter conflictivo.

3.2. *Contra el "dogma de la voluntad"*

La voluntad juega un doble papel en la dogmática moderna del derecho: por una parte, es el vehículo y el eje de los negocios privados; por la otra, es la fórmula de legitimación del Estado como régimen democrático. En la cultura occidental, la voluntad opera también como pieza dinámica principal: es la voluntad del consumidor en la teoría neoclásica de la economía; voluntad del ciudadano en la perspectiva de la teoría política, y voluntad del sujeto en el derecho. Estos ele-

⁷⁵ Vid. DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "Emile Durkheim: el derecho como moral especializada" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 17, 1993 (publicación anual de la Escuela Libre de Derecho), pp. 95-138.

⁷⁶ KELSEN, Hans, "Dios y estado" en *El otro Kelsen* (trad. del alemán de Jean Hennequin), p. 260, y "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional" en *Escritos sobre la democracia...*, *op. cit.* (72), p. 115.

mentos conforman la tríada práctica de la libertad en el pensamiento moderno.

Para entender cómo procede Kelsen en su ejercicio rectificador de la dogmática y cómo define el papel de los fenómenos voluntarios, lo primero es comprender que la voluntad individual —el querer—, es un hecho y, por eso, metodológicamente queda excluido como dato explicativo del *sollen*. Se trata de un proceso psicológico cuyas determinaciones se construyen al margen del derecho. A partir de esta distinción, Kelsen denuncia a los teóricos del derecho privado por haber edificado su doctrina sobre el "dogma de la voluntad".⁷⁷ Este hecho acarreó confusión a la ciencia jurídica y ha fomentado una visión sincrética que presenta como elementos equivalentes la validez legal y el "ser deseados" de los negocios privados. Bajo este argumento, la autonomía de la voluntad surge como la determinación final del carácter obligatorio del negocio jurídico. Sin embargo, la obligatoriedad del derecho sólo se apoya parcialmente en el acuerdo privado; en realidad, el carácter constrictivo del acuerdo de voluntades deriva de las normas generales que establecen el régimen normativo de los contratos. El derecho contractual es obligatorio porque es válido y porque el derecho confiere competencia a los sujetos contratantes para desarrollar, a través de normas individuales, el sentido de una norma general en una relación específica.⁷⁸ Así, contra la voluntad como poder, Kelsen propone el poder de la voluntad normativizada. En todo caso, no es en el hecho psicológico del consentimiento donde radica la especificidad jurídica del fenómeno, sino en la atribución que hace el orden jurídico al sujeto.⁷⁹ La obligatoriedad del acto jurídico no deriva de la proyección de un deseo; proviene del carácter prescriptivo que tiene el derecho en cuanto orden objetivamente válido. En la propuesta kelseniana hay una transferencia clara: el derecho no se explica como desarrollo del sujeto, sino, con toda claridad, como proyección sistemática de las normas.

La *Teoría Pura* tiene entre sus pasajes también una dedicatoria crítica a la "voluntad general". El derecho, en cuanto fenómeno histórico, preludió al Estado Moderno. Por eso, no resulta lógico el intento de sustentar las instituciones en un acto contractual, cuyo momento de

⁷⁷ KELSEN, Hans, "Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico" en *El otro Kelsen*, op. cit. (1), p. 288.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 288 y 189.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 294 y 295, y *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 264-269.

realización no resulta identificable. La validez del derecho no puede sostenerse en un acuerdo como el Contrato Social; depende, en cambio, del carácter prescriptivo de sus normas y de la coherencia interna del sistema. "No se requiere ser marxista —dice Kelsen— para tener por fantasma una voluntad general que aúne anímicamente a todo el pueblo, habida cuenta de las profundas contradicciones de clase que segmentan al pueblo [...]"⁸⁰ La voluntad del Estado no alcanza a ser otra cosa que una metáfora a través de la cual se quiere significar el papel uniformador que juega el orden legal en el proceso social de integración.

Si la dogmática tradicional ha de ser rectificada a partir del afianzamiento de los datos normativos, las piezas de reemplazo destinadas a cubrir el papel probervial de la voluntad son los conceptos: imputación y obligación. Responsabilizar jurídicamente a un sujeto y hacer obligatoria su conducta, de tal forma que ésta quede descrita como contenido de una norma, es la verdadera esencia del derecho: el ser una forma técnica de obligar a los sujetos sociales; de motivar sus comportamientos de acuerdo con el sentido de las normas generales válidas.⁸¹

En el trasfondo del planteamiento kelseniano que ubica al derecho como técnica de control social hay elementos de innegable valor para una aproximación sociológica al universo jurídico. El trazo crítico de la *Teoría Pura* no sólo aparta las explicaciones psicológicas sobre la voluntad —como lo sugiere su autor—, sino que además, remueve una serie de imágenes ideológicas procedentes del pensamiento moderno sobre las que se han fincado los mitos del Estado y de la autonomía de la voluntad. No debe entonces extrañar que, en este terreno, el pensamiento kelseniano corra paralelo con el marxismo y se presente como una teoría realista de la sociedad y del derecho. Si se compara el enfoque kelseniano, que coloca al derecho en la dimensión de las técnicas de control social, con los postulados idealistas del Iusnaturalismo o con las visiones tautológicas de los dogmáticos ortodoxos, se puede comprender por qué la teoría de Kelsen es la más fácilmente adaptable al análisis de la teoría social contemporánea.

⁸⁰ KELSEN, Hans, "Acerca de las fronteras..." en op. cit. (77), p. 298.

⁸¹ KELSEN, Hans, "El derecho como técnica social específica" en *¿Qué es justicia?...*, op. cit. (13), pp. 152 y 153.

3.3. La libertad como método

Para Kelsen libertad no significa evasión de la causalidad. El hombre es también parte de la naturaleza y sus actos, en consecuencia, deben identificarse como hechos naturales. En franca reacción contra el kantismo, la *Teoría Pura* se pronuncia por una libertad empíricamente condicionada. El orden jurídico supone, desde el punto de vista de la eficacia, que la voluntad humana sea causalmente determinable. Por lo tanto, cualquier discurso que represente al hombre como sujeto independiente de las relaciones causales, es una ficción.⁸²

El Derecho interpela a los destinatarios de las normas a través de actos de imputación; es decir, situando la conducta del sujeto en la perspectiva de la hipótesis de una norma. Para precisar la función de la imputación del orden jurídico no es necesario considerar al hombre como individuo libre, basta con un criterio técnico que lo fije como agente responsable. La imputación sólo funciona cuando se dirige a una voluntad que se reconoce causalmente determinada;⁸³ de otra suerte, el derecho quedaría completamente desfasado de su compromiso de eficacia. Al respecto, Kelsen apunta:

Sólo se atribuye o imputa algo a un hombre en la medida o en la extensión en que los órdenes moral y jurídico únicamente formulan exigencias para la conducta humana [...] únicamente en los hombres la representación de las normas de aquellos órdenes puede causar en ellos actos de voluntad que, a su vez, causarán la conducta requerida. La explicación no reside en la determinabilidad causal de la voluntad humana.⁸⁴

Sociológicamente resulta sugerente el argumento kelseniano que obliga a virar de la libertad —como determinación racional— a la previsibilidad de la conducta a partir del cálculo que puede establecerse sobre las reacciones de la voluntad. “Los órdenes jurídicos modernos presuponen un tipo medio de hombre, y un tipo medio de circunstancias externas, bajo las cuales los hombres, causalmente determinados, actúan”.⁸⁵ Esta degradación de la libertad kantiana conduce el con-

⁸² KELSEN, Hans, “Los fundamentos de la democracia...” en *op. cit.* (72), pp. 232 y 233.

⁸³ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), p. 110.

⁸⁴ *Loc. cit.*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 111.

cepto del rango rígido de los valores absolutos al de los hechos maleables.

Para el orden normativo la libertad es sólo una referencia de la imputación, nunca un valor fundamental desde el punto de vista sistemático. La autodeterminación de la voluntad puede ser un valor positivizado, pero no una pieza operativa para la creación y la operación del derecho.⁸⁶

El orden jurídico es el resultado de una previsión que supone el distanciamiento relativo entre el querer de los individuos sometidos al derecho y el contenido de las normas que lo componen. En el cálculo de las situaciones de control, la libertad no aparece como valor intangible; se presenta como responsabilidad y como objeto posible de afectación a través de la aplicación de una norma válida. La vida en sociedad supone una transformación de la libertad natural de los sujetos. El querer irrestricto y antisocial debe convertirse en una opción relativa de ubicación del individuo en la sociedad. Para cerrar la idea con el corolario de Kelsen: “La libertad de la anarquía se transforma en al libertad de la democracia”.⁸⁷

La libertad social consiste, entonces, en la posibilidad de participar —así sea de un modo mediato— en la definición del orden jurídico. En esto, el concepto kelseniano se compadece con el pensamiento moderno; sin embargo, ambas vertientes se apartan en la dimensión axiológica que confieren al concepto. La libertad de los modernos es un valor que determina el desarrollo del ordenamiento jurídico; en el parámetro kelseniano es solamente una referencia externa al sistema que actúa en la misma medida que las condiciones de eficacia sobre los criterios de validez.

La categoría verdaderamente relevante para el derecho es la noción de *deber*, ya que la imputación se entiende mejor como influjo coactivo sobre la conducta que como atributo del sujeto, anterior al derecho positivo. La noción del deber mantiene la realidad en su nivel específicamente jurídico; obliga a responder, como lo dice Kelsen, al “¿qué debe suceder conforme a derecho?” e impide cualquier desviación hacia los cuestionamientos de tipo causal que inquieren sobre el “¿qué sucede de hecho?”⁸⁸ La noción jurídica del deber no corresponde, claro está, a una determinación ética del concepto; se trata de un enlace lógico en

⁸⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁸⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.* (73), pp. 231-233.

⁸⁸ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), pp. 117-122.

el que se vinculan ciertas condiciones a determinadas consecuencias. Técnicamente, la libertad admite ser observada desde distintos enfoques: primero, como valor garantizado; es decir, como derecho público subjetivo, protegido constitucionalmente. En este caso, la libertad opera como factor de inhibición contra la función legislativa; es, en síntesis, una zona mínima de resguardo contra cualquier afectación de tipo legal.⁸⁹ Por otra parte, la libertad opera como facultamiento en sentido negativo, o sea, como espacio no cubierto por las prohibiciones legales. En la primera situación la libertad surge como contenido de una norma constitucional que positiviza un valor de cuño democrático; en el segundo supuesto, se trata simplemente de un ámbito de acción que no se encuentra regulado de manera explícita, pero que forma parte del espacio jurídico privado a pesar de que éste se defina en sentido negativo. "Lo que los órdenes jurídicos modernos prohíben, casi sin excepción, es el impedir mediante la fuerza física la conducta no prohibida del otro".⁹⁰

La caracterización kelseniana de la libertad alberga una tendencia contradictoria. Desde la perspectiva normativa de la *Teoría Pura* resulta mucho más importante el concepto del *deber* que el de autodeterminación. La libertad aparece como un dato debilitado, sobre todo si se la compara con la importancia que le confiere, por ejemplo, el iusnaturalismo. La degradación de la libertad —su relativización— permite a Kelsen trazar, sin pruritos, una visión crítica sobre los dogmas valorativos del derecho burgués. Desde este punto de vista, la teoría kelseniana significa un avance respecto a la dogmática tradicional, porque ésta, determinada por la carga valorativa del liberalismo, desdeña cualquier esfuerzo crítico para observar el orden jurídico en su despliegue objetivo. Sin embargo, cuando Kelsen trata la libertad en sus obras políticas, ésta retoma su importancia axiológica; en esas ocasiones el autor aborda el tema de forma muy similar a los autores modernos y, de cara a la democracia, no duda en priorizar el peso de la libertad sobre el de la igualdad. Reconoce, eso sí, que se trata de un valor histórico y relativo.⁹¹

De todos modos, Kelsen es un liberal más por sus deseos de tolerancia que por sus convicciones acerca del individualismo y de la propiedad.

⁸⁹ KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional..." en *op. cit.*, (76), pp. 121-125.

⁹⁰ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.*, (17), pp. 55-57.

⁹¹ KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?*, *op. cit.*, (13), p. 45.

4. ¿Derecho sin sujetos?

4.1. La noción "técnica" del Derecho Subjetivo

La dogmática del derecho moderno entronizó como ninguna otra corriente la noción del derecho subjetivo. En forma paralela a la tesis kantiana del hombre-fin, los códigos racionalistas plasmaron en su articulado la subjetivización del sistema jurídico. Así como llegó a reconocerse en las ideas políticas que la felicidad del individuo constituiría el punto cenital de la organización social, los juristas definieron al sujeto de derecho como punto de llegada del orden normativo. Los agentes sociales quedaron, entonces, convertidos en portadores naturales del sentido jurídico; fueron investidos de prerrogativas con validez general y ubicados como receptores de las garantías procesales. Hubo dos formas principales de entender la cuestión: para los iusnaturalistas, los derechos de la persona se definieron de plano al margen del orden jurídico positivo. Bajo esta perspectiva, el derecho vigente fue expuesto a la derrota moral porque los derechos naturales del individuo fueron considerados prerrogativas humanas de rango superior y, en consecuencia, incontrariables desde el orden jurídico positivo. En caso de conflicto, la valoración axiológica debía favorecer al conjunto de derechos naturales, por lo que las normas vigentes quedarían sentenciadas como disposiciones injustas. Para la dogmática de tipo exegético, en cambio, el derecho subjetivo resulta una especie de desdoblamiento del sentido objetivo de la norma que se explica como facultad del sujeto y, en ese caso, como una realidad independiente del derecho en vigor, aunque siempre enlazado a su sentido porque la facultad subjetiva mantiene como presupuesto una derivación normativa.

Fue a partir de la sociología positivista que se puso en cuestión la noción de derecho subjetivo. Se miró más hacia los valores grupales como la cohesión y la solidaridad. Esta nueva actitud generó pronto una búsqueda de la función social del derecho y una crítica a las concepciones individualistas. Ya situado como fenómeno de orden, el derecho podría prescindir —según el positivismo— del concepto dogmático del derecho subjetivo. Desde entonces, son numerosas las situaciones en las que la teoría social ha insistido en el carácter contingente de esta institución.⁹²

⁹² Un ejemplo de recepción y reformulación de las tesis positivistas, particularmente de Augusto Comte, lo ofrece: DUGUIT, León, "Las transformaciones del dere-

Kelsen se encuentra entre quienes han desarrollado argumentos críticos contra el derecho subjetivo. Se ocupó de poner en duda la suerte explicativa de la noción, cuando se la concibe como *poder de voluntad*, o cuando se la define como *interés protegido*.⁹³ Cualquier tesis que proyecta las facultades que se desprenden de una norma a favor de un sujeto y las esgrime como expresión de deseos individuales, se arriesga a recoger las consecuencias negativas que derivan del "dogma de la voluntad".⁹⁴ En esa perspectiva, el derecho deviene simplemente flujo de atribuciones y deja de contemplarse como un orden que fundamentalmente sienta obligaciones. La voluntad, entonces, no guardaría ningún poder distinto al que radica en la norma en virtud de su coercibilidad. En el caso de la tesis del *interés protegido* la caracterización del derecho subjetivo tampoco resulta satisfactoria porque, considerando al interés como algo escindido de la norma, éste no puede mantenerse como un dato jurídico. Lo específicamente normativo consiste en la protección que el orden coactivo otorga a un interés, nunca en el interés mismo.

La crítica kelseniana no se propone un embate total contra el concepto de Derecho Subjetivo. Se encamina solamente a establecer una noción neutra con poder descriptivo que pueda engarzarse a la secuencia de la *Teoría Pura*. La primera idea al respecto es que el concepto de derecho no puede obnubilar al de la obligación; ya que, normativamente, la categoría del deber precede a cualquier facultad otorgada en forma correlativa. El derecho subjetivo no puede explicarse al margen de la relación jurídica en la que se produce.⁹⁵ Dicho vínculo no es solamente un enlace entre sujetos; se trata de una relación mediada por una norma y definida objetivamente en su sentido por el derecho. El primer dato que se observa en el vínculo jurídico es que la norma define una obligación a cargo de alguno de los sujetos; una obligación que consiste en una prestación o en una abstención a favor del otro. Lo que la doctrina tradicional llama derecho subjetivo no es más que el revés de la obligación; dicho de otro modo, su *reflejo*. Desde la perspectiva deóntica de la norma, el sentido del derecho es idéntico al de la obligación; se trata de la misma realidad

cho privado desde el código de Napoleón hasta nuestros días" en *Las transformaciones del derecho* (trad. Carlos G. Posada), Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pp. 171-205.

⁹³ Kelsen, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 145-150.

⁹⁴ Kelsen, Hans, "Acerca de las fronteras...", en op. cit. (77), pp. 300-301.

⁹⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 174-176.

jurídica. Ahora bien, puede ser que el orden normativo confiera además al sujeto al que se refiere el derecho reflejo, la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación. Se trata, en este caso, de una habilitación distinta; aquí sí es posible, en términos kelsenianos, hablar de un derecho subjetivo en sentido técnico. El concepto que propone la *Teoría Pura* se integra, pues, con el derecho reflejo —es decir, con la obligación de un sujeto para con otro— y con la facultad que surge a favor del beneficiario para poder ejercitar el derecho de acción, exigiendo el cumplimiento por la vía coactiva.⁹⁶

El hecho de que Kelsen mueva el concepto de Derecho Subjetivo al plano de la relación y luego lo traslade al ámbito procesal del derecho de acción, favorece, en efecto, la visión integral del orden jurídico y la neutralidad de la descripción. ¡Qué va del concepto ideológico que define al derecho subjetivo como prerrogativa natural de la persona, a esta concepción genuinamente técnica que rectifica la dogmática eliminando de ella elementos superfluos a la operación normativa! Kelsen no paró en el rescate técnico de la noción de derecho subjetivo; como el mejor de los sociólogos fue también contra el carácter ideológico de la institución en su sentido tradicional. Denunció el carácter interesado de la concepción ortodoxa y puso de manifiesto su carácter "burgués". Según la crítica kelseniana, la noción de derecho subjetivo fue producto de la extrapolación de la estructura del derecho de propiedad a las otras vertientes de intereses jurídicamente regulados.⁹⁷ De ello se hablará a continuación.

4.2. *La propiedad: un modelo exportable*

Los derechos personales y los derechos reales a los que se refiere la teoría jurídica tradicional no representan para Kelsen una dualidad genuina: todos son, en consecuencia, *ius in personam*; aun los llamados derechos reales concretan "la conducta de un individuo en relación con una cosa determinada, conducta que todos los demás individuos están obligados a aceptar pasivamente del primero".⁹⁸ Con toda claridad se expresa en la *Teoría Pura* que la propiedad no es un atributo jurídico que interese sólo al titular del derecho, sino que se trata de una auténtica relación entre el sujeto propietario y los

⁹⁶ *Loc. cit.*

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 143-149.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 143.

que no lo son. El vínculo jurídico funciona en este caso como mandato excluyente para todos los que no se encuentran facultados por la norma para realizar acciones sobre un determinado bien. Pero la fórmula del derecho subjetivo tiende un manto de ocultamiento que desvanece la imagen excluyente del derecho. Todo el énfasis descriptivo se carga hacia la caracterización de las facultades del propietario y, en consecuencia, oscurece parcialmente la obligación *erga omnes* que garantiza el aprovechamiento privado de los bienes apropiables. Invertiendo los términos de la imagen, Kelsen afirma: "El dominio [del propietario] no es jurídicamente más que el reflejo de la exclusión de los otros".⁹⁹

El carácter ideológico de la construcción dogmática en torno al derecho subjetivo consiste en la fetichización de la relación jurídica. En todo el sector de los llamados derechos reales, la doctrina tradicional presenta el vínculo jurídico protagonizado por el sujeto y la cosa. Esta representación doctrinaria deja fuera del campo visual de lo jurídico el carácter obligatorio de la relación que se establece entre el titular del derecho y los sujetos no propietarios. Las cosas no se detienen allí: el modelo jurídico que concreta la acción reivindicatoria como poder de recuperar; o dicho en otros términos, como facultad de exigir el cumplimiento de la obligación universal de abstención que se impone a todos los sujetos excluidos de la propiedad, se hipostasia sobre todo el campo de las relaciones jurídicas "privadas". Kelsen advierte con oportunidad que esta extrapolación tiene un carácter eminentemente histórico y, por tanto, contingente. No es sustancial al derecho, ya que sólo se produce en el marco específico del capitalismo.¹⁰⁰ El enunciado técnico de esta forma de protección al interés privado puede describirse así: se trata de un facultamiento del orden jurídico al beneficiario de un derecho que refleja una obligación correlativa definida a su favor; dicho facultamiento le permite, además, reclamar judicialmente la ejecución forzosa al sujeto que incumple con la prestación o la omisión que debe, a su vez, al sujeto facultado. Muy difícilmente un sociólogo "voluntario" del derecho hubiera podido proporcionar una mejor caracterización de las relaciones de propiedad en las sociedades occidentales contemporáneas.¹⁰¹ Aunque hubiese

⁹⁹ *Ibidem*, p. 144.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 148-149 y 181, y "El derecho como técnica..." en *op. cit.* (81), p. 172.

¹⁰¹ Cfr. AZUELA, Arturo, *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, México, Ed. Colmex, 1989, pp. 203-230.

sido sin proponérselo, Kelsen alumbró con gran precisión el sentido del carácter social que guarda el tipo jurídico de la propiedad; la presentó impecablemente como tipo ideal, en el significado que se otorga a esta categoría dentro de la sociología comprensiva. Asimismo, puso en claro el carácter histórico del patrón jurídico que encierra la propiedad privada y, también, demostró con argumentos convincentes el carácter expansivo del modelo y su extrapolación técnica a todo el espectro de las relaciones privadas. Kelsen consiguió una doble conquista: fue capaz de efectuar la depuración de la categoría del derecho subjetivo —al reutilizarla y convertirla en una pieza funcional para su teoría— y, simultáneamente, de revelar algunos de los secretos constructivos de la dogmática jurídica burguesa. En tanto ciencia del derecho, la *Teoría Pura* logró encontrar la estricta dimensión técnica de la noción del derecho subjetivo y, en tanto sociología involuntaria, perfiló la crítica de una de las categorías más importantes de la doctrina jurídica moderna. La argumentación kelseniana fue todavía más rotunda: dejó perfectamente sentado que el modelo de los derechos privados tiene un claro valor político. Por ser ejemplar la tesis es preferible su transcripción literal:

El carácter político de los derechos privados revélase de manera mucho más patente cuando se advierte que el otorgamiento de tales derechos a los individuos es la técnica jurídica específica del derecho civil, y que este último es la técnica jurídica específica del capitalismo privado, *que es, al mismo tiempo, un sistema político*.¹⁰²

Una ciencia jurídica con propósitos *realistas* no hubiera aventajado en nada la precisión de este enunciado. La caracterización de las relaciones entre el derecho, el mercado y el régimen político del Estado Moderno, es impecable. Este juego de conceptos corresponde a la fórmula ideológica que vincula Derecho Natural, Capitalismo y Democracia. No está lejos este aserto kelseniano del señalamiento que hace el marxismo del carácter de clase que contiene el derecho moderno. Tampoco se encuentra distante de la tesis weberiana, según la cual el modelo de dominación racional deviene en una técnica específica de control a través del arbitraje jurídico de las relaciones del mercado.¹⁰³

¹⁰² KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), p. 105.

¹⁰³ WEBER, Max, *op. cit.* (64), p. 533.

4.3. *El sujeto ensombrecido por la norma*

Otro impacto crítico contundente que se apunta la teoría kelseniana es el que dirigió contra la noción tradicional del sujeto de derecho. Al respecto, quizá lo más impresionante sea la condición de categoría prescindible que otorga al sujeto. No es la persona la que confiere sentido a la norma, sino esta última la que define conductas relevantes; la que impone obligaciones a cargo de los sujetos o la que faculta para generar o aplicar el derecho. El agente sólo cuenta en la medida en que su conducta se encuentra hipotéticamente descrita en el enunciado normativo, o en tanto su comportamiento es determinable por el sentido de una obligación prescrita por el derecho. El sujeto, así, es sólo ente de imputación, pero jamás una realidad distinta del derecho.¹⁰⁴ En esta tesis se opera una especie de venganza del predicado que subordina al sujeto y, también, un afianzamiento de la norma como *tipo ideal* de conducta.¹⁰⁵ Lo que resulta relevante esclarecer es si esta mistificación del sujeto, es realizada por Kelsen sólo como ejercicio teórico, o si efectivamente se produce así en el derecho moderno y, entonces, las propuestas kelsenianas devendrían descripción precisa de un proceso de idealización de la realidad, consustancial al fenómeno jurídico. Cualquiera que sea la respuesta, es un hecho que la dogmática jurídica tradicional no consignó la "normativización" del sujeto como un proceso visible; por el contrario, se concretó a afianzar la existencia extrajurídica de la persona y a sobreponer su condición moral al nivel contingente del derecho positivo.

También con respecto al sujeto, el señalamiento crítico de Kelsen fue certero. En la *Teoría Pura* se asienta que la prioridad otorgada al sujeto jurídico por parte de la doctrina jurídica tradicional tiene signo ideológico. En este caso la parte de la realidad que se obnubila es la falta de confianza que existe en el derecho positivo, por la accidentalidad de sus normas. La perennidad de las normas vigentes es una aspiración desproporcionada. El derecho cambia con las circunstancias, debe adecuarse a los derroteros concretos de la vida de relación, a riesgo de perder la eficacia y de aislarse de la experiencia social. Sin embargo, los intereses burgueses no se conforman con el carácter efímero de las normas que los garantizan; en consecuencia,

¹⁰⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general...*, op. cit. (2), pp. 112-113, y *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 178-179.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 38.

los teóricos modernos se vieron compelidos a situar los atributos naturales de la persona —entre ellos, la propiedad— en un plano superior al derecho; en un ámbito donde la intangibilidad del interés protegido se impusiera a la fragilidad de las normas. Así, la persona —su razón— deviene lo *nouménico* y el derecho —su historicidad—, lo *fenoménico*.

Kelsen subrayó como ningún jurista la visión intencionada que sustenta la interconexión de las categorías modernas: libertad, voluntad y persona, con el interés concreto de la propiedad. De hecho, hizo visible el nexo ideológico que representa a los derechos patrimoniales como cauce práctico de la libertad, y al derecho, en consecuencia, como garantía exterior del interés privado. No es lógico pensar que Kelsen haya enarbolado su crítica con una inclinación anticapitalista; su cometido consistió más bien en desplazar la axiología burguesa como fundamento cognoscitivo del derecho moderno. La *Teoría Pura* se responsabilizó de proscribir los valores como cauces de cualquier explicación racional y, en cambio, propuso apoyar el conocimiento del derecho en su naturaleza prescriptiva y sistemática. La identificación de la especificidad técnica del derecho fue otorgada como salvoconducto para preservar la neutralidad y la certeza. Aun a costa de sus exclusivismos cognoscitivos, Kelsen esbozó un camino crítico que benefició indudablemente a la teoría social, al remover algunas de las capas dogmáticas e ideológicas acumuladas sobre las categorías jurídicas del derecho privado.¹⁰⁶

Desde el punto de vista teórico, la oferta kelseniana presentó un sujeto de derecho como personificación de la unidad de los derechos y obligaciones que corresponden a un determinado agente jurídico; con ello subrayó la interpelación abstracta que realizan los códigos racionalistas a sus destinatarios. Y aquí surge otra vez la cuestión que habíamos esbozado: acaso la subsunción del sujeto en la norma es un capricho cognoscitivo de la teoría kelseniana, o bien corresponde efectivamente al trato que proporciona el derecho moderno a los sujetos sociales. La respuesta parece más bien inclinarse hacia la segunda alternativa.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 81.

5. La juridización del Estado

5.1. El fenómeno del orden

La vida social fuerza a ser descrita como un orden de convivencia. No se explica la interacción en los grupos humanos sino en tanto fenómeno regulado. Kelsen, con esa avidez semántica que confiere a sus conceptos y a partir de la cual disuelve unos en otros, afirma que la sociedad es orden; aún más: orden regulado. En este sentido, su visión del proceso social es muy similar a la de Durkheim, quien también ubica los elementos normativos como los verdaderos nexos integradores de la vida en común.

En el pensamiento de Kelsen se produce una hipóstasis seriada que puede enunciarse así: los conceptos de comunidad, sociedad y Estado corresponden todos al sentido de la categoría de orden regulado; es decir, al derecho. Todo fenómeno social se disuelve en el ámbito pantanoso de lo jurídico. La *Teoría Pura* constituye un abuso gnoseológico de los datos normativos porque, so pretexto de reconocer las peculiaridades deónticas del derecho, termina por asimilar la realidad, atribuyendo un sentido jurídico a todas sus vertientes. Veamos algunos ejemplos: "comunidad es el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos";¹⁰⁷ "la sociedad es una convivencia ordenada o, más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos"¹⁰⁸ y, también, "El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico [...]. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca".¹⁰⁹ Los anteriores pasajes demuestran con claridad que, en la teoría kelseniana, la visión normativa de la realidad queda sobrepuesta a cualquier otro enfoque. En este sentido, aunque la *Teoría Pura* deviene en crítica de la doctrina jurídica tradicional, a fin de cuentas, culmina también en una visión dogmática que ofrece cauces de elaboración, por cuyos medios los hechos sociales sólo pueden ser reconducidos a la perspectiva del derecho. Con mucha claridad Jesús Ignacio Martínez descubre este tipo de proceso: "Los hechos con los que trabaja el derecho acababan por ser internos al mismo derecho, son hechos ya seleccionados,

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 161.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans, "El derecho como técnica..." en *op. cit.* (81), p. 152.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), p. 217.

filtrados y tratados por el derecho que, por tanto, forman parte de su mundo".¹¹⁰

Si se confiere otro enfoque al asunto expuesto y se observa la realidad social desde la perspectiva del orden, independientemente de las peculiaridades normativas del derecho, es el proceso de jerarquización y de asignación de funciones a los agentes sociales el que representa la referencia nuclear de la tesis kelseniana. La *Teoría Pura* exterioriza el fulgor de los datos jurídicos pero, al mismo tiempo, desarrolla un proceso de juridización de la realidad apoyada en una concepción sociológica del orden; así ésta se encuentre relativamente soterrada en el discurso de Kelsen. La médula semántica que concreta el concepto sociológico de orden garantiza que los pasajes de la *Teoría Pura* puedan transportarse fácilmente a la teoría social. Sin la contraseña que ofrece a Kelsen el presupuesto del orden, sus tesis estarían condenadas a volatilizarse —como sucede con la mayoría de las explicaciones jurídicas— antes de tocar el ámbito de la teoría social. Sin embargo, ensombrecido y todo, este rasgo realista del pensamiento kelseniano mantiene a la *Teoría Pura* dentro de un área permanente de interés y actualidad.

Lo específicamente jurídico del fenómeno del orden es el carácter coactivo que encierran las normas del derecho. Técnicamente la coacción consiste en ligar una sanción como consecuencia a una determinada conducta, como condición. Desde una perspectiva fáctica, estamos frente a una forma particular de ejercicio de la fuerza, mediante la cual la violencia se utiliza como recurso para la motivación de ciertos sentidos de conducta.¹¹¹ El meollo de la coacción es su vocación inductiva: la forma en que proyecta la conducta humana en una dirección previamente determinada por la comunidad a través de las leyes. Como técnica de control social, el derecho confiere estabilidad al orden; pero no sólo se dispara como directriz sobre la realidad social, sino que también regula su propia coherencia y su producción. Del orden interno del derecho —considerado como sistema— proceden sus aportaciones a la previsibilidad de la vida social. La consistencia intrasistemática deviene en factor de racionalización para la convivencia. La idea objetiva de lo debido es el verdadero parteaguas del derecho. Cualquier intento por subjetivizar el discurso jurídico debilita el criterio de validez que funge como articulador principal del carácter

¹¹⁰ MARTÍNEZ, Jesús I., *op. cit.* (27), p. 91.

¹¹¹ KELSEN, Hans, "El Derecho como técnica..." en *op. cit.* (81), pp. 158 a 161.

prescriptivo del derecho. Por eso, el orden normativo debe mantenerse a salvo de las directrices arbitrarias que emanan de los excesos subjetivos de los agentes sociales.

El orden jurídico es también una forma de positivizar y jerarquizar valores. Aunque para Kelsen, el proceso de valoración no es relevante técnicamente, no descuida el correcto esclarecimiento de la función axiológica en el orden normativo. Los valores que fija el derecho proceden de una voluntad prescriptiva de la comunidad que se expresa a través de los distintos actos de creación jurídica. En palabras de Kelsen, "La norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico";¹¹² como sistema de calificación de la conducta, redondearía Bobbio.¹¹³ La discriminación entre lo lícito y lo ilícito implica desplegar los valores positivizados por las normas para evaluar las conductas reales. La calificación, cuando se apoya en un medio coactivo, se convierte también en un factor de control. Así es justamente como el derecho deriva en técnica de encauzamiento dentro del marco de los lineamientos éticos y políticos, positivizados por las normas.

5.2. Sobre la Razón de Estado

Entre los tópicos más llamativos de la obra de Kelsen se cuenta, desde luego, el de la identificación del Estado con el derecho; o mejor dicho, el de su refundición en los derroteros normativos. Entre los aspectos de esta tesis interesa destacar puntualmente los siguientes argumentos:

Primero: En tanto orden coactivo, el derecho implica una determinada organización de la fuerza. El derecho moderno conlleva un proceso centralizador, en virtud del cual se focaliza el ejercicio de la violencia y se encauza según el sentido objetivo de las normas.¹¹⁴

Segundo: La naturaleza coactiva del derecho supone que la fuerza radica en el mismo carácter de la norma. No se trata de una realidad ajena al derecho: es violencia juridizada; es decir, sujeta a controles racionales.¹¹⁵

Tercero: El Estado es una organización política que no difiere del orden jurídico. Los órganos del orden normativo desarrollan y aplican

¹¹² KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 30.

¹¹³ BOBBIO, Norberto, *Contribución...*, op. cit. (7), p. 132.

¹¹⁴ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 49 y 50.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 46 y 57.

el sistema. En algunas circunstancias, se trata de órganos especializados que operan de acuerdo a una determinada división de trabajo, pero en todo caso son núcleos reproductores que funcionan bajo la unidad y coherencia del sistema jurídico.¹¹⁶

Cuarto: Existe un aparato burocrático que encuadra a los funcionarios del Estado; es decir, a los operadores de la función de gobierno en sentido estricto. A este aparato se atribuye la representación de la comunidad y la personificación del orden jurídico. Resalta también la presencia de un órgano legislativo y de otro judicial; en ambos casos, la función especializada que desarrollan es de creación y aplicación del derecho. No hay en los tres tipos de órganos públicos alguna actividad que no corresponda a un rol jurídico; no se trata, por tanto, de brazos ejecutores del Estado; son en realidad centros nerviosos del orden jurídico, en el que radica el sentido del orden social.¹¹⁷ Según Kelsen —cabe recordar— el derecho es la sociedad, vista como fenómeno de coexistencia regulada.

Quinto: Lo que para la doctrina jurídica tradicional son formas de Estado, desde el punto de vista del orden jurídico resultan modos específicos de producción de normas.¹¹⁸ Así, la autocracia se caracteriza por cerrar cualquier tipo de integración plural a la "voluntad" estatal; en este caso, el contenido del orden jurídico es resuelto de manera vertical por quien detenta el gobierno. Por el contrario, una democracia consiste en el procedimiento permanente de construcción del consenso social para definir el sentido del orden legal.¹¹⁹

Uno de los aspectos peor resueltos en la teoría kelseniana es la relación entre Derecho y Poder. En el fondo de esta dicotomía radica otra, a la que tampoco Kelsen pudo conferir una respuesta satisfactoria; me refiero al vínculo que establece entre Validez y Eficacia. En las tesis kelsenianas el poder es simplemente la eficacia del derecho; no puede hablarse de "un poder detrás del derecho" porque ello llevaría a establecer la existencia de dos realidades distintas y, como Kelsen sentenció, "el dualismo de Derecho y Estado es una superstición animista".¹²⁰ Pero más allá del efecto retórico de dicha aserción, la verdad es que el autor de la *Teoría Pura* no logra esclarecer cómo

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 162-164.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 299-303.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 285.

¹¹⁹ KELSEN, Hans, "El problema del parlamentarismo" en *Escritos sobre la democracia...*, op. cit. (72), p. 86.

¹²⁰ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 219-225.

un hecho —porque tal es la naturaleza de la fuerza— puede mantenerse en su explicación simplemente como una cualidad de las normas. Si el poder es lo que el derecho organiza, necesariamente entraña una realidad distinta, a no ser que, como Kelsen supone, al quedar regulado, diluya su naturaleza específica en el carácter coactivo de las normas. La incorporación del hecho de la fuerza a las explicaciones jurídicas genera ambigüedades en la *Teoría Pura* pero, por otra parte, esta integración furtiva proporciona al pensamiento kelseniano la conexión necesaria con la realidad. Según Kelsen, el interés de la teoría burguesa por mantener disociados Estado y Derecho obedece a un *desideratum* ideológico que consiste en mantener la posibilidad de justificar la existencia del Estado —en cuanto realidad política— desde la dimensión jurídica: el derecho se convierte en la justificación por excelencia del Estado.¹²¹ Lo condenable para Kelsen es el uso que pueda hacerse del derecho como discurso político, ya que la sobreponderación de sus elementos valorativos relativiza sus alcances técnicos. En todo caso, Kelsen reconoce que el Derecho tiene una naturaleza instrumental para los regímenes políticos; sin embargo, no es este tipo de función la que debe proporcionar las claves explicativas del fenómeno jurídico. Como se afirma hasta la saciedad en la *Teoría Pura*, el camino correcto para abordar el derecho es la perspectiva estructural y normativa.

5.3. *El Derecho es orden: ni público, ni privado*

La división del espacio social entre un ámbito público y otro privado, es una referencia principal para la cultura institucional del mundo moderno. La idea que anima la construcción del Estado de Derecho obedece, en buena medida, a la intención de mantener el espacio privado libre de injerencias públicas. Gran parte de los controles jurídicos existen precisamente para preservar la dimensión del individuo como una zona exclusiva. El Estado corporativo del Antiguo Régimen fue identificado como la antítesis de la cultura jurídica moderna: su presencia, desparramada sobre el conjunto social; su injerencia, imprevista e inhibitoria de los impulsos privados: todo fue objeto de condena implacable y, consecuentemente, de remedio cuidadoso a través de las instituciones jurídicas de inspiración liberal. Pero más allá del discurso, hay dos datos históricos que colaboraron a reforzar

¹²¹ *Ibidem*, pp. 289-291.

la imagen de la bipartición del espacio social: la especialización y la profesionalización de la función de gobierno, por una parte, y el surgimiento del mercado como verdadero codificador de las experiencias privadas, por la otra. No obstante la aparente claridad de la escisión entre lo público y lo privado, se han producido esfuerzos críticos dentro de la teoría social que insisten en mantener los procesos sociales en una línea de continuidad. Si las explicaciones aceptan acríticamente el corte, se arriesgan a perder el sentido unitario del proceso de construcción de orden. Según este punto de vista, pese a su imagen bipartida, la vida social conserva una coherencia unitaria que la teoría debe encargarse de mostrar.

Kelsen arremete contra la doctrina tradicional que asimila y fomenta la división del derecho entre lo público y lo privado. Señala con mucha agudeza que la consideración del derecho público, como un ámbito de normas relativamente más laxas que las del derecho privado, tiene como intención liberar en alguna medida el ejercicio discrecional de los órganos públicos constituidos. La función ideológica de esta dicotomía estriba, justamente, en permitir el flujo político del interés del Estado por encima de los controles jurídicos estrictos.¹²²

Si se ubican correctamente las cosas, la división de los ámbitos del derecho no tiene relevancia, su existencia obedece a un tenor metajurídico porque técnicamente se trata sólo de formas de producción normativa. El espacio privado se encuentra denominado por la lógica del negocio contractual; el espacio público responde al perfil vertical de la ley de los órdenes administrativos o judiciales. Bien comprendida, esta cuestión lleva a afirmar que el orden jurídico se auto-produce en una forma escalonada que va de la constitución a las normas individuales; en ese proceso, cualquier sujeto al que una norma válida de alcance general capacita para emitir una norma individual, deviene en órgano del sistema jurídico. A pesar de que la división del trabajo especifica la función de gobierno y coloca a los miembros de su cuadro administrativo como funcionarios, a los miembros del Congreso como legisladores y, finalmente, a los integrantes del Poder Judicial como jueces, la función de todos estos sujetos no varía sustancialmente de la que realizan los agentes privados cuando actúan en la creación o en la aplicación de las normas individuales. Tanto unos como otros son órganos del orden jurídico.¹²³

¹²² *Ibidem*, pp. 287-289.

¹²³ *Ibidem*, pp. 232-234 y 161-168.

Presentar el proceso de construcción de orden de una sociedad sin fracturar los espacios de acción de sus agentes, permite una visión acorde con las teorías sociológicas del control social y acaba, de una vez, con el mito de una acción individual desgravada del interés general. Kelsen, al enfrentar críticamente la dicotomía público-privado, dio un paso decisivo para explicar la artificialidad del derecho, patente en la escisión de los principios jurídicos que se aplican a cada uno de los espacios sociales divididos. Contrariamente a lo que propone la doctrina tradicional, Kelsen no reconoce en el derecho una función exclusiva de autocontención de los poderes constituidos al ámbito de los espacios públicos; su intención, en cambio, se dirige a demostrar que el orden social es unitario y que se manifiesta sin cortes desde las referencias más abstractas que se expresan en las instituciones sociales, hasta las circunstancias peculiares que se presentan en la cotidianidad de la vida en común. Así, la división social del trabajo sólo tiene un efecto relativo en las funciones de producción y aplicación del derecho, ya que éstas pueden corresponder a los sujetos no comprometidos con los poderes públicos. Es el orden jurídico el que ubica la forma de participación de los órganos del derecho en su autoproducción, y no los sujetos sociales los que determinan la generación de las normas.

Una omisión en la *Teoría Pura* que no puede escapar al análisis es la que se evidencia cuando recordamos que no existe una tesis compensatoria que explique cómo la creación descentralizada de normas jurídicas supone también una determinada distribución del poder entre los agentes sociales productores. Kelsen pudo haber llegado a esta conclusión a través de la *poliarquía*, tal como fue propuesta recientemente por Robert Dahl.¹²⁴ Ello hubiera implicado un abandono inexorable de la sociología weberiana, por lo que toca a la tesis del "monopolio legítimo de la violencia" que radica invariablemente en el Estado.¹²⁵ Pero este punto de vista es, obviamente, una mera especulación.

¹²⁴ DAHL, Robert, *La poliarquía. Participación y oposición* (trad. Julia Moreno), Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp. 41-45.

¹²⁵ WEBER, Max, *op. cit.* (64), pp. 1056-1060.

5.4. *El Pragmatismo de la norma básica*

Son muy conocidos los argumentos kelsenianos sobre la norma fundante para ocuparnos de ellos con detalle. Sólo como referencia conviene tener en cuenta los siguientes razonamientos:

Primero: Si se concibe al derecho sólo como un sistema de normas, el fundamento de validez del orden jurídico tiene que situarse también en una norma. En virtud de que una cadena de remisiones jerárquicas conduce siempre a la Constitución, debe suponerse que en el fundamento de ésta existe una hipótesis básica o norma fundante, a partir de la cual el orden jurídico apoya su validez.¹²⁶

Segundo: La norma fundante no tiene contenido arbitrario; se refiere específicamente a la Constitución histórica que soporta.¹²⁷ La norma fundante regula el hecho instaurador del derecho; es decir, atribuye la presunción favorable a la Carta Constitucional de que sus artículos fueron promulgados de conformidad con una norma válida y emitidos por una autoridad debidamente facultada.

Tercero: La norma fundante aporta cohesión al orden jurídico, pues supone la pertenencia de las normas a un sistema unitario. La unidad del derecho, por otra parte, no se refiere a una secuencia de contenidos semánticos concordantes, sino a un modo específico de producción normativa. La norma básica no positiviza valores, sino que confiere legitimidad a los cauces de autoproducción del sistema jurídico.¹²⁸

Al no ser una norma impuesta y al tratarse de un supuesto lógico-transcendental, la hipótesis básica parecería tomar su lugar muy lejos de los hechos; sin embargo, su existencia no soporta sólo la coherencia sistemática del orden normativo, sino también la validez de los hechos productores; es decir, la legitimidad de los órganos que actúan en el proceso de creación y de aplicación del derecho. Queda claro que la norma fundante no alberga valores; resulta igualmente obvio que se trata de un mecanismo conceptual que precisa fincar la legitimidad de cualquier poder constituido, cuyo producto mediato sea un orden jurídico. Con la tesis de la norma fundante no se persigue atribuir virtudes morales a los gobiernos existentes, sino simplemente señalar que su legitimidad es un presupuesto necesario para explicar la eficacia del derecho, y ésta, a su vez, una condición del criterio de vali-

¹²⁶ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), p. 201.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 208 a 210.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 205 y 206.

dez normativa. En la medida en que la eficacia se trasmina hacia la validez, la norma fundante transcurre hacia la legitimación del poder, aunque el flujo ocurra en un sentido contrario. Fuera de la *Teoría Pura*, Kelsen reconoció que la Constitución en sentido positivo es también impacto de fuerzas políticas. Cuando la norma fundante apoya la validez de la Constitución legítima también su forma de creación; incluido el pacto de fuerzas que la da origen.¹²⁹

Lo destacable de la tesis kelseniana sobre la hipótesis básica es haber acreditado que cualquier orden jurídico requiere de un sustento lógico que no pueden aportar las normas positivas. Llámese Dios, Razón, Naturaleza, Fuerza o Norma fundante, la función legitimadora de la categoría básica es la misma. La opción kelseniana consistió simplemente en imaginar su fantasía dentro del mismo derecho.¹³⁰

Como en otros tópicos, en éste de la norma fundante básica, la *Teoría Pura* es reconducible a la sociología; no linealmente, claro, pero sí es posible establecer una conexión entre los aspectos de coherencia y de unidad del orden jurídico con las necesidades de legitimidad de un determinado régimen político. Kelsen no se preservó de que sus detractores hayan usado la tesis de la norma fundante básica para señalar que, en teoría, el establecimiento de esta tesis pudiera resultar funcional para la justificación de cualquier desaguisado político; sin embargo, no es el autor de la *Teoría Pura* quien ofrece justificaciones a los regímenes políticos, sino éstos los que invariablemente buscan las condiciones de legitimidad para estabilizar su hegemonía. Todo el proceso moderno de legitimación apunta hacia los procesos de tipo jurídico; Kelsen lo único que hizo fue constatar esta tendencia, sólo que su explicación fue de la norma a la exterioridad política y no al contrario, como es usual en la teoría sociológica.

CONSIDERACIÓN FINAL

En un intento de sintetizar, se puede decir que la teoría jurídica tiene muy escasas posibilidades expansivas cuando se proyecta fuera del margen de la dogmática. El sentido predominantemente utilitario de la práctica profesional del derecho es un escollo grande para la investigación independiente. Dicho en otros términos, la teoría no dogmática es una necesidad poco frecuente en los ambientes jurídicos. No obs-

¹²⁹ KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional..." en *op. cit.* (76), p. 115.

¹³⁰ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), pp. 201-202 y 230-232.

tante los límites indicados, existen esfuerzos críticos que en ocasiones desestabilizan los fundamentos dogmáticos. Sin embargo, estos intentos se realizan con empréstitos —conscientes o inconscientes— de otros campos teóricos, ajenos al derecho. Una reflexión no dogmática fácilmente deriva a la filosofía, a la sociología o a la ciencia política porque implica movimiento en el objeto de estudio. A pesar de que la realidad del derecho pueda ser la misma, los ángulos a resaltar varían. El derecho, como fenómeno social, interesa poco a la dogmática. La especialidad jurídica capacita para invertir el orden gnoseológico: propone a la realidad como producto de la norma y no al derecho como resultado de la acción social. El manejo técnico de los procesos jurídicos transcurre a nivel de una especie de "verdad formal", como afirman los procesalistas con una sinceridad rayana en la crudeza. Al menos, desde el punto de vista de la teoría social, el conocimiento no formal del derecho adquiere visos necesarios. Ojalá en los ambientes jurídicos se produzca la apertura necesaria para intentar una reflexión crítica de los distintos campos normativos. La credibilidad institucional depende de que los espacios jurídicos se ofrezcan como zonas tangibles al análisis realista.

El recorrido por algunos temas kelsenianos quiso ejemplificar cómo, incluso en el caso de un "jurista puro", la importación de elementos analíticos tuvo una importancia determinante en la fuerza de las explicaciones. Sin embargo, todos los datos realistas del pensamiento kelseniano son atributos vergonzantes para su autor. Queda claro que, cuando Kelsen tuvo que optar entre la coherencia formal de su sistema y la realidad de los fenómenos normativos, se decidió siempre por lo primero. Sin embargo, una lectura indiscreta de sus presupuestos sociológicos reverdece el valor gnoseológico de sus ideas en el plano de la teoría social. Ojalá esta forma de violentar los argumentos kelsenianos se convierta en un pretexto que conduzca a intensificar la polémica por el valor de la teoría en el campo jurídico.

En el presente estudio se analiza a uno de los más eminentes juristas de la época del porfiriato: don Pablo Macedo González Saravia, quien destacó por su variada actividad profesional, así como por el gran impulso que dio a la difusión de la cultura jurídica. Macedo fue: "Abogado, economista, empresario, político, diplomático, positivista, diputado, profesor, agente financiero, 'científico' y director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia..."¹ Además, tuvo un gran interés por impulsar el desarrollo de la literatura jurídica tanto nacional como internacional; prueba de ello, fue su labor como difusor, editor, escritor y traductor, principalmente de obras jurídicas y leyes francesas, inglesas, americanas, españolas, e incluso, las alemanas, ya que en su época era indispensable dar a conocer los sistemas e instituciones de otros países, cuyos orígenes y organización política eran totalmente distintos a las nuestras.

Nuestro país se encontraba en pleno desarrollo y a medida que éste avanzaba en la senda de la civilización, aumentaba en consecuencia el número de necesidades y, por lo tanto, resultaba fundamental lanzarse a la conquista de la ciencia tratando de establecer principios unitarios. Tocaba, entonces, a los juristas mexicanos la elaboración

PABLO MACEDO Y LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA

Verónica HUERTA ORTIZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Su vida. 1. Datos biográficos. 2. Personalidad. 3. Actividad profesional. III. Producción bibliográfica. IV. Editor y difusor de la ciencia jurídica. V. Su labor como profesor y director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y su participación en el Plan de Estudios de 1907. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto analizar a uno de los más eminentes juristas de la época del porfiriato: don Pablo Macedo González Saravia, quien destacó por su variada actividad profesional, así como por el gran impulso que dio a la difusión de la cultura jurídica. Macedo fue: "Abogado, economista, empresario, político, diplomático, positivista, diputado, profesor, agente financiero, 'científico' y director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia..."¹ Además, tuvo un gran interés por impulsar el desarrollo de la literatura jurídica tanto nacional como internacional; prueba de ello, fue su labor como difusor, editor, escritor y traductor, principalmente de obras jurídicas y leyes francesas, inglesas, americanas, españolas, e incluso, las alemanas, ya que en su época era indispensable dar a conocer los sistemas e instituciones de otros países, cuyos orígenes y organización política eran totalmente distintos a las nuestras.

Nuestro país se encontraba en pleno desarrollo y a medida que éste avanzaba en la senda de la civilización, aumentaba en consecuencia el número de necesidades y, por lo tanto, resultaba fundamental lanzarse a la conquista de la ciencia tratando de establecer principios unitarios. Tocaba, entonces, a los juristas mexicanos la elaboración

¹ DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Pablo Macedo: Orden y abogacía en un Científico", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 12, año 12, México, Escuela Libre de Derecho, 1988, p. 19.

de las propias leyes con base en la realidad social imperante para obtener su operabilidad. Además, era necesario que sus conocimientos ilustraran a aquellos que apenas comenzaban los estudios de la ciencia del Derecho.

Macedo siguió la idea de Barreda relativa a que la evolución que había sufrido el país se debía a la emancipación mental del pueblo mexicano, como resultado inmediato del triunfo de la República,² teniendo como consecuencia la emancipación política, religiosa y científica. A partir de la República Restaurada realmente México empieza a estructurarse con elementos propios basados en el gran sentimiento nacionalista que predomina en la época, así como en los principios individualistas —origen de la sociedad— en donde los derechos individuales del hombre— están por encima de los derechos de la sociedad. Además, en ese periodo imperaba una actitud totalmente contraria a la que predominó en la época de la colonia, ya que se daba mucho mayor importancia al aspecto material, es decir, al desarrollo tanto político como económico a través de la *ciencia positiva*, que al aspecto espiritual, es decir, al predominio de la fe para lograr la unidad religiosa del Estado.

Macedo expresó en su ensayo sobre la "Evolución Mercantil" refiriéndose al periodo colonial que la "[...] agricultura, industria, comercio, ciencia positiva y, en una palabra, cuanto elemento es indispensable para constituir el bien material, sin el que es forzosamente transitorio y efímero el poderío político, nada significaban, ni había quién de estas cosas se cuidara: El triunfo de la fe, el brillo de las armas, y para realizar ambos fines, la concentración absoluta del poder en manos del rey, suprimiendo por completo toda iniciativa individual y ahogando todo el germen de la libertad política y económica, tales eran por aquel entonces, los ideales de la nación [...]"³

La filosofía positiva en México se consideró como un elemento necesario para dar contenido y método a la educación, la que a su vez sería el medio idóneo para alcanzar el progreso. Dicha corriente fue introducida al país por don Gabino Barreda, discípulo de Comte, con un fin meramente educativo. Sin embargo, ese positivismo tuvo una segunda fase de recepción, en su carácter eminentemente político, in-

² Vid. BARREDA, Gabino, *La educación positivista en México*, México, Editorial Porrúa, 1978 (Colección Sepan Cuántos..., núm. 335), pp. 281 y ss.

³ MACEDO, Pablo, *Tres monografías que dan una idea de una parte de la evolución económica de México. Evolución mercantil*, México, J. Ballezá y Cia., Sucesores Editores, 1905, p. 617.

corporando las ideas evolucionistas acerca del organismo social de Hebert Spencer, las de la supervivencia del más apto de Darwin; el concepto de libertad de Stuart Mill; la idea sobre la necesidad de la existencia de los seres superiores y de los inferiores y el apoyo de la ciencia a la política de Comte.

En esta segunda fase del Positivismo se instaura en México el régimen del Porfiriato sin que por esto puedan identificarse ambos. Porfirio Díaz es la causa. Los efectos serán el Porfirismo y el Positivismo. El Porfiriato como una época o etapa de gobierno y el Positivismo como una ideología de la clase burguesa que apoyó ese sistema en aquella etapa.

El Positivismo sólo vino a modificar el liberalismo sin destruirlo, por lo que podemos afirmar que no todo liberal fue positivista. Macedo fue un liberal bajo la influencia de la filosofía positiva y, además, uno de los miembros más destacados del grupo de los "Científicos", como se verá más adelante. Pero, al mismo tiempo, participó, al lado de Justo Sierra y de otros en el establecimiento de la dictadura de don Porfirio Díaz, basada en el concepto de tiranía honrada. La justificación y legitimidad del gobierno de Díaz se hizo con base en los hechos positivos, sobre un fondo común, de verdades, en favor de la identidad nacional y en la necesidad de formar una nueva clase social: la burguesía, la cual estaría encargada de dirigir las principales tareas de la nación.

En toda esta época predominó el tipo de abogado moderno descrito por Barreda, caracterizado por una vasta preparación, óptima para cubrir la triple función de administrar la justicia, de legislar y aconsejar al pueblo. La clase de los abogados sería quizás la más importante ya que se sentiría llamada a ser la rectora de la nación:

"Si se tiene presente que los abogados, en virtud de una práctica constante y sancionada por el uso, son los que están universalmente designados para influir y para tomar la principal parte en las decisiones de la política del país que de entre ellos, cuando no es de entre los militares, se sacan la totalidad de los gobernantes y autoridades de todo género, que en esa profesión se van a buscar siempre, con rarísimas excepciones, los ministros, diplomáticos, los encargados de negocios, y en fin, todos aquellos funcionarios que más trascendental influencia deban tener en el porvenir del país, cuyos destinos se ponen a cada momento en sus manos, haciéndolos depender de una cláusula, de convenio, de una ley o de una medida administrativa, se comprenderá cuán

importante sería que una carrera que ha venido a ser de hecho la puerta de las más importantes funciones políticas y sociales, se elevase realmente a la altura de los varios e importantísimos cargos que diariamente desempeñan los que la siguen.”⁴

Estas funciones se aplicarían plenamente en el porfiriato debido en gran parte a las necesidades surgidas en la búsqueda de un desarrollo científico, social y económico.

En el fondo, lo que Barreda pretendió hacer fue criticar el racionalismo jurídico, dogmático y formalista, seguido por los liberales jacobinos que pretendían crear un sistema de Derecho abstracto y sin tomar en cuenta la realidad social. Por ello, los liberales positivistas se preocuparon por aplicar el método positivo científico a la formación del Derecho, negando su base metafísica y buscando la verdad a través del análisis social según aquel método. Para la ciencia positiva, sólo será válido lo demostrable, lo verificable empíricamente. Ahora tocaba a la clase privilegiada de los abogados, a diferencia del clero y de la milicia, asumir el gran compromiso de establecer y justificar el orden y la paz para obtener el progreso por medio de esa ciencia.

Para los positivistas lo importante será sustituir los viejos principios jurídicos indiscutibles pero indemostrables por lo irrecusable de las leyes sociales, tomando en consideración que los hechos sociales no pueden ser siempre los mismos debido a los cambios y evolución de la propia sociedad. Dicha doctrina fue acogida por la Escuela Nacional de Jurisprudencia del Distrito Federal, fundada bajo el gobierno de don Benito Juárez en virtud de las reformas educativas propuestas por Gabino Barreda y según las normas previstas en la *Ley Orgánica de Instrucción Pública para el Distrito Federal* del 2 de diciembre de 1867. Desde luego la influencia de este establecimiento no fue inmediata, sino paulatina y siempre condicionada a las circunstancias que vivió el país.

II. SU VIDA

1. Datos biográficos

Pablo Macedo González Saravia nació en México el 17 de febrero de 1851 y murió en Madrid el 25 de diciembre de 1918. Sus padres fueron don Mariano Macedo y doña Concepción González Saravia.

⁴ BARREDA, *op. cit.*, p. 189.

Su padre perteneció al grupo de los políticos e intelectuales liberales favorables de la República. Su madre era de origen guatemalteco cuya ascendencia parece entroncaba con los reyes de Castilla. Sin embargo, Macedo no tuvo una infancia tranquila ni cómoda y menos aún después de la muerte de su padre.

Refiriéndose a su primera educación Macedo opinó que:

Tal vez por circunstancias de familia, mi instrucción primaria fue muy deficiente. En una pequeña propiedad rural de mi padre [...] y a donde por los azares de la turbulencia política [...] tuvo que retirarse de 1858 a 1861, mi santa madre me enseñó a leer en el silabario de San Miguel. De mi honrado padre recibí mis lecciones de escritura y gramática castellana y detalle singular que nunca olvidaré, las lágrimas que el estudio de esta abstrusa y ávida materia me arrancara siempre, sólo se secaban cuando me era permitido consagrarme a la aritmética y a las primeras nociones de álgebra, que fueron seguidas, en mi enseñanza doméstica, de un reconocimiento inicial de la lengua clásica de Horacio y Virgilio. A esto se limitó mi instrucción; y tengo para mí que poco más debe haberse enseñado a los niños de mi tiempo porque no recuerdo haberme sentido, en mis ulteriores estudios, muy inferior a muchos de mis discípulos, y probablemente no lo era, porque casi cada año conquisté el primer premio de mi clase.⁵

Estas palabras muestran una educación superficial y no formalizada en virtud de no haber asistido regularmente a la escuela debido a las circunstancias e inestabilidad que vivía el país. Asimismo, denotan su gran interés por las matemáticas y la aritmética en relación a la gramática, lo que se proyectaría más tarde en su afanosa actividad financiera, económica y bancaria. No obstante estas características de sus primeros estudios, Macedo destacó en sus estudios posteriores por su brillante dedicación y su gran inteligencia. En síntesis, se podría afirmar que Macedo fue uno más de los positivistas mexicanos que recibió el tipo de educación que precisamente vendría a reformar Barreda, basado en el viejo plan de estudios de Teodosio Lares.⁶

⁵ Pablo Macedo, citado por DE MARIA Y CAMPOS, Alfonso, “Porfirianos prominentes: Orígenes y años de juventud de ocho integrantes del grupo de los Científicos, 1846-1876”, *Historia Mexicana*, México, vol. XXXIV, núm. 4, núm. 136, abril-junio de 1985, p. 628.

⁶ Vid., ZEA, Leopoldo, *El positivismo en México. Nacimiento, apogeo y decadencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 185 y 186.

Tal vez por esto Macedo estuvo convencido de que el anhelo "Orden y Progreso" que alcanzó el país fue resultado de la obra educativa de Gabino Barreda.

Sus estudios superiores los inició en el Colegio de San Ildefonso de la ciudad de México en el año de 1862: "[...] allí hice mis estudios de latín, metafísica y moral, matemáticas hasta ecuaciones de 2º grado y geometría en el espacio, cronología, geografía y física; cursé Derecho en el mismo Colegio hasta fines de 1864".⁷ En este Colegio fueron condiscípulos de Macedo, Justo Sierra y Emilio Pardo Jr., con quienes más tarde realizaría varios trabajos jurídicos en común.

"En 1868 los continué en la Escuela N. de Jurisprudencia de esta Capital [...]. Hice mi práctica profesional en el ramo civil en el bufete del Sr. Lic. D. Manuel Cordero y en el ramo penal en el Juzgado 5º a cargo del Sr. Lic. D. Jesús Gaxiola. Obtuve siempre las primeras calificaciones y con frecuencia el premio de mi curso."⁸

Cabe señalar a este respecto que Macedo, presionado por la prematura muerte de su padre en 1869, cuando apenas tenía los 18 años y ser el mayor de sus hermanos, tuvo que enfrentarse a la realidad de ganar el sustento familiar, por lo que "[...] solicitó a la Cámara para ser habilitado como abogado a los 18 años, antes de la mayoría de edad".⁹

Macedo sustentó su examen profesional en México "[...] ante el Colegio de Abogados en enero de 1871 y en la Escuela Nacional de Jurisprudencia el 1º de febrero de 1871 siendo aprobado con la calificación de perfectamente bien, por unanimidad de mis cinco examinadores".¹⁰

Conforme a la *Ley Orgánica de Instrucción Pública* de 1867, para la expedición del título profesional se exigía acreditar los exámenes en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y concurrir a la Academia de Jurisprudencia del Colegio de Abogados, así como la práctica en

⁷ "Hoja de servicios de Pablo Macedo, director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y profesor de Economía Política en la misma Escuela de Jurisprudencia", *Archivo del personal académico de la UNAM*, Centro de Estudios de la Universidad, expediente 20736, UNAM, f. 1.

⁸ *Idem*, fs. 1 y 2.

⁹ DE MARIA Y CAMPOS, Alfonso, *op. cit.*, p. 629.

¹⁰ "Hoja de servicios...", f. 2. *Vid.* la "Lista cronológica de los abogados, escribanos y agentes de negocios, recibidos en la Escuela Especial de Jurisprudencia de esta Capital, desde su instalación hasta la fecha", *El Foro*, tomo II, núm. 76, 25 de abril de 1879, p. 303.

un bufete de abogado y en algún juzgado civil o criminal. No fue, sino hasta 1876, que se suprimieron los exámenes de Academia y de Noche Triste, por lo que Macedo hubo de sufrirlos.¹¹

2. Personalidad de Macedo

Hace 50 años, don Pablo Macedo y don Miguel Macedo eran considerados como espíritus fríos, rígidos, inaccesibles a la generosidad y a la ternura. Por supuesto, nadie ponía en duda su alta cultura ni su clarísima inteligencia. Tanto en la Escuela de Jurisprudencia, como en la crema social, solía plantearse la siguiente pregunta: ¿Cuál de los dos tiene más categoría mental? En los círculos políticos y sociales, se daba por hecho que don Pablo Macedo era superior.¹²

Macedo fue considerado, por algunos, como un hombre de gran moralidad y de enorme amplitud de espíritu que nunca frenó la jovialidad desbordante de los alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia cuando le correspondió dirigirla. Para otros, Macedo no fue sino uno más de los corifeos de la dictadura y del dictador que supo enriquecerse al amparo de ambos.

Físicamente, era de "[...] débil estructura corpórea, alto, delgadísimo; sin garbo, lento en el andar, parsimonioso, sólo animado por los ojos aseateadores y por la voz, la voz pausada, sin altibajos ni resonancias [...], pero siempre vigorosa y culta".¹³

Asimismo, fue considerado como "[...] uno de los más conspicuos e inteligentes sostenes de la vida jurídica y política de su tiempo, uno de los abogados más respetados y más escuchados de su época... Fue, desde joven, un adepto ferviente de la escuela positivista... toda su intelectualidad estaba asentada en aquellas enseñanzas... en política con el grupo llamado 'Científico', en economía política como maestro, en filosofía del derecho, en todas sus manifestaciones procuró traducir, siempre, el dictado de la razón escueta, aguda, preponderante".¹⁴

¹¹ *Vid.* MACEDO, Miguel S., "Los exámenes de Academia y de Noche Triste", *El Foro*, tomo VII, núm. 110, 16 de diciembre de 1876, p. 244.

¹² GARCÍA NARANJO, Nemesio, *Memorias García Naranjo. La vieja Escuela de Jurisprudencia*, Monterrey, Talleres de "El Porvenir", s/a, p. 142.

¹³ QUIJANO, Alejandro, "El licenciado Pablo Macedo", *Los Tribunales*, tomo I, núm. 3, 15 de enero de 1924, p. 78.

¹⁴ *Idem*, p. 79.

Macedo no sólo se preocupó por proyectar a los demás la necesidad de tener una vasta preparación para poder solucionar los problemas del país, sino que, en el interior de su vida profesional, también proyectó esa necesidad.

3. Su actividad profesional

No cabe duda que Macedo ejerció la triple función del abogado moderno regido por los principios de la ciencia positiva. Su actividad profesional fue inmensa y siempre supo combinar esa triple función con la docencia y con la difusión de la ciencia jurídica nacional, tanto como escritor, editor, promotor de la cultura o como miembro de alguna sociedad jurídica destacada de la época.

a) Administrador de la justicia y funcionario público.

Fue "Juez 3º menor suplente en esta Capital, en mayo y junio de 1870. De mediados de 1871 a 31 de diciembre de 1876, Secretario de Junta de Vigilancia de Cárceles de esta Capital. De 29 de noviembre de 1876 a 1º de febrero de 1877, Oficial 1º de la Secretaría de Gobernación. De 1º de febrero de 1877 a fines de 1879, Secretario de Gobierno del Distrito Federal. De fines de 1879 a septiembre de 1880, Oficial Mayor de la Secretaría de Gobernación".¹⁵

b) Legislador, jurista y consejero.

Con estas funciones el abogado Macedo ocupó los siguientes cargos: "De 1º de febrero de 1871 a fines del mismo año, desempeñé la secretaría de la Comisión que redactó el Código Penal. De fines de 1871 a noviembre de 1876 tuve a mi cargo la Secretaría de la Comisión encargada de redactar el Proyecto del Código de Procedimientos Penales. En fines de 1880, colaboré en la Secretaría de Justicia é Instrucción Pública á la revisión del Código de Procedimientos Civiles y á la redacción definitiva del de Procedimientos Penales. Pertencí en 1882 á la comisión nombrada por la Secretaría de Hacienda para formar un proyecto de la ley de bancos de emisión.

En noviembre de 1900 concurrí como Delegado del Gobierno mexicano, en unión del Sr. Lic. D. Justo Sierra, al Congreso Hispano-Americano de Madrid. En virtud del nombramiento de la Secretaría de Relaciones Exteriores, formó parte de la Delegación de México a la 2ª Conferencia Internacional Americana, que celebró sus sesiones en esta Capital de 22 de octubre de

¹⁵ "Hoja de servicios...", f. 4.

1901 a 31 de enero de 1902. De 22 de febrero de 1904 á 4 de febrero de 1905, por nombramiento de Secretaria de Hacienda y Crédito Público, pertencí á la Comisión que estuvo reunida en esta Capital para el estudio de la cuestión monetaria y el cambio internacional. Comisión que me hizo la honra de nombrarme su Presidente. Desde 1893 y salvo diez y seis meses que duró el viaje, que hice á Europa en principios de 1900, he pertenecido á las Juntas Directivas del Desagüe del Valle de México, de la del Saneamiento de la Ciudad de México y de la de Abastecimiento de aguas potables de la misma Ciudad, que aún funciona. Todas estas comisiones, con excepción de las tres primeras las he desempeñado gratuitamente [...]. Presidente del Ayuntamiento de Tlalpan (D.F.) durante los años de 1896 y 1898.¹⁶

Fue, además, diputado del Congreso de la Unión en varios periodos: de 1880 a 1882; 1892 a 1904 y 1906 a 1911. Intervino en la expedición de las leyes de terrenos baldíos, de libertad de profesiones y en la Ley Orgánica de Tribunales del Distrito Federal y Territorios de la Baja California, y en el "Plan de estudios de la carrera de abogado y de especialistas en ciencias jurídicas y sociales", entre otras. Presidió las comisiones de Hacienda y Presupuestos. Fue Presidente del Congreso en 1907 y 1910.

Macedo fue el jefe del despacho de abogados que llevó su nombre y abogado de la Compañía de Ferrocarriles del Distrito Federal. Co-fundador de la Compañía El Boleo, en Baja California, la mayor productora de cobre durante el porfiriato. Fue también consejero de numerosas empresas como La Mexican Light and Power, de capital anglo-canadiense; la Panamerican Co., americana, lo mismo que la Panamerican Railway Co., de la Compañía Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey, cuyo control compartían franceses, estadounidenses y mexicanos; de la Compañía Manufacturera El Buen Tono, tabacalera, de capital francés; de la Compañía de Luz y Fuerza de Pachuca, anglo-canadiense; de la Caja de Préstamos para fomento de la agricultura, y vicepresidente de la Compañía Bancaria de Fomento, ambas con capitales franceses y mexicanos mayoritarios.¹⁷

¹⁶ *Idem*, fs. 5 y 6.

¹⁷ Vid. BÁTIZ VÁZQUEZ, José A., "Pablo Macedo: Abogado e Historiador", inédito. Trabajo presentado para el Seminario sobre *Historiografía Mexicana del Siglo XIX*, que dirige el doctor Juan A. Ortega y Medina en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, agosto de 1988, ff. 7 y 8.

Políticamente, perteneció al grupo llamado de los "Científicos", el cual apoyaría decididamente al gobierno de Díaz desde su tercer periodo presidencial (1884-1888). Sus miembros se caracterizaron por el repudio a la metafísica y por el culto a la ciencia positiva. En su mayoría fueron burgueses criollos nacidos dentro de familias urbanas. Algunos, más políticos, otros, financieros y todos intelectuales y descreídos. Tendieron al enciclopedismo y evitaron la especialización. En lo particular Macedo "era tan firme en sus afectos y en sus compromisos políticos, que su fidelidad a D. Justo Benítez lo tuvo siempre alejado del general Díaz. Claro que don Porfirio lo estimaba no sólo por su valer intrínseco, sino por su consecuencia para sus convicciones y por su respeto a la palabra empeñada".¹⁸

III. PRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Pablo Macedo fue uno de los juristas del Porfiriato que más se destacó por el impulso dado al desarrollo de la ciencia jurídica nacional en el periodo. Su preocupación por la elaboración de textos jurídicos nacionales y por la enseñanza del Derecho fue evidente; por ello llegó a convocar a los grandes juristas de su época para que participaran en la difusión de las ideas jurídicas de la época a través de la elaboración de libros sin limitarse exclusivamente a la difusión de los principios generales del Derecho —considerados los mismos en todo el mundo— abarcasen la exposición y reflexión sobre la legislación positiva vigente en el país.

Existe la necesidad en México —opinó— de que "los jurisconsultos mexicanos ilustren con sus comentarios las leyes patrias que nadie mejor que ellos pueden comprender y aplicar, y es ciertamente, inexplicable la falta de obras nacionales que se ocupen de las exposiciones de nuestras leyes [...]",¹⁹ añadiendo que era "difícil de encontrar un motivo verdaderamente sólido y fundado que justifique la falta de textos nacionales [...]"²⁰ En el pasado inmediato las diversas modificaciones a la legislación y la inestabilidad política del país habían impedido llevar a cabo esa labor, pero ahora al imperar un am-

¹⁸ SALADO ÁLVAREZ, Victoriano, *Memorias I. Tiempo Viejo*, México, EDIAP, S. A., Edición y Distribución Ibero Americana de Publicaciones, 1946, p. 317.

¹⁹ MACEDO, Pablo, "Textos Nacionales", *El Foro*, tomo I, núm. 120, 24 de octubre de 1873, p. 469.

²⁰ *Ibidem*.

biente de paz y de orden se hacía posible emprender el análisis y el estudio de las diversas disposiciones legislativas nacionales.

Macedo hacía énfasis en que la clase de los abogados, por sus vastos conocimientos, era una clase notable, no obstante lo cual se preguntaba "¿Por qué, pues, ninguno de estos sabios nos ha legado los tesoros de su sabiduría y de su experiencia [...]?"²¹ Era necesario por lo mismo seguir el ejemplo de las universidades europeas, en las cuales los libros de texto se elaboraban por los mismos profesores, sin tener que limitarse a la explicación verbal de la diversa legislación. En esta tarea no sólo era importante la participación de los profesores, sino también la de la joven curia. "Porque permanecen —decía— en la inacción más injustificable y no cooperan con su contingente de inteligencia y de saber a la formación de la nueva jurisprudencia [...]"²² Lo verdaderamente importante era enriquecer los estudios del Derecho mexicano. En consecuencia, Macedo participaría en la promoción de la cultura jurídica por medio de la edición de libros, periódicos y revistas, así como en la publicación de diversos discursos o conferencias expuestas ante las sociedades jurídicas de las cuales llegó a ser miembro.

A. Libros

1. 1875. *Compendio de los derechos y obligaciones del hombre y del ciudadano*. Escrito por Pablo Macedo y Emilio Pardo Jr., Imprenta de Flores y Monsalve, México, 329 pp. Dicha obra fue utilizada como texto para la enseñanza del Derecho Constitucional y publicado con el objeto de servir de provecho a la clase obrera e industrial.²³ Obra de gran importancia, muy a tono con una época en la cual pre-

²¹ *Ibidem*.

²² MACEDO, Pablo, "Introducción", *El Foro*, tomo II, núm. 1, 1 de enero de 1874, p. 2.

²³ En 1928 salió una segunda edición de esta obra, aumentada con la moderna jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y arreglada a la Constitución vigente por Aurelio Campillo, Talleres Tipográficos, "La Económica", Jalapa, 236 pp. Cabe señalar que en su momento fue una de las primeras obras de Derecho Constitucional de la época y por lo mismo muy codiciada. En *El Foro*, en la Sección de Hechos Diversos se señaló que "La mayor parte de nuestros colegas de esta Capital al anunciar la publicación del 'Compendio de los derechos y obligaciones del hombre y del ciudadano' que por encargo del señor Aguilar escribimos, se han servido dedicarnos de lisonjeros, aunque inmerecidos elogios. Es esta la ocasión de darles las más expresivas gracias por su benevolencia [...]", *Vid.* en *El Foro*, tomo VI, núm. 60, 30 de marzo de 1987, p. 239.

valecía el principio del individualismo, en donde los derechos del hombre eran considerados mucho más importantes y por encima de los derechos sociales.

2. 1885. *La cuestión de los Bancos*, escrita con Indalecio Sánchez Gavito, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, Primera parte, 209 pp.

3. 1890. *La cuestión de los Bancos*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, Segunda parte, 170 pp.

Ambas analizan distintas cuestiones relativas al surgimiento de la Banca en México: su organización, funcionamiento y el tipo de operaciones que realizaban. Macedo intervino en su elaboración cuando era uno de los abogados fundadores del Banco Nacional de México.

4. 1901. *México. Su evolución social*, J. Ballescá y Cía., México, dos tomos, tres volúmenes. En esta magna obra Macedo publicó tres ensayos: "Evolución Mercantil", "Comunicaciones y Obras Públicas", "La Hacienda Pública". Esta obra fue coordinada por Justo Sierra como director literario. Además participaron grandes juristas de la época como: Miguel S. Macedo, Jorge Vera y Estañol y el propio Justo Sierra, entre otros.

5. 1905. *Tres Monografías que dan una idea de una parte de la evolución económica de México. Evolución Mercantil, Comunicaciones y Obras Públicas. La Hacienda Pública*, J. Ballescá y Cía., Sucesores, Editores, 617 pp. Reimpresión de los ensayos anteriores.²⁴

Esta obra fue escrita con el objeto de repasar en forma metódica la evolución económica del país desde el virreinato hasta el séptimo periodo presidencial de don Porfirio Díaz (1900-1904). En ella, afirmó que no obstante todas las vicisitudes por las que había pasado nuestro país, había logrado finalmente una paulatina evolución, asegurando que era a partir de la emancipación mental cuando comenzó el progreso social.

B. Revistas y publicaciones periódicas

1. 1874. *Diccionario de Derecho y Administración*. Dirigido junto con Emilio Pardo Jr., Imprenta de los Editores y en la Librería Aguilar Ortiz, México. Introducción escrita por el distinguido abogado

²⁴ Macedo decidió reimprimirlas debido a que "ofrecerán algún interés para las personas que, por el carácter y condiciones materiales de aquella monumental obra de lujo no puedan consultarla fácilmente". Vid. *Tres monografías...*, p. 5.

mexicano don Manuel Ortiz de Montellano. Esta obra quedó incompleta ya que sólo salieron a la luz algunos pliegos. El 28 de noviembre de 1874 se les otorgó la propiedad literaria de la obra.²⁵

2. 1893. "La inamovilidad del Poder Judicial. (Iniciativa presentada a la Cámara de Diputados)". Iniciativa presentada cuando Macedo era miembro de la Cámara de Diputados en la sesión del 30 de octubre de 1893. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo II, año 1893 (julio-diciembre), Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, México, pp. 471-480.

3. 1893. "La inamovilidad del Poder Judicial". *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*, tomo X, año X, México, pp. 331-333.

4. 1873. "El juicio de amparo y la Leva", *El Foro*, tomo I, núm. 64, 17 de agosto, p. 249.

5. 1873. "Editorial. Textos Nacionales", *El Foro*, tomo I, núm. 120, 24 de octubre, p. 469.

6. 1874. "Avisos Generales. Diccionario de Derecho y Administración", *El Foro*, tomo II, núm. 18, 23 de enero, p. 72.

7. 1874. "El Colegio de Abogados", *El Foro*, tomo II, núms. 24 y 29, 30 de enero y 7 de febrero, pp. 89, 109 y 110.

8. 1874. "La Casación según la Jurisprudencia de la 1ª Sala del Tribunal Superior", escrito con Emilio Pardo Jr., *El Foro*, tomo II, núms. 47 a 52, 54, 55, 57 y 58, 1º de marzo y siguientes, pp. 181 y ss.

9. 1874. "El Proyecto de la Organización de los Tribunales", *El Foro*, tomo II, núms. 93 y 95, 24 de abril y 10 de mayo, pp. 365, 373 y 374.

10. 1874. "Apuntes sobre el Código de Procedimientos Criminales", *El Foro*, tomo II, núm. 97, 3 de mayo, pp. 381 y 382.

11. 1875. "Hechos Diversos... Universidad Libre...", *El Foro*, tomo IV, núm. 80, 9 de mayo, p. 319.

12. 1875. "La confesión judicial considerada como medida preparatoria del juicio ejecutivo", *El Foro*, tomo IV, núm. 106, 11 de junio, pp. 421 y 422.

13. 1875. "Bibliografía", *El Foro*, tomo V, núms. 63 y 64, 15 y 16 de septiembre, pp. 250 y ss.

14. 1876. "Hechos Diversos. Compendio de los derechos y obligaciones del hombre y del ciudadano...", *El Foro*, tomo VI, núm. 60, 30 de marzo, p. 239.

²⁵ Vid. CRUZADO, Manuel, *Bibliografía jurídica mexicana*, México, Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas, 1905, pp. 186 y 187.

15. 1904. "Alocución pronunciada por el Sr. Lic. D. Pablo Macedo, Director de la Escuela, en el acto de Inauguración de cursos", *Boletín de Instrucción Pública*, México, tomo II, núm. 3, 30 de marzo, pp. 233-239.

16. 1905. "La visita del C. Ministro de Instrucción a la Escuela de Jurisprudencia", *El Imparcial*, martes 25 de julio.

17. 1906. "Conferencia dada por el Sr. Lic. D. Pablo Macedo el día 1º de febrero de 1906", *Boletín de Instrucción Pública*, México, tomo V, pp. 893-906.

C. Leyes

Algunas de las leyes en que intervino Macedo fueron las siguientes:

1. *Código de Procedimientos Penales*. Una de las comisiones más notables para la elaboración de la legislación mexicana fue la designada por el Presidente Díaz en febrero de 1871; estuvo integrada por los distinguidos juristas Pablo Macedo, Luis Méndez, Manuel Dublán, José Linares y Manuel Ortiz de Montellano. Después de varias discusiones el Congreso de la Unión designó a dos de los juristas, Macedo y Dublán, para que en colaboración con el Secretario de Justicia, Alfonso Martínez, quedara ultimado el proyecto, el cual fue aprobado definitivamente el 15 de septiembre de 1880, entrando en vigor hasta el 1º de noviembre de 1880. Publicado en *Colección Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, por Manuel Dublán y José María Lozano, edición oficial, tomo XV, México, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublán y Cía., 1886, pp. 3-76.

2. *Ley Orgánica de Tribunales del Distrito Federal y Territorios de la Baja California*. La misma Comisión que elaboró el Código de Procedimientos Penales realizó el proyecto de esta Ley. Fue expedida bajo el gobierno de Díaz el 15 de septiembre de 1880. Publicada en la obra de *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, por Manuel Dublán y José María Lozano, edición oficial, tomo XIV, México, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublán y Cía., 1886, pp. 466-482.

3. *Plan de estudios de la carrera de abogado y de la de especialistas en ciencias jurídicas y sociales*, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, sábado 19 de enero de 1907, tomo LXXXVIII, número 17, pp. 258-263.

Es importante señalar que siendo Macedo un promotor de la cultura jurídica, no concretó su interés hacia la literatura jurídica nacional, sino que también abarcó la internacional, destacando su labor como traductor. Dado que el país se encontraba inmerso en el apogeo de las ideas "científicas", era indispensable el conocimiento de las obras más importantes de la época que de alguna manera fueron útiles a nuestra enciclopedia jurídica. Macedo recomendó la adquisición de algunas, en un artículo publicado en *El Foro*, bajo el título de "Bibliografía".²⁶ Tales obras fueron las siguientes:

1. *El Derecho Penal*, de don Luis Silvela, profesor de Derecho Mercantil y Penal en la Universidad de Madrid. Es una obra española basada en los principios y legislación vigente en España. Es un estudio filosófico que se preocupó más que por lo necesario, por la abstracción objetiva y subjetiva.

2. *Elements de Droit Civil Germanique consideres en eux-mêmes et dans Leus rapports avec la legislation française*, de Ernest Lehr, doctor en Derecho y profesor de Legislación Comparada en la Academia Laussana. Obra que se propone dar a conocer el Derecho Civil que rige en los distintos países de la raza alemana, comparando las instituciones francesas y alemanas.

Macedo recomendó la adquisición de esta obra ya que las leyes germánicas eran desconocidas por México.²⁷

3. *Boletín de la Sociedad Comparada de Legislación*, fundada en Francia. Macedo promovió la adquisición de algunas obras que se publicaban en dicho Boletín; por ejemplo *El Ritualismo en Inglaterra*, de M. Lebel. Este Boletín no sólo se concretó a publicar estudios jurídicos, sino que también publicó proyectos de ley o reformas a las mismas; por ejemplo, *El proyecto de la ley alemana sobre quiebras*, de M. de la Porte; *Sobre la ley de quiebras vigente en Canadá*, de M. Ribot.

IV. EDITOR Y DIFUSOR DE LA CIENCIA JURÍDICA

Macedo siempre se preocupó por enriquecer la literatura jurídica nacional. Debido a su espíritu financiero se dedicó a fundar y a administrar diferentes publicaciones para la mejor difusión de aquella, como libros, periódicos y revistas especializadas. Además fue miembro

²⁶ Vid. *El Foro*, tomo V, núms. 63 y 64, 15 y 16 de septiembre de 1875, pp. 250 y ss.

²⁷ *Idem*, p. 251.

de varias asociaciones jurídicas científicas establecidas en la época y cuyo objetivo primordial fue promover el desarrollo de la ciencia jurídica. Entre éstas, Macedo perteneció a las siguientes: "Sociedad Positiva de México, Sociedad Ignacio Ramírez, Sociedad Leopoldo Río de la Loza, Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, y Colegio de Abogados".²⁸ También perteneció a la Sociedad de Abogados cuyos objetivos fueron: "I. El estudio de las ciencias jurídicas; II. La enseñanza del derecho positivo mexicano; III. La propaganda de preceptos legales; IV. El examen de la jurisprudencia de los tribunales nacionales; V. La mutua protección; VI. La recreación honesta de los socios y de sus familias".²⁹ Dicha sociedad no tuvo fines políticos ni religiosos. Fue una sociedad científica, la cual realizó sus objetivos por medio de los siguientes órganos: la Conferencia de Abogados, las Comisiones Científicas y la Comisión Especial de redacción y estilo. Además tuvo un perfil docente ya que estableció academias prácticas para sus socios alumnos.³⁰ Algunos de sus socios dieron cursos en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y participaron en los exámenes de la misma. Las Comisiones Científicas que se crearon fueron de Derecho Constitucional, Civil, Penal, Comercial, Militar, Administrativo, Legislación Minera y, por último, de Literatura Forense, Macedo formó parte de la Comisión Científica de Derecho Civil y de la de Literatura Forense. Dichas Comisiones se reunían por medio de convocatorias en las que se señalaba el lugar y la hora, y se citaba a los miembros de cada Comisión, señalándoles el tema de estudio que debían exponer.³¹

Llegó a ser presidente, por aclamación, de la Sociedad de Estudios Sociales, fundada el 6 de enero de 1905 por profesores, alumnos y exalumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. El objetivo principal de dicha sociedad era estudiar las cuestiones filosóficas, económicas y jurídicas o de cualquier otra naturaleza, desde el punto de vista social.³²

²⁸ "Hoja de servicios...", f. 3.

²⁹ "Proyecto de estatutos de la Sociedad de Abogados", *El Foro*, tomo XXVIII, núms. 21 al 24, 21 de febrero de 1887, pp. 81 y ss.

³⁰ *Idem*, p. 81.

³¹ "Sociedad de Abogados. Lista de los Miembros inscritos a las Comisiones Científicas", *El Foro*, tomo XXIX, núm. 34, 19 de agosto de 1887, p. 134.

³² *Vid.* MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1956, p. 114.

Macedo se distinguió además, como editor de los siguientes periódicos y revistas de la época:

1. *El Foro. Periódico de Legislación y Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, (1873-1899). Fue fundado por él y por Justo Sierra en la ciudad de México. En sus páginas escribieron varios juristas destacados de la época como Jacinto Pallares, Miguel S. Macedo, José Yvés Limantour, Emilio Pardo Jr., entre otros. Fue un periódico en apariencia sin fines políticos ni religiosos. Su finalidad fue la difusión de la ciencia jurídica, pero también se preocupó por el examen de la jurisprudencia de los tribunales federales y locales con el objeto de lograr un criterio uniforme en la aplicación de las leyes. Sus redactores manifestaron que "Concretándonos a la ciencia del foro, en la que son tan diversos los principios de teoría especulativa de aquellos que sirven para la aplicación, es evidente que la práctica no llegaría a uniformarse, ni los resultados de la ciencia serían idénticos, aun cuando una sola fuese la legislación, si no se dan a conocer las variadas maneras con que una misma disposición ha sido comprendida por los numerosos tribunales encargados de aplicarla".³³

Otra de las finalidades primordiales de *El Foro* fue la de "Reunir, [...] en un solo cuerpo que se ponga al alcance de las más modestas fortunas las tesis que son objeto de estos estudios, las sentencias notables que se pronuncien estableciendo el genuino sentido de las leyes y las razones que hayan servido de fundamento para motivar las sentencias [...]"; por estas razones se consideró que era "una obra que imperiosamente reclama nuestra situación actual, y que será provechosa no solamente a las personas que se consagran a la ciencia, sino también a todas aquellas que por multitud ó importancia de sus negocios, tienen necesidad de conocer la legislación vigente".³⁴

Macedo participó en dicho periódico como redactor desde su fundación, hasta junio de 1878, sustituyéndolo Jacinto Pallares, José Ivés Limantour y Francisco de P. y Segura.

El periódico estuvo dividido en las siguientes secciones: I. Sección Oficial de Legislación; II. Editoriales y Estudios de Derecho; III. Jurisprudencia Civil; IV. Jurisprudencia Militar; V. Jurisprudencia Federal y Local; VI. Sección de Casaciones; VII. Tribunales extranjeros; VIII. Sección de Inserciones; IX. Hechos Diversos.

³³ "Editorial. Introducción", *El Foro*, tomo I, núm. 1, 1º de junio de 1873, p. 1.

³⁴ *Idem*, p. 2.

Durante su labor, Macedo se preocupó por obtener periódicos y publicaciones europeas y americanas, así como por mantener correspondencia con algunos juristas residentes fuera del país, lo que permitió enriquecer su contenido con la inserción de causas célebres de los tribunales extranjeros y la información sobre folletos y revistas jurídicas, ya que consideró de vital importancia mantenerse informado de los adelantos de la ciencia del Derecho en los países europeos y americanos.

2. *El Porvenir, Diario Política, Científico y Literario* (1884-1890). México, Distrito Federal, Imprenta de Juan A. Bonita. Sus redactores fueron: Pablo Macedo, José María Vigil, Julio Zárate, Ramón Manterola y otros.

Su objetivo fue la difusión de la ciencia jurídica por medio de la publicación de estudios de Derecho, de las resoluciones de los tribunales locales y federales, pero también las noticias relativas a la situación política del país, así como de libros destacados de la época. Parece ser que se publicó hasta 1890.

3. *El Publicista. Periódico de Derecho Constitucional, Administrativo e Internacional* (1874), México, Distrito Federal, Imprenta "El Porvenir" de J. Batiza. Sus redactores y colaboradores fueron algunos de los eminentes juristas de México, como Isidro A. Montiel y Duarte, Jacinto Pallares, Francisco P. Segura, José Fernández, Emilio Velasco y Pablo Macedo, entre otros.

Fue un periódico que se publicó semanalmente. La ambición por mantenerse entre los periódicos más importantes de la época lo llevó a publicar en el último número del volumen 3 una revista que se llamó *La Biblioteca*, la cual publicó algunas novelas históricas, producida por autores franceses destacados.

El periódico *El Publicista* contuvo una miscelánea jurídica en la que se recopilaban las sentencias de los tribunales nacionales y extranjeros, principalmente de los Estados Unidos.³⁵ Su finalidad fue difundir los estudios jurídicos y mejorar en el conocimiento de los progresos de la legislación, la jurisprudencia y la literatura jurídica. Sabemos que su publicación se inició en el año de 1874 y parece ser que se continuó hasta 1878.

³⁵ Vid. CLAGETT, Helen L. et al., *A Revised Guide to the Law & Legal Literature of Mexico*, Washington, Library of Congress, 1973, pp. 423 y 424.

4. *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*. Fundado por los hermanos Macedo en 1884.

Esta publicación estuvo dividida en cuatro secciones:

I. *Sección de Legislación. Colección Completa de Decretos, Circulares, Acuerdos y Demás Disposiciones Legislativas*. Llegó a completar 15 tomos correspondientes a los años de 1884 a 1898.

II. *Sección de Estudios de Derecho*. Formó 6 tomos de 1891 a 1896.

III. *Sección de Casación. Colección Completa de las ejecutorias pronunciadas por la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal como Tribunal de Casación tanto en materia civil como en materia penal*. Integrada por 15 tomos de 1884 a 1889. Cabe señalar que a partir del año de 1888 también incluyó las ejecutorias pronunciadas en materia militar.

IV. *Sección de Jurisprudencia y estudios de Derecho*, con un total de 13 tomos de 1884 a 1897.

Es importante señalar que Pablo Macedo tuvo más interés en la administración y en la edición del *Anuario* que por realizar diversos estudios jurídicos para su publicación pero sin dejar de aportar algunos estudios en los que aplicaría los métodos y principios positivistas que contribuyeron a su formación intelectual. Macedo intervino en la administración del *Anuario de Legislación y Jurisprudencia*, desde su fundación hasta el año de 1893, quedando éste posteriormente en manos de su hermano Miguel y de Agustín Rodríguez.

Fue sin duda una de las publicaciones más importantes de su época.

5. *Diccionario de Derecho y Administración*. Fue proyectado por Pablo Macedo y Emilio Pardo Jr. Pretendía responder a la necesidad de contar con "una obra que bajo un plan metódico y sencillo pusiera las disposiciones legales al alcance de toda clase de personas..."³⁶ con un lenguaje accesible no sólo a los jurisconsultos sino también a los hombres de negocios pocos versados en tecnicismos. Sin embargo, dicho proyecto no llegó a cumplirse.

Con esta obra se quiso sustituir una obra española que alcanzó gran popularidad durante la segunda mitad del siglo XIX: *El Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de Joaquín Escriche, el cual perdió importancia debido a que la nación mexicana empezaba a gobernarse por sus propios códigos y leyes por lo que "[...] en

³⁶ MACEDO, Pablo y Emilio PARDO, Jr., "Avisos Generales. Diccionario de Derecho y Administración", *El Foro*, tomo III, núm. 13, 15 de julio de 1874, p. 52.

la actualidad es imposible admitir sin reserva las doctrinas de los autores que escribieron bajo el imperio de otras leyes y, por eso, también sus obras no son útiles a las personas dotadas de un criterio ilustrado y, por decirlo así, científico, merced al cual puedan distinguir lo que está vigente de lo que ha sido derogado".³⁷ Era cierto que muchos de los principios de la legislación española habían pasado a la nuestra después de su independencia, pero debido a la deseada y emprendida emancipación mental del pueblo mexicano fueron modificados a la par que se establecía una nueva organización social y política para el país.

El *Diccionario* estaría integrado con materias sobre Derecho Privado, Administrativo, Fiscal, Constitucional; este último abarcaría las Constituciones y leyes particulares de los Estados. Se publicó por entregas de 16 páginas, en folio mayor, impresas a dos columnas y en excelente papel. La entrega sería semanal. Su costo era de 25 centavos en el Distrito Federal y de 31 centavos en los Estados.

V. SU LABOR COMO PROFESOR Y DIRECTOR DE LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PLAN DE ESTUDIOS DE 1907

Macedo se preocupó por aplicar el método científico positivista en la enseñanza del Derecho, ya que lo consideró como el medio idóneo para el estudio y comprensión de los fenómenos sociales y para superar todos los males y deficiencias del antiguo derecho y de su enseñanza.

Como profesor de la Escuela Nacional de Jurisprudencia del Distrito Federal impartió las siguientes cátedras:

"Entre 1871 y 1876, sin que me sea posible precisar las fechas, desempeñé como suplente, en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, las cátedras de Derecho Civil y de Procedimientos Criminales. El 23 de enero de 1877, al establecerse en dicha Escuela la cátedra de Derecho Penal, fui nombrado Profesor de esta materia y desempeñé el cargo hasta el 31 de diciembre de 1888".³⁸ Posteriormente, Macedo solicitaría una licencia para ausentarse temporalmente de la cátedra de

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ "Hoja de servicios...", fs. 3 y 4.

Principios de Legislación Penal —por cuatro meses— sustituyéndolo Emilio Monroy.³⁹ También fue profesor titular interino en la cátedra de Economía Política a partir de 1906, para posteriormente pasar a ocupar la definitiva titularidad de la misma.

A poco de fundarse la Escuela Libre de Derecho —24 de julio de 1912— Macedo formó parte del cuerpo docente de dicha institución "[...] como profesor del primer curso de Economía Política, en sustitución de Luciano Wiechers [...]. Su presencia en la Libre se prolongó hasta el 15 de abril de 1913, fecha en la cual [...] la Junta de Profesores discutió sobre la renuncia presentada por Macedo y acordó que no era de aceptarse, y que solamente se le concediera una licencia indefinida a fin de que su nombre figurase dentro del cuerpo de profesores de la Escuela; licencia de la cual jamás regresaría".⁴⁰

Del 9 de diciembre de 1903 al 10 de junio de 1911, Pablo Macedo dirigió la Escuela Nacional de Jurisprudencia del Distrito Federal. Al ser enviado a Londres por el gobierno judicial para que desempeñara diversas actividades en la agencia financiera del gobierno mexicano en esta ciudad, Macedo se vio obligado a solicitar una licencia para ausentarse de la dirección de la institución. Sin embargo, al parecer por cuestiones familiares, pero en plena caída del régimen porfirista Macedo se vio obligado a permanecer en Europa por lo que desde aquí dirigió su renuncia al cargo de director. Durante su larga gestión había solicitado licencia para ausentarse dos veces: la primera fue del 12 de marzo al 15 de mayo de 1907, sustituyéndolo Rafael Ortega y la segunda, del 30 de abril de 1908 al 11 de julio del mismo año, siendo sustituido por Joaquín D. Casasús.

La Escuela Nacional de Jurisprudencia constituyó el principal centro de formación de la élite intelectual y política de la época. Dicha institución ganó enorme prestigio debido en gran parte a las destacadas personalidades de sus maestros y de sus exalumnos. Y es que la preocupación por la enseñanza del Derecho y por su adecuación al progreso de la ciencia no fue exclusiva de los profesores. También los alumnos contribuyeron a elevar la calidad de la misma.

En la Escuela de Jurisprudencia, donde gran parte de los profesores llegaron a ser devotos de Comte, Mill y de Spencer, estuvo animada durante el porfiriato por un espíritu de independencia cien-

³⁹ *Vid.* "Hechos Diversos. Escuela Nacional de Jurisprudencia", *El Foro*, tomo I, núm. 68, 14 de abril de 1877.

⁴⁰ *Vid.* DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *op. cit.*, p. 20 y ss.

tífica. En su claustro se mantuvo la plena convicción de que la *Ciencia* era el presupuesto indispensable para obtener el progreso.

Jacinto Pallares, Miguel S. Macedo, Pablo Macedo y Tomás Reyes Retana fueron los profesores quienes mayor influencia ejercieron directamente en la modificación de los planes de estudio de la institución, modernizándolos y perfeccionándolos cada vez más de acuerdo con los progresos de la ciencia y las necesidades económicas y sociales de la época, siempre dentro de las circunstancias políticas por las que atravesaba el país.

En su papel de director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Macedo⁴¹ difundió en diversos discursos pronunciados en dicha institución varias de las ideas de Barreda en torno al papel de los abogados, como fueron: La necesidad de tener una vasta preparación para poder proporcionar una solución justa a los problemas cotidianos, el principio del fondo común de verdades para lograr una uniformidad de criterios para evitar la anarquía social, la necesidad de contar con una vocación profesional definida en favor de la sociedad, es decir, que velase por los intereses y el bien común de ésta. Además, destacó la importancia de lograr el progreso del país por medio del "Orden y de la Ciencia".

Macedo, al desempeñar su papel de director en la Escuela de Jurisprudencia, "[...] había pedido a los estudiantes solamente disciplina, como requisito mínimo para obtener el orden indispensable para alcanzar una alta formación profesional. Una disciplina y orden que no paralizarían, ni las convicciones personales, y que buscarían conciliarse con los entusiasmos de los jóvenes estudiantes..."⁴²

También valoraba el gran compromiso que significa la dirección de dicha Escuela y se propuso dirigirla lo mejor posible, tanto en el aspecto científico como en el administrativo. Según él, la profesión del abogado podía tender hacia dos fines: uno meramente material, ganarse la vida, o hacia un fin científico, donde se adquiriesen conocimientos más amplios acordes al principio de la vasta preparación.⁴³ En el fondo, Macedo reflejó en sus palabras la distinción que alguna

⁴¹ Vid. al respecto, el trabajo de Jaime del Arenal Fenochio, *op. cit.*, pp. 19-47, que detalla la labor de Macedo como director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia del Distrito Federal.

⁴² *Idem*, p. 24.

⁴³ Vid. MACEDO, Pablo, "Alocución pronunciada por el Sr. Lic. D. Pablo Macedo, Director de la Escuela en el acto de la inauguración de cursos", *Boletín de Instrucción Pública*, tomo III, 30 de marzo de 1904, núm. 3, p. 234.

vez ya había señalado don Jacinto Pallares entre el abogado y el licenciado, caracterizando al primero como el intelectual, poseedor de estudios más serios y profundos, así como por la aspiración a desempeñar cargos públicos; es decir, la adquisición de una conciencia pública más elevada. El segundo estaría sólo preocupado por el ejercicio mercenario de la abogacía, dueño únicamente de los elementos que fueron necesarios para la vida práctica.⁴⁴ Por lo mismo, Macedo tuvo la firme convicción de que de la Escuela de Jurisprudencia debían de salir y formarse "el humilde juez menor y el magistrado de la más alta jerarquía, el abogado que se conforme con pasar su existencia entre las zarzas del procedimiento y el político, y el profesor, y el estadista capaz de empuñar las riendas del gobierno".⁴⁵

Con todas estas ideas y circunstancias el director preparó el *Plan de estudios de la carrera de abogado y de las especialistas en ciencias jurídicas y sociales*, promulgado por el Gobierno de Díaz, el 19 de enero de 1907.⁴⁶

En este plan se introdujeron reformas novedosas y sustanciales ya que la carrera de abogado se redujo a cinco años y se creó la carrera de especialista en ciencias jurídicas y sociales. Además, el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado se fusionaron en una sola materia; se suprimió el Derecho Romano sólo en la carrera de abogado, ya que en la de especialista en ciencias jurídicas y sociales se continuó exigiendo su estudio. Asimismo, se suprimió el estudio de la Filosofía del Derecho y de la Oratoria Forense (aunque en realidad sólo cambió su denominación, ya que fue sustituida por la cátedra de Síntesis del Derecho). Se reunieron en una sola, el Derecho Penal y el de Procedimientos Penales. Se introdujo la cátedra de Curso práctico de casos selectos, cuya finalidad fue el ejercicio de la aplicación de las reglas y procedimientos fundamentales por parte de los alumnos. Otra novedad del Plan fue la introducción, por vez primera, de *Principios de sociología*, ya que su estudio se consideró importante para lograr el perfeccionamiento y la estabilidad

⁴⁴ Vid. PALLARES, Jacinto, "El Plan de estudios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia en el año de 1901", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, tomo XXIX, núm. 113, mayo-agosto, 1979, pp. 549-563.

⁴⁵ "La visita del C. Ministro de Instrucción Pública a la Escuela de Jurisprudencia", *El Imparcial*, 25 de julio de 1905.

⁴⁶ Vid. en *Diario Oficial de la Federación*, tomo LXXXVIII, núm. 17, sábado 19 de enero de 1907, pp. 258-263.

en la coordinación interna de las sociedades, así como para entender el desarrollo progresivo de las instituciones.

La introducción de la sociología en diversas facultades de Derecho había adquirido importancia. En Francia se introdujo con la finalidad de superar el método exegético. En México, la Escuela Nacional de Jurisprudencia del Distrito Federal no fue la primera en introducir el estudio de la Sociología, sino la Escuela de Jurisprudencia del Estado de Michoacán.⁴⁷

Don Miguel S. Macedo, en 1897, solicitó que se incluyera la sociología en la Escuela de México; sin embargo, y a pesar de que la Escuela Nacional de Jurisprudencia era una institución de formación positivista en la cual el Derecho era considerado como un hecho social cuyo contenido era la realidad social, hubo que esperar hasta 1907 para que se incluyera la Sociología. Tal vez alguna de las razones por las cuales no se introdujo antes fue porque con ella se pretendió sustituir a la Filosofía del Derecho, cátedra cuya permanencia siempre se consideró necesaria en los planes de estudio. Además, se creía que su estudio en la Escuela Nacional Preparatoria era suficiente.

Evidentemente resaltaba la importancia de la Sociología ya que los hechos sociales eran considerados el meollo del Derecho y en tanto que éstos se encontraban sujetos a las leyes de una ciencia dinámica y, por lo tanto, en una realidad de continuo progreso, cambio y desarrollo como la mexicana, también debían de estudiarse esos cambios. Comte aspiró a transformar científicamente la sociedad y esta idea también pretendió aplicarse a la sociedad mexicana. De aquí, además, la fundación de la Sociedad de Estudios Sociales, en 1905, cuya finalidad fue la de suplir la falta de teoría y de doctrina sociológica en la mayoría de los cursos que sólo se limitaban al estudio de la legislación.

En 1908, Macedo, al pronunciar el discurso con motivo de la inauguración del nuevo edificio de la Escuela de Jurisprudencia, justificó los motivos por los cuales se adoptó la especialidad en ciencias jurídicas y sociales, y anunció el probable renacimiento de la Universidad Mexicana que reuniría a los hombres de ciencia, cuyas únicas armas serían la palabra y el libro. Su finalidad sería "acabar con las injusticias [...] destruir muchas tiranías y [...] establecer la libertad civil y política sobre los sólidos cimientos de la igualdad de derechos para to-

⁴⁷ MENDIETA Y NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 163.

dos los hombres, que imponen el respeto de los unos a los otros".⁴⁸ Igualmente, señaló la importancia de la ciencia en la Historia de la Universidad: "allí donde la Universidad obedeció a la suprema ley de la evolución, allí donde abandonó el privilegio a que en un tiempo hubo de acogerse a vivir, la ciencia se conservó pura e independiente, y su mayor guardián fue y ha continuado siendo la Universidad".⁴⁹

Macedo preparó el cambio para el establecimiento de la Universidad destacando la importancia de que no se convirtiera en un centro oficial, en el sentido de que no se permitiera discutir ni pensar dogmáticamente como algún día lo hiciera la Universidad Real Pontificia. Era importante no imponer ideología alguna, debería de prevalecer el principio de la libertad de enseñanza. "La justificación de la futura Universidad [...] estaba planteada: lo malo no era en sí la Universidad, lo nefasto era que ésta no respetase las leyes del progreso y de la ciencia. Si había que fundar una en los próximos años ésta habría de obedecer a la suprema ley de la evolución".⁵⁰

Señaló que las anteriores leyes orgánicas de la educación superior pretendieron conciliar dos posturas totalmente antagónicas entre sí. Aquella que procuraba adquirir sólo los conocimientos necesarios y obligatorios para obtener conocimientos más profundos con materias de órdenes superiores. Esta distinción era el motivo de la creación de la carrera de especialistas en ciencias jurídicas y sociales.

Para él, el Estado sólo sería el guardián del progreso de la ciencia jurídica, pero sin ser su exclusivo custodio, lo que dependería del empeño de los abogados, profesores y alumnos, por evitar el riesgo de convertir a la ciencia libre en una ciencia oficial.

No obstante que Pablo Macedo fue defensor del principio establecido por Barrera respecto a que la educación debería ser de carácter enciclopédico y universal, propuso la especialización. Aunque estas posturas parecían contradictorias no lo fueron en Macedo, ya que en el mencionado plan se estableció como requisito indispensable para ser especialista en ciencias jurídicas y sociales, el ser previamente abogado titulado.⁵¹ Las especialidades que se crearon con el plan de 1907 fueron en derecho civil, mercantil, penal y criminología, constitucional,

⁴⁸ AGUILAR ISLAS, Jorge, *Escuela Nacional de Jurisprudencia (1867-1910)*, México, Cuadernos del Archivo Histórico de la UNAM, 1984, p. 44.

⁴⁹ *Idem*, p. 45.

⁵⁰ DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *op. cit.*, p. 44.

⁵¹ *Vid.* artículo 20 del *Plan de estudios de la carrera de abogado y de las especialistas en ciencias jurídicas y sociales*.

administrativo, internacional y en economía política.⁵² Era responsabilidad de cada ser humano obtener la cantidad y calidad de conocimientos deseados.

Las características del positivismo que predominaron en el plan de estudios de 1907 de la Escuela de Jurisprudencia fueron las siguientes:

1. La relación estrecha existente entre la teoría y la práctica jurídicas.
2. La aplicación del método positivo por medio de la observación de los hechos tomando en consideración la realidad social. La instrucción de la juventud debía basarse en hechos positivos.
3. La enseñanza de las materias debía basarse en la experiencia y en el análisis de necesidades sociales. La ciencia jurídica no podía ser estática sino dinámica, a la par del progreso, teniendo siempre como meta la evolución social.
4. Pretendía evitar discusiones de contenido metafísico o quimérico. Lo importante era establecer el "Orden" con base en un fondo común de verdades.
5. La elección y elaboración de textos nacionales se haría evitando la superficialidad y la destrucción de la actividad intelectual.

En teoría, el fin primordial de la Escuela de Jurisprudencia sería la enseñanza del Derecho con base en la legislación positiva y exposiciones doctrinales, siempre que tuviesen un sustento o una proyección en la vida real.

Otra de las aportaciones de Macedo para la enseñanza jurídica fue la famosa *Fórmula de la Protesta*⁵³ que, de acuerdo con la ley de 1907, el alumno que terminara la carrera de abogado debía de hacer, tomando como norma suprema de conducta, la justicia y la moral. En síntesis, la fórmula de Macedo refleja aún en nuestros días las ideas del Positivismo imperante en su época en relación con la triple función del abogado moderno descrito por Barreda: administrador de la justicia, legislador y consejero de la sociedad. Igualmente, en ella destaca la importancia de la educación física, moral e intelectual. La pro-

⁵² Vid. artículos 5º al 16 del *Plan de estudios de la carrera de abogados y de la de especialistas en ciencias jurídicas y sociales*.

⁵³ Vid. DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *op cit.*, pp. 41 y 42; DUBLÁN Y LOZANO, *Legislación Mexicana*, tomo XXXIX, segunda parte, p. 346; HUERTA ORTIZ, Verónica, "La influencia de la Filosofía Positiva en la enseñanza del Derecho en México (1867-1911)", México, Tesis de la Escuela Libre de Derecho, 1989, pp. 133 y 134.

fesión del abogado representaba una mayor jerarquía social, una cierta superioridad social y, por lo tanto, obligaba frente al inferior y al desvalido. El ejercicio de la profesión, en fin, no debía de ser visto con ánimo de lucro y obligaba a continuar estudiando constantemente y a actualizarse en los cambios que determinaba la evolución social. El jurisconsulto, tampoco debía ceñirse a la aplicación estricta de la ley, ya que ésta no era perfecta; en cambio, tenía que combinar las funciones de intérprete e integrador del Derecho.

VI. CONCLUSIONES

Pablo Macedo fue un jurista liberal influenciado por la filosofía positiva. Su preocupación por el bienestar social fue evidente, ello lo refleja su *Fórmula de Protesta para desempeñar la profesión de abogado*. Participó y destacó en actividades tanto públicas como privadas. Además, tuvo gran interés por la educación y por la difusión de la cultura jurídica. Fue un gran administrador, financiero y propulsor de ediciones de obras jurídicas valiosas que contribuyeron al enriquecimiento de la literatura jurídica mexicana. Sus trabajos relativos a estudios jurídicos no fueron tan interesantes, ni tan valiosos, ni tan numerosos como los de otros juristas de la época, ni quizás como los de su hermano Miguel, pero esto se debió más a la gama de actividades que abarcó en su desarrollo profesional, que a una falta de capacidad o de interés por los estudios jurídicos.

Macedo, como buen positivista, fue fiel observador de la realidad social con el objeto de aportar soluciones adecuadas y justas a los problemas de esa realidad. Consideró que el examen de la legislación, del derecho positivo de reciente creación y de su aplicación práctica en los tribunales era de vital importancia para conformar una jurisprudencia con aplicación uniforme y contenido científico, por lo que le fue indispensable promover su difusión y lograr de este modo el enriquecimiento de la cultura jurídica nacional.

En su papel de jurista realmente abarcó la triple función de abogado moderno descrita por Barreda, sin limitarse a ella, ya que también desempeñó hábilmente las labores de docencia, así como la de editor, escritor, traductor y promotor de la ciencia jurídica nacional e internacional, recomendando el estudio de las obras jurídicas extranjeras más valiosas de la época.

Como profesor y director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia vio claramente que los abogados eran una clase social privilegiada que debía contar con una vasta preparación para enfrentar una vocación comprometida socialmente hablando. Sin embargo, no todos podían responder con este reto, de ahí que propusiera la distinción entre el abogado y el especialista en ciencias jurídicas y sociales en el plan de estudios de 1907. Consideró, además, en esta perspectiva, de vital importancia la actualización de los conocimientos adquiridos acorde con los adelantos de la ciencia. La carrera de abogado y de especialista en ciencias jurídicas y sociales implicaba, pues, un permanente estudio.

El jurista Macedo fue un crítico objetivo de la cultura jurídica mexicana a finales del siglo XIX y principios del XX. Por su obra, se puede considerar como un modelo a seguir por todo aquel interesado en la superación de la ciencia jurídica nacional, en una época en la cual el puro y simple examen de la letra de la ley parece enseñorearse en los centros de enseñanza del derecho y en la formación intelectual de los juristas mexicanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- AGUILAR ISLAS, Jorge, *Escuela Nacional de Jurisprudencia (1867-1910)*, México, Cuadernos del Archivo Histórico, UNAM, 111 pp.
- BARREDA, Gabino, *La educación positivista en México*, México, Editorial Porrúa, 1978 (Colección Sepan Cuántos... , número 335), 281 pp.
- CLAGETT, Helen L. et al., *A Revised Guide to the Law & Legal Literature of Mexico*, Library of Congress Washington, 1973, 512 pp.
- CRUZADO, Manuel, *Bibliografía jurídica mexicana*, México, Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas, 1905, 385 pp.
- GARCÍA NARANJO, Nemesio, *Memorias de García Naranjo. La vieja Escuela de Jurisprudencia*, tomo III, Monterrey, Talleres "El Porvenir", s/a.

- GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, Luis, *La Ronda de las generaciones. Los protagonistas de la Reforma y la Revolución Mexicana*, México, Secretaría de Educación Pública, 1984, 131 pp.
- HUERTA, Verónica, *La influencia de la Filosofía Positiva en la enseñanza del Derecho en México (1867-1911)*, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1989.
- MACEDO, Pablo y Emilio PARDO JR., *Compendio de los derechos y obligaciones del hombre y del ciudadano*, México, Imprenta de Flores y Monsalve, 1875, 392 pp.
- MACEDO, Pablo, *Tres monografías que dan una idea de una parte de la evolución económica de México. Evolución mercantil. Comunicaciones y obras públicas. La hacienda pública*, México, J. Bailescá y Cia., Sucesores Editores, 1905, 617 p.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1956, 365 pp.
- SALADO ÁLVAREZ, Victoriano, *Memorias I. Tiempo viejo*, México, Edición y Distribución Ibero Americana de Publicaciones, 1946, 402 pp.
- ZEA, Leopoldo, *El Positivismo en México. Nacimiento, apogeo y decadencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, 481 pp.

REVISTAS

- DE MARIA Y CAMPOS, Alfonso, "Porfirianos prominentes: orígenes y años de juventud de ocho integrantes del grupo de los Científicos, 1846-1876", *Historia Mexicana*, México, volumen XXXIV, núm. 4, 136, abril-junio, 1985, pp. 561-742.
- DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Pablo Macedo: orden y abogacía en un Científico", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 12, núm. 12, México, 1988, pp. 19-47.
- QUIJANO, Alejandro, "El Licenciado Don Pablo Macedo", *Los Tribunales. Revista de Estudios de Derecho y Cuestiones Jurídicas*, tomo I, núm. 3, 15 de enero de 1924, pp. 76-81.

PERIÓDICOS

- MACEDO, Pablo, "Editorial. Textos Nacionales", *El Foro*, tomo I, núm. 120, 24 de octubre de 1873, p. 469.
- , "Avisos Generales. Diccionario de Derecho y Administración", *El Foro*, tomo II, núm. 18, 23 de enero de 1874, p. 72.
- , "El Colegio de Abogados", *El Foro*, tomo II, núms. 24 y 29, 30 de enero de 1874 y 7 de febrero de 1874, pp. 89, 109 y 110.
- , "El proyecto de la organización de los tribunales", *El Foro*, tomo II, núms. 93 y 95, 24 de abril de 1874 y 1º de mayo de 1874, pp. 365, 373 y 374.
- , "Apuntes sobre el Código de Procedimientos Criminales", *El Foro*, tomo II, núm. 97, 3 de mayo de 1874, pp. 381 y 382.
- , "La confesión judicial considerada como medida preparatoria del juicio ejecutivo", *El Foro*, tomo IV, núm. 106, 11 de junio de 1875, pp. 421 y 422.
- , "Bibliografía", *El Foro*, tomo V, núms. 63 y 64, 15 y 16 de septiembre de 1875, pp. 250 y ss.
- , "Hechos Diversos. Compendio de los derechos y obligaciones del hombre y del ciudadano...", *El Foro*, tomo VI, núm. 60, 30 de marzo de 1876, p. 239.
- , "Hechos Diversos"... Pablo Macedo ... solicitud de licencia para ausentarse de la Escuela Nacional de Jurisprudencia...", *El Foro*, tomo VI, núm. 68, 14 de abril de 1877.
- , "Alocución pronunciada por el Sr. Lic. D. Pablo Macedo, Director de la Escuela, en el acto de inauguración de los cursos", *Boletín de Instrucción Pública*, tomo III, núm. 3, México, 30 de marzo de 1904, pp. 233-239.
- , "Conferencia dada por el Sr. Lic. D. Pablo Macedo el día 1º de febrero de 1906", *Boletín de Instrucción Pública*, tomo V, México, 1906, pp. 893-906.
- , "La visita del C. Ministro de Instrucción Pública a la Escuela de Jurisprudencia", *El Imparcial*, martes 25 de julio de 1905.

MACEDO, Pablo y Emilio PARDO JR., "La Casación según la jurisprudencia de la 1ª Sala del Tribunal Superior", *El Foro*, tomo II, núms. 47 a 52, 54, 55, 57 y 58, 1º de marzo de 1874, pp. 181 y ss.

LEGISLACIÓN

- DUBLÁN, Manuel y José María LOZANO, *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, ordenada por los licenciados Manuel Dublán y José María Lozano, tomos XIV, XV y XXXIX, Edición oficial, Tipografía de E. Dublán y Cía., México, 1886.
- "Plan de estudios de la carrera de abogados y de las de especialistas en ciencias jurídicas y sociales", publicado en el *Diario Oficial*, núm. 17, tomo LXXXVIII, sábado 19 de enero de 1907, pp. 258-263.

OTROS

- BÁTIZ VÁZQUEZ, José Antonio, "Pablo Macedo. Abogado e Historiador", inédito, *Trabajo presentado para el Seminario sobre Historiografía Mexicana del Siglo XIX*, que dirige el doctor Juan A. Ortega y Medina, en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM, agosto de 1988, p. 7.
- "Hoja de servicios de Pablo Macedo, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y Profesor de Economía Política en la misma Escuela de Jurisprudencia", en *Archivo del personal académico de la UNAM*, Centro de Estudios de la Universidad, UNAM, expediente 20736, fs. 7.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS
Y LA AUSENCIA DE MONJAS EN SAN LUIS
POTOSÍ. 1592-1866 *

Alfonso MARTÍNEZ ROSALES

SUMARIO: *Presentación. I. El hecho. II. El derecho. III. La excepción. IV. El dilema. V. La protección y la desprotección. VI. La novedad. VII. Consideraciones finales. Anexo A. Anexo B. Siglas. VIII. Bibliografía.*

PRESENTACIÓN

En el panorama actual de la nación mexicana y de la ciudad de San Luis Potosí, hablar de una ausencia de casi tres siglos parece inconcebible. Decir que en San Luis Potosí no hubo monjas, siendo una ciudad de notoria religiosidad, es como si se dijera que no hubo minas, siendo una ciudad minera por origen y desarrollo. Y el interés emerge al darse cuenta que el tiempo señalado es la mayor parte de los 400 años de vida de la ciudad e importante por ser el de su fundación y crecimiento, en que se incubó la trama de su conciencia colectiva.

El derecho real de España si se obedeció y se cumplió en San Luis Potosí en asunto de monjas. Además, la mujer potosina no quiso ser monja. Si hubiera querido, hubiera luchado denodadamente para conseguirlo. Si la sociedad potosina de la época virreinal hubiera querido realmente lograr la fundación de algún convento femenino, la hubiera alcanzado como obtuvo la del Carmen de religiosos: a golpe de dinero, paciencia, gestiones, tiempo y "muchas muinas" o enojos.¹

En consecuencia, la figura de la monja es una novedad en el espectro de la sociedad potosina actual, aún no asimilada. Apareció hace poco más de cien años en el escenario de la vida cotidiana. La abundancia de monjas ha sido aún menos digerida. La historia, el derecho, la religión y la ausencia de arte monjil novohispano (origen de la

* Para la elaboración de este trabajo fue indispensable el apoyo del Sistema Nacional de Investigadores y del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología para la asistencia al congreso celebrado en Santiago de Chile, con el tema general "Protección jurídica de las personas en el Viejo y el Nuevo Mundo".

¹ MARTÍNEZ ROSALES, *El gran teatro*, pp. 53-109.

inquietud que motivó este trabajo) pueden dar en conjunto una pista para responder la cuestión que se plantea al considerar el por qué de la ausencia de monjas en la ciudad de San Luis Potosí entre 1592 y 1866.

Es entonces este trabajo el esbozo de una contradicción histórica, jurídica, religiosa y política, que adquiere interés porque los estudios sobre monjas son escasos "no obstante que la documentación inédita existente es copiosísima, aunque dispersa en archivos y colecciones particulares", pues lo que no se perdió, cambió de lugar y de manos por la excomunión y la extinción.²

Por otra parte, en los estudios actuales se pone mucho interés en la presencia de la mujer en los diversos campos de la vida, sin descuidar las ausencias. De éstas, en ocasiones las sorpresas que deparan son apreciables.³

I. EL HECHO

La geografía novohispana de las monjas se redujo a la ciudad de México y Puebla (incluida la villa de Atlaxco) sustancialmente; en grado menor se extendió a Querétaro, Guadalajara y Morelia; con carácter de extraordinaria a Mérida, Ciudad Real de Chiapas, San Miguel el Grande (hoy de Allende), Salvatierra, Villa de Lagos y Pátzcuaro; y muy tardíamente a Irapuato y Aguascalientes. De Nueva España se extendieron a Guatemala, La Habana y Santo Domingo.⁴

Ese movimiento fundacional de monjas se inscribió en otro más amplio que abarcó de Santiago de Chile, al sur del Nuevo Mundo, a Santiago de Querétaro en Nueva España, situada poco al norte de la ciudad de México y a medio camino de la ciudad de San Luis Potosí, y de La Habana de Cuba a Guadalajara de la Nueva Galicia, yendo de oriente a occidente en la parte norte del mismo Nuevo Mundo.⁵

A la realidad geográfica se sumó la ausencia de interés o de empeño para lograr una fundación monástica femenina en San Luis Potosí. No aparece rastro de concesión de dotes para profesión religiosa por medio de las cofradías, aunque se ha buscado en protocolos y docu-

² REYNOSO, *Fundación*, p. 7.

³ En El Colegio de México, por ejemplo, existe el Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, cuya capacidad de trabajo es de notable intensidad.

⁴ MAZA, *Arquitectura*, pp. 94, 95, 125, 126; MURIEL, *Conventos*, pp. 165, 167, 247, 346, 473.

⁵ MARTÍNEZ ROSALES, "Teresa de Ávila", p. 112.

mentos pertinentes. Incluso, en los autos que se siguieron con motivo de la fundación del Colegio de Niñas Educandas y Virtuosas o Beaterio de San Nicolás Obispo de San Luis Potosí, el prior y religiosos de San Agustín informaron "que por falta de dotes" no ingresaban las potosinas a "los conventos de monjas que hay fuera de este lugar". Y en contraste, el comendador de la Merced (futuro obispo de Chiapas y protector del convento de concepcionistas de ahí)⁶ informó que el colegio podría llegar a ser convento de monjas "donde sin la pensión de dotes personales, acrediten la opulencia de este rico mineral".⁷ De que se deduce que no había concesión de dotes y que sí había opulencia, por lo menos relativa, lo que no había era el interés por la vida religiosa femenina comunitaria, pues resulta lógico que el sentir de las potosinas no tenía por qué coincidir con el parecer del comendador.

Refuerza la certidumbre de que las potosinas no mostraron interés ni decisión para enclaustrarse, el hecho de no aparecer alguna entre las aspirantes a ingresar al relativamente cercano convento de la villa Lagos en 1756;⁸ tampoco, al menos explícitamente, al también cercano de carmelitas descalzas de Querétaro hacia 1800. En fin, con expresión de la época puede decirse que las potosinas no estuvieron dispuestas a "hacer doble sacrificio, de renunciar al mundo y a la vista de sus padres, ni éstos han de sacar por fruto de la educación cristiana que les dieron, el duplicado de la clausura y la carencia de vista".⁹

Hay más puntos de apoyo. Las repetidas instancias para pedir el establecimiento del obispado de San Luis Potosí, elevadas al rey en 1792 y 1794, y después en 1822, dictaminada por una comisión de la diputación provincial, no tratan el asunto para nada ni dejan asomar aspiración alguna.¹⁰

En conclusión, los reyes de España nunca consideraron que en la ciudad de San Luis Potosí concurrían la utilidad ni la "urgente necesidad y justas causas, que verosíblemente puedan mover nuestro ánimo" para conceder licencia de fundación,¹¹ ni hubo a quién le interesara demostrárselo.

⁶ FLORES RUIZ, "Rincones", pp. 425, 426.

⁷ AGN, *Colegios*, vol. 42, núm. 1, ff. 42, 44.

⁸ REYNOSO, *Fundación*, pp. 50-55.

⁹ MURIEL Y GROBET, *Fundaciones neoclásicas*, pp. 33, 34, 36.

¹⁰ VELÁZQUEZ, *Colección II*, pp. 343-380; 381-395; 395-415.

¹¹ *Recopilación*, tomo I, f. Iv, ley 1ª, libro 1º, título III.

En resumen, en San Luis Potosí no se trasplantaron, ni se crearon, ni se suscitaron fundaciones de conventos de monjas durante el virreinato.

De la fundación del entonces pueblo de San Luis Potosí en 1592 a la consumación de la independencia en 1821 todo fue bien, por estar el derecho acorde con la realidad y viceversa en el asunto que nos ocupa. La licencia real de fundación del citado convento de capuchinas de Lagos expresaba textualmente que se concedía porque las vocaciones "se imposibilitan más por causa de no haber monasterio alguno en todo aquel distrito".¹²

Vino después un periodo comprendido entre 1821 y 1857, en que hubiera sido jurídicamente posible obtener la licencia de fundación de un convento de monjas. Ya no había que recurrir a Madrid ni a México. Bastaba acudir al congreso del estado, en cuanto a la vía civil, caso que se dio en 1824 para la fundación del convento de carmelitas descalzas de Valladolid, capital del obispado de Michoacán, a cuya jurisdicción eclesiástica perteneció San Luis Potosí desde sus primeros años hasta 1854. Esa fundación había quedado pendiente ante el gobierno real de España.¹³

Pero en ese periodo fue más patente la falta de interés de la sociedad potosina hacia las comunidades religiosas femeninas, bien por costumbre u otras razones, pues eran tiempos difíciles: primer imperio, guerra de Texas, guerra con Estados Unidos, reforma, segundo imperio. Al fundarse un convento en San Luis Potosí la renuncia hubiera sido simple, no doble. Tal omisión es más significativa en cuanto que ese periodo incluyó el establecimiento del obispado de San Luis Potosí y por no aparecer siquiera un indicio de proyecto de fundación alguna.

La significación crece al advertir que poco después, 1862, nació de una familia potosina Concepción Cabrera,¹⁴ mujer con espíritu de seglaridad, futura madre de una vasta familia que al fin se convirtió, también, en fundadora de comunidades religiosas femeninas, es decir que "se suscitó" con ella una obra nueva. O sea que fue producto lógico de una sociedad con espíritu de seglaridad y ajena a la vida de comunidad religiosa femenina.

¹² REYNOSO, *Fundación*, p. 9.

¹³ MURIEL y GROBET, *Fundaciones neoclásicas*, pp. 59, 65, 66.

¹⁴ MORÁN, "Semblanza", p. 78.

II. EL DERECHO

En el campo de estudio del derecho indiano en Nueva España es evidente la falta de trabajos que aborden el tema de la situación jurídica de las monjas. En efecto, la excepción¹⁵ confirma lo dicho y agrega que el derecho mismo fue omiso en lo general y meticoloso en lo particular, afirmación que se verifica en el terreno de los hechos históricos.

Por un lado, fueron "escasas las disposiciones legales" referentes a las monjas; las que hubo son "indistintas" para religiosas y religiosos; y hay "parquedad de referencias". Por otro lado se habla con certeza de la "vigilancia meticolosa" de los reyes en lo referente a los asuntos de monjas, y de su diligencia y celo.¹⁶

En cuanto a las escasas disposiciones, fue fundamental la ley 1ª, del libro I, título III, que mandaba muy severamente que la fundación de monasterios sólo se concediera con previa licencia del rey, solicitada en el consejo de Indias. Y concretamente decía el texto: "Otrosi mandamos que lo contenido en esta ley se guarde y ejecute en los monasterios de monjas".¹⁷

En cuanto al poder real conferido a los alcaldes mayores de San Luis Potosí, sus títulos contenían un mandamiento expreso: "y no consentiréis que en vuestro distrito se funden iglesias ni monasterios sin licencia mía".¹⁸ Estas disposiciones estaban sancionadas con una pena gravísima: demolición de las obras de conventos que de hecho o por disimulo se comenzaren o hicieren.¹⁹

Los reyes de España y los regalistas encontraban su prerrogativa en el regio patronato indiano, fundándolo a su vez en la bula *Universalis Ecclesiae regimen* de 1508, que interpretaban a su favor de manera absolutista en aquella parte en que el pontífice romano dio facultad a los reyes de España para que toda iglesia se fabricase sólo con expresa licencia y consentimiento de su majestad.²⁰

Los reyes de España, única fuente del derecho indiano, y los mandatos emanados de su real mano originaron en Nueva España una "geografía monjil muy especial", pues ni los puertos ni los centros

¹⁵ LEJARZA, "Expansión", pp. 155-160.

¹⁶ LEJARZA, "Expansión", pp. 155, 157, 160.

¹⁷ *Recopilación*, tomo I, f. Iv; LEJARZA, "Expansión", p. 156.

¹⁸ MARTÍNEZ ROSALES, *El gran teatro*, pp. 56, 102, 103.

¹⁹ *Recopilación*, tomo I, f. Iv.

²⁰ AHBMNAH, GO-21, f. 17.

mineros "fueron propicios" para las monjas.²¹

Por otra parte, frente a la cuasi inexistencia de disposiciones generales, advertimos abundancia de reales cédulas expedidas para resolver casos concretos de asuntos de monjas. Sería posible formar un gran cedulario o cedularios relativos a monjas del Nuevo Mundo. Basta de ejemplo de meticulosidad en tal sentido una expedida en el Buen Retiro a 5 de febrero de 1758, en que se acordó "la reducción en el número de religiosas agustinas de Santiago" del antiguo reino de Chile.²²

En el mismo camino casuístico de las reales cédulas, se dio el ejemplo representativo de la fundación en San Luis Potosí del citado colegio de niñas. Los autos revelan puntos interesantes. El fundador don Nicolás Fernando de Torres había dispuesto en 1732, en la cláusula 12 de su testamento, que de pasar alguna vez de la calidad de colegio al de monasterio de monjas, se evitara, arquitectónicamente hablando, cualquier molestia entre colegialas y monjas. Después rectificó aclarando que deberían edificarse ambos edificios con la separación necesaria.²³

Esta disposición originó que los declarantes en las diligencias levantadas en 1733 con motivo de la pretensión de fundar dicho colegio, externaran su adhesión afirmando la mayoría que muchas de las colegialas del beaterio informal que ya existía habían salido "para diferentes monasterios de monjas".²⁴

La expresión de estos anhelos de los vasallos potosinos del rey de España dio pie a que la real cédula expedida hacia 1755, para dar licencia de la fundación del citado colegio, viniera con estas contundentes palabras: "con tal de que precisamente haya de existir sin que en ningún tiempo ni con pretexto alguno pueda alterarse su instituto elevándolo a convento de monjas".²⁵

No es de extrañar que los reyes de la casa de Borbón se expresaran en tales términos en cuanto que los de la casa de Austria ya lo habían hecho. Sólo que el "espíritu del siglo" XVIII, tanto en España como en Nueva España, tomaba el rumbo laico. Esta afirmación se corrobora con el ejemplo coetáneo de la fundación del Colegio de las Vizcaínas de México, cuyo carácter laico quedó sancionado por la

²¹ MAZA, *El arte*, p. 59.

²² LEJARZA, "Expansión", p. 158.

²³ AGN, *Colegios*, vol. 42, núm. 1, f. 23.

²⁴ AGN, *Colegios*, vol. 42, núm. 1, f. 2v y ss.

²⁵ MAZA, *El arte*, p. 60.

autoridad real y la pontificia. Prueba de ello fue la constitución sexta, en que se lee que la intención de la fundación no preveía que hubiera "arbitrio ni facultad en la Mesa [de la cofradía o corporación fundadora] ni persona alguna para convertirlo en Monasterio de Religiosas, Beatas u otro Instituto que se ligue con votos solemnes o simples", y se añadía que los fundadores "han destinado sus caudales a este único fin, [y] no quieren que se diviertan en otro asunto, aunque sea el más perfecto, como es el estado religioso".²⁶

Abundaron al asentar en la constitución XXII que "el Rector y Diputados de la Mesa, quienes en caso de pretextarse entrada en religión [de alguna de las colegialas] . . . se informarán e instruirán del hecho y acordarán lo conveniente, de suerte que nunca se tomen esos pretextos solamente para salir, sobre que se les vuelve a encargar la conciencia".²⁷

Queda así claro que la negativa de fundación de algún convento de monjas en San Luis Potosí fue rotunda e inscrita en un marco general del mismo sentido.

Después de la independencia, el primer asomo de legislación adversa a las comunidades religiosas femeninas se dio en el artículo 5 de la Constitución Política de 1857 en aquella parte que decía: "La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación, ó de acto religioso".

Luego el artículo 21 de la ley de 12 de julio de 1859, expedida en Veracruz, disponía: "Quedan cerrados perpetuamente todos los noviciados en los conventos de señoras religiosas. Las actuales novicias no podrán profesar".

El golpe fuerte llegó con el decreto de 26 de febrero de 1863, que escuetamente dispuso lo siguiente en el artículo número 1: "Quedan extinguidas en toda la República las comunidades de señoras religiosas".

El artículo número 7 de esa ley exceptuó a las Hermanas de la Caridad.²⁸ Y el decreto de 13 de marzo de 1863 ordenó la ejecución de la exclaustación de las monjas. Al efecto se publicó un reglamento que en su artículo número 2 fijaba el estado de vida que las

²⁶ OBREGÓN, *El Real Colegio*, p. 16.

²⁷ OBREGÓN, *El Real Colegio*, p. 178.

²⁸ TENA RAMÍREZ, *Leyes fundamentales*, pp. 607, 641, 666, 667.

exclaustradas deberían llevar, con estas palabras: "Cualquiera que sea su edad, se someterán forzosamente a su padre, como todas las personas de su sexo no casadas", y respecto del cumplimiento de tal obligación señalaba con drasticidad:

"Pena de muerte a los que estorbaren esta vuelta".²⁹

Pero el golpe jurídico definitivo fue la elevación a rango constitucional de la ley de extinción, conforme a las adiciones y reformas de 25 de septiembre de 1873, al añadirse al texto del citado artículo número 5 de la Constitución de 1857 esta expresión: "La ley, en consecuencia, no reconoce órdenes monásticas, ni puede permitir su establecimiento, cualquiera que sea la denominación u objeto con que pretendan erigirse".³⁰ Del mismo modo se trasvasó a la Constitución de 1917³¹ y en las reformas de 1974.³²

Al lado de las leyes generales del país, las particulares del estado de San Luis Potosí se complementan con ellas. Supuesta la primacía de la Federación, el artículo 113 de la Constitución del estado potosino, inscrito en el capítulo de prevenciones generales, manda que: "Todo funcionario o empleado público en el estado, antes de tomar posesión de su empleo, hará la protesta de guardar la Constitución, la Particular del Estado, las leyes emanadas de ambas y [...] si fuere de los que han de ejercer autoridad, añadirá la protesta de hacerlas guardar". Y el subsecuente 114 manda que: "Ni el Congreso ni autoridad alguna pueden dispensar la observancia de esta Constitución. La infracción de ella, en cualquiera de sus artículos, produce acción popular contra el infractor". El espíritu de las leyes vigentes en San Luis Potosí también se revela oblicuamente en el artículo 13, que trata de la pérdida de la ciudadanía y previene en su fracción III un supuesto desconocido hasta hoy en la realidad vital de la típica sociedad potosina. Se pierde la ciudadanía, dice: "Por comprometerse, en cualquier forma, ante ministro de algún culto o ante cualquier otra persona, a no observar la presente Constitución y las leyes que de ella emanen".³³

Queda pues claro que a la negativa de los reyes de España para que se fundara algún convento de monjas en San Luis Potosí, se sucedió en la legislación del país independiente la extinción de las órdenes religiosas en la época liberal con puntos de drasticidad como

²⁹ LABASTIDA, *Colección*, pp. 406, 407.

³⁰ TENA RAMÍREZ, *Leyes fundamentales*, p. 698.

³¹ *Constitución 1917*, p. 5.

³² *Derechos Pueblo Mexicano*, p. 114.

³³ *Legislación San Luis Potosí*, pp. 6, 31.

la pena de muerte. Y queda también claro que en el siglo XX subsiste la imposibilidad jurídica de la existencia de un convento de monjas.

III. LA EXCEPCIÓN

En el tema que nos ocupa, la excepción a la regla se quedó en el deseo expresado a mediados del siglo XVIII por unos cuantos interesados en que se fundara algún convento de religiosas,³⁴ que puede resumirse en el pensamiento del alcalde mayor Antonio Francisco de Medina Calderón, relativo al colegio de niñas: "será un jardín, en que trasplantadas muchas flores de las que abundan, y desparramadas están expuestas a las rigurosas amenazas del engañoso siero". Se quedó, además, en el trato social de deferencia manifestado en los documentos públicos que sustentan las listas adjuntas de monjas potosinas y de presuntas monjas potosinas o bien vinculadas con alguna familia de la ciudad. Las llamaron: monjas, señoras monjas, monjitas, madres, reverendas madres, religiosas y hermanas. También se quedó la excepción en la profesión religiosa de las pocas damas potosinas que hemos localizado en conventos de otras ciudades.

Con dificultad se ha reunido el exiguo número de 13 religiosas potosinas, cuya época de estancia conocida en algún convento foráneo fue de 1645 a 1734. De la lista adjunta se infiere que el convento más cercano y prestigioso al que acudieron las potosinas fue el real convento de Santa Clara de Querétario. Contamos siete de ellas en él; dos más en Santa Clara de México; una en San Bernardo de México; una en Puebla, y otra más sin destino identificado.

Se infiere también de tan pequeño pero significativo grupo el predominio de la orden franciscana femenina o segunda orden franciscana o clarisa. Y se deduce que el aspecto económico también influyó en la reducción de aspirantes a la profesión religiosa femenina, por cuanto había que erogar gastos de traslado, acompañamiento y principalmente la dote.³⁵

Dado lo exiguo del número, deben sumarse las monjas que se supone eran potosinas o estuvieran vinculadas por algún lazo familiar a San Luis Potosí. Son diez en total, de las que curiosamente sólo

³⁴ AGN, *Colegios*, tomo 42, núm. 1, ff. 23, 25, 42, 44-46, 48.

³⁵ Véase la lista adjunta.

una fue clarisa en Querétaro, pero notable por estar relacionada con los esposos fundadores del Carmen de San Luis Potosí y del colegio de niñas. La fundadora se refirió a ella en su testamento llamándola Gertrudis de San Buenaventura y expresando que era novicia.

Queda pues claro que si el número conocido de monjas de origen potosino fue corto, más lo fue el de presuntas monjas vinculadas con familias potosinas y escaso en grupo. Vano fue, entonces, el deseo del prior de San Juan de Dios expresado en 1735 en las diligencias de fundación del colegio de niñas, al decir al virrey: "con el tiempo excelentísimo señor puede llegar, a conseguirse un convento de religiosas siendo con semejante adelantamiento esta ciudad una de las mejores que tenga la católica majestad debajo de su corona".³⁶

IV. EL DILEMA

Es necesario contestar, aunque parcamente, la pregunta de cuál fue la causa para que en la ciudad de San Luis Potosí cesara la ausencia de monjas, cuál la época y cuáles sus circunstancias. Para esto conviene recordar que las constituciones de las monjas de Santa Clara, impresas en 1678 y reimprimadas en México en 1822, contenían este mandamiento: "ordenamos que en el Coro alto no haya más de una reja de hierro fuerte y tenga [...] un velo negro, el cual no se quitará sino para oír la palabra de Dios y cuando alcen el Santísimo Sacramento".³⁷

Este velo del coro alto fue común a los conventos de monjas de Nueva España, pues Rita de la Preciosa Sangre [o Josefa de la Cruz] narra en sus *Apuntes* relativos al de Santa Inés de Monte Policiano de México, de la orden concepcionista, que al día siguiente de la "Nochebuena" de 1860 entraron los liberales a la ciudad y "al levantar el velo del coro para oír misa, me llamó la atención un hombre que estaba en la iglesia fumando su puro dentro del sombrero [o sea con el sombrero calado]. Me afligió mucho esto, comprendí en qué manos estaba todo, pues tan pronto perdían el respeto a la iglesia, menos lo tendrían con nosotras".³⁸

El pensamiento de la monja cronista no estaba desencaminado. Pudo quedar convertida en estatua de sal, porque si hay un momento en que

³⁶ AGN, *Colegios*, tomo 42, núm. 1, f. 46.

³⁷ MAZA, *Arquitectura*, p. 18.

³⁸ MURIEL, *Cultura*, p. 92.

pueda situarse el fin material de la Nueva España fue precisamente ese. La cuerda se rompió en su parte de mayor firmeza hasta que no resistió más. Es decir que habiendo sido solamente política la separación de España, la vida del nuevo país continuó igual en gran medida. Y al enfrentarse los liberales contra las monjas alguien tenía que ganar inmediata o mediatamente o seguir caminos diferentes y aun contrarictorios. De hecho con la exclaustación de las monjas un mundo se acabó, una de las porciones más sensibles e íntimas de la Nueva España fue extraída, arrojada y extinta.

Una vez exclaustadas las monjas de los conventos de la ciudad de México y demás del centro del país, la dispersión fue inevitable. Los conventos y sus tesoros históricos y artísticos se perdieron en su mayor parte, privando al país de una de las más exquisitas porciones de su patrimonio.³⁹

Fueron precisamente las Hermanas de la Caridad las primeras que llegaron a la ciudad de San Luis Potosí. El general Tomás Mejía se acercó el 21 de diciembre de 1863 con sus fuerzas conservadoras y entró a ella en los días de Navidad. Benito Juárez, quien se encontraba ahí desde junio anterior, huyó al parecer el 22 y sus fuerzas liberales volvieron a sitiar la ciudad pero fueron rechazadas. Quedó Mejía con "cañones, carros de munición [...], gran cantidad de armamento" y la ciudad "sembrada de cadáveres [...], más de 200 muertos, muchísimos heridos [...] 120 prisioneros [...] desolación, ruina y el espectro de la peste".

Mejía trajo a las Hermanas de la Caridad a la ciudad de San Luis Potosí, donde se dedicaron a su labor de asistencia médica a enfermos y heridos. Con esta acción ganaron el respeto y el aprecio de los potosinos, por lo que el general tuvo que trasladar a México la solicitud de la sociedad potosina que expresaba el deseo de "la fundación de un establecimiento de esta naturaleza en nuestra capital".

El empeño cristalizó en noviembre de 1866, al llegar el grupo que fundó la comunidad potosina. El gobernador, una comisión del ayuntamiento, el párroco y el pueblo recibieron a las fundadoras. Ellas prosiguieron su obra de servicio, que encaminó la comprensión entre

³⁹ MURIEL, *Conventos*, *passim*; RAMÍREZ APARICIO, *Conventos suprimidos*, *passim*. Esta obra, con sus textos y documentos gráficos, es insustituible para calibrar la magnitud de aquel hecho histórico aunque sólo alcanzó a tratar de las monjas hasta poco antes de su exclaustación.

el elemento monjil y los potosinos. Pero en noviembre de 1874 "Lerdo y los liberales tuvieron a bien expulsar a las Hermanas de la Caridad del país". Las de San Luis Potosí salieron al destierro en diciembre siguiente.⁴⁰

En efecto, fueron desterradas del país 355 mexicanas Hermanas de la Caridad, de un total de 410 que atendían a quince mil personas aproximadamente.⁴¹ Se marcharon después de 30 años de labor, pues las fundadoras habían salido de Madrid a México en agosto de 1844, espléndidamente dotadas por la condesa mexicana del título de la Cortina.⁴²

Y se fueron dejando en el ánimo de los potosinos la piedra fundamental de una nueva era de vida religiosa femenina comunitaria en una ciudad que les era vedada, pero que, por contradicción de la historia, les dio la bienvenida cuando estaban ya dentro de ella, después de una batalla de una guerra auténtica, primera y definitiva causa eficiente de la ruptura del molde en que los reyes de España habían encerrado a las monjas de Nueva España, o por lo menos factor determinante de su expansión a todo el país. Por punto extraordinario debe tenerse en cuenta que abrieron las puertas de San Luis Potosí, antiguo real de minas y real frontera, unas monjas que ni siquiera pertenecían a las órdenes antiguas establecidas en el país sino a una novísima.

V. LA PROTECCIÓN Y LA DESPROTECCIÓN

La respuesta al por qué la legislación indiana surtió el efecto que se buscaba en asunto de monjas y las legislaciones liberal y revolucionaria no sólo fracasaron sino que produjeron el efecto contrario en San Luis Potosí, podemos encontrarla en el binomio protección y desprotección jurídica de una y de otras respectivamente.

Del derecho indiano que trata del asunto, se deduce que los reyes de España exigían, para dar su beneplácito a la fundación de un convento de monjas, la concurrencia de dos elementos ordinarios, la utilidad y la necesidad, y uno extraordinario, la urgencia. Daban a cambio su real protección.

⁴⁰ ANAYA, *El Seminario*, pp. 51, 54; MONTEJANO Y AGUIÑAGA, *Primer centenario*, pp. 7-9.

⁴¹ ABASCAL, *La Constitución*, p. 80.

⁴² *Diccionario*, p. 1378.

En efecto, a finales del siglo XVI, el rey Felipe II concedió su licencia para la fundación del convento de religiosas concepcionistas de Ciudad Real de Chiapas —hoy San Cristóbal las Casas— porque "de hacerse el monasterio resultará bien universal en aquella tierra", bajo la condición de que se situara "dentro de la ciudad" que, por cierto, era sede episcopal.⁴³

En San Luis Potosí, para lograr la fundación del colegio de niñas con pretensión de que alguna vez fuera convento de monjas, entre otros motivos se alegó, al parecer buscando ajustarse al derecho, que quedó "bien avecindado para su mayor seguridad" entre el colegio de los jesuitas y el hospital de San Juan de Dios.⁴⁴

Mas a falta de documentos directos de alguna fundación potosina, es pertinente recordar los de la fundación del convento de capuchinas de la relativamente cercana villa de Lagos (ahora Lagos de Moreno, en Jalisco). En las diligencias jurídicas se dice haber tenido en cuenta que los vecinos vivían de la crianza de ganados y labranza de campos, cuyos productos vendían a los reales de minas; pero especialmente se previó que la villa "está muy distante de las fronteras de los indios bárbaros, y a más de doscientas leguas de ellas, con todo el intermedio poblado de otros muchos lugares, por lo que pueden vivir con toda seguridad, debiéndose creer esta población de las más estables, y seguras del Reino".

Este punto es de primer orden, puesto que los citados títulos de los alcaldes mayores de San Luis Potosí tuvieron siempre, en concordancia con la realidad, el agregado de "teniente de capitán general [el virrey] de las fronteras de indios chichimecas y proveedor a paz y guerra en ellas", hecho que excluía de por sí a la ciudad para ser asiento de monjas, además de ser real de minas.

En Lagos se consideró también que las religiosas hallarían abundancia de legumbres y semillas "que es de lo que se alimentan las Capuchinas, y algunos vellones de lana para sus pobres vestidos". Y todavía después de la ceremonia de fundación, los señores que asistieron dieron fe de la conformidad de los muros de la clausura a la práctica jurídica.

Ya desde el camino que habían emprendido las fundadoras para llegar a Lagos, el espíritu de protección de las leyes de aquella época concedió que se "pueda permitir comer extraordinariamente, tomar

⁴³ FLORES RUIZ, "Rincones", pp. 415, 416.

⁴⁴ AGN, *Colegios*, f. 3.

chocolate y cualquier otra refacción a fin de que conserven su salud entre las penalidades e incomodidades del viaje".

Sin embargo, todas hubieran sido disposiciones inconexas y sin sentido, es decir cabos sueltos, si el rey hubiera omitido expresar claramente en el texto de su real licencia, dada en el Buen Retiro a 31 de agosto de 1755, que la fundación quedaba "debajo de mi Real Protección y Patronato" y que "a este fin derogó todas las leyes, ordenanzas y otros despachos que estuvieren expedidos en contrario, dejándolos en su fuerza y vigor para en adelante, por ser así mi voluntad".⁴⁵

Es cierto que los reyes siempre habían mandado por norma general que los conventos se fundaran en ciudades y poblaciones⁴⁶ y que su afán de protección llegó al grado de imponer destierro a 30 leguas de distancia del lugar en que se infringiera la providencia de atajar el abuso de conversaciones en los locutorios de los conventos de monjas,⁴⁷ pero también es cierto y muy creíble que las mujeres de Nueva España buscaban ganar y gozar su real protección, saliendo del ámbito familiar para ingresar a otro distinto, en que se disfrutaba la autonomía económica de la comunidad, la consideración social y beneficios tan especiales, entre otros, como ejercer el derecho a votar y ser votadas para los cargos que se desempeñaban en las comunidades.

Al lado de la reja del coro bajo, había en las iglesias de los conventos de monjas de Nueva España la llamada crátula o ventanilla, por donde el capellán, sin entrar a la clausura conventual, daba la comunión a las religiosas y por donde ellas sufragaban sus votos "en un Arca de tres cajoncitos, cerrada".⁴⁸ Queda un ejemplo de este especialísimo elemento de la arquitectura de Nueva España en la iglesia de la Enseñanza Antigua de México, que fue de la Compañía de María. Su crátula es bella además de histórica, pues luce la gracia de unos ángeles con medio cuerpo a manera de sirenas, otra más de las mil y una formas que usó el barroco para transmitir su espíritu, pues ambos angelillos soportan un escusón que muestra un pozo simbólico en su campo. Este ejemplo fue testigo por ello de cierta práctica democrática.

⁴⁵ REYNOSO, *Fundación*, pp. 25, 26, 47, 67, 10.

⁴⁶ LEJARZA, "Expansión", p. 155.

⁴⁷ LEJARZA, "Expansión", pp. 159, 160.

⁴⁸ MURIEL y GROBET, *Fundaciones neoclásicas*, p. 51.

VI. LA NOVEDAD

A la salida de las Hermanas de la Caridad en 1874, aunque el primer paso radical y decisivo para el establecimiento de las monjas en San Luis Potosí estaba dado, volvió el vacío. Sólo doce años después llegaron las Damas del Sagrado Corazón a fundar su colegio, cuyos trabajos iniciaron en 1886.⁴⁹ De ahí en adelante siguió la afluencia de comunidades religiosas femeninas, con fuerza redoblada al avanzar el siglo XX. A tal grado que en 1989, año de la elevación de San Luis Potosí de ciudad episcopal a sede metropolitana o arzobispal, se contaron 30 comunidades en ella establecidas, a que se sumaron diez radicadas en la primitiva jurisdicción diocesana, inmediata a la ciudad.⁵⁰ Esto se dio en casi un siglo.

La exclaustración y la extinción jurídica de las monjas fue como golpear un panal y dispersar las abejas. Salieron del espacio vital que les construyó el mundo virreinal y de ahí en adelante llenaron el país. Ahora las hay en todas partes.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

1) El derecho indiano, relativo a la fundación de conventos de monjas, se observó en la ciudad de San Luis Potosí del antiguo reino de la Nueva España, desde su fundación formal en 1592 hasta la independencia política del país de la corona de España en 1821. Esto es que ahí fue inválido el aforismo de "obedézcase pero no se cumpla", expresión despectiva de las leyes de España. Nunca hubo conventos de monjas en la ciudad en cumplimiento de la ley y a pesar del afamado carácter de religiosidad de sus habitantes.

2) La fundación de conventos de monjas en la ciudad de San Luis Potosí hubiera sido jurídicamente posible, de haber interés, sólo en el periodo de 1821 a 1857. Pero no se dio el caso.

3) A nuestro juicio, el esbozo de esta contradicción jurídica, histórica y social se explica desde dos ángulos. El primero atiende al espíritu de las leyes de la monarquía española, que fue de protección a la mujer inclinada a la vida religiosa comunitaria, evitando su enclaustramiento en un real de minas (expuesto siempre a la bonanza, al derrumbe súbito de su auge y a la decadencia, y a ser lugar de

⁴⁹ VELÁZQUEZ, *Historia IV*, pp. 121, 122.

⁵⁰ *Diócesis*, pp. 60-65.

jugadores, aventureros y gente de todas clases y castas) y a la vez real frontera de guerra con indios "gentiles", a que se añadió cierta ausencia de interés de la sociedad y de la mujer potosina por la vida religiosa en comunidad, que persistió en el siglo XIX y todavía en el siglo XX. También es obvio que los reyes evitaron siempre exponer a las monjas a casos fortuitos, a fuerzas mayores, a gravar su real conciencia y su hacienda en forma permanente y extraordinaria. Y, en segundo lugar, podemos considerar que el espíritu de las acciones y de la legislación liberal de extinción de las órdenes religiosas suscitó el interés, la afición y en ocasiones la admiración por las monjas, provocando su arribo a una ciudad que les había sido vedada durante siglos y su establecimiento y actual desarrollo, no obstante la adversidad legislativa o aplicación de la ley de los contrarios o sea la desprotección jurídica.

4) De lo anterior se desprende la razón por la que la ciudad de San Luis Potosí carece, entre otros beneficios históricos y artísticos, de la riqueza arquitectónica que distinguió a los conventos de monjas de la época hispánica en el Nuevo Mundo y de los tesoros que albergaban, especialmente en el virreinato de México, y del importante renglón del arte monjil de cocina que caracteriza a otras ciudades como Puebla de los Ángeles, con su célebre "mole" y otras delicias barrocas irresistibles a los sentidos.

5) En el planteamiento de este trabajo ha convenido buscar el acuerdo en cuanto a la causa de la ausencia de monjas en el Potosí de la América Septentrional, pero también hay derecho a buscar el desacuerdo. Al respecto vale hacer notar que la Villa Imperial de Potosí, del antiguo virreinato de Perú (hoy jurisdicción de Bolivia), tuvo monjas, aun siendo real de minas.⁵¹ ¿A qué se debió este hecho? ¿Cómo se concilió con el derecho? Corresponde explicar la razón de esta presencia a quien vaya alguna vez de la América Meridional a la Septentrional.

⁵¹ CHACÓN TORRES, *Arte Potosí*, fig. 49, MARTÍNEZ ROSALES, "Teresa de Ávila", p. 112.

ANEXO A

Monjas de familia de la ciudad de San Luis Potosí

1. Luisa de la Asunción o de la Ascensión, convento de Santa Clara de Querétaro, clarisa, 1645-1670.* AHESLP, protocolo de 1669, f. 367; protocolo de 1700, ff. 138-162; protocolo de 1761, ff. 30-33v.
2. Luisa de San José, convento de Santa Clara de Querétaro, clarisa, 1670. AHESLP, protocolo de 1669, f. 367.
3. "Monja Bibiana", convento de San Bernardo de México, concepcionista, 1670. AHESLP, protocolo de 1669, f. 367.
4. Isabel de San José, convento de Santa Clara de Querétaro, clarisa, difunda en 1700. AHESLP, protocolo de 1700, ff. 158-162.
5. Josefa de Santo Domingo, convento de Santa Catalina de México, dominica, 1693-1734. AHESLP, protocolo de 1693, ff. 55-62; protocolo de 1697, ff. 264-266v; protocolo de 1698, ff. 16v-33; protocolo de 1707, ff. 143, 145, 182 y ss; protocolo de 1734, 2 ff., escritura de 6 de junio.
6. Junta de San Francisco, convento de Santa Clara de Querétaro, clarisa, 1703. AHESLP, protocolo de 1703, 4 ff. destruidísimos, testamento de Francisca Ramos de la Vega, cláusula 8.
7. Ana de San . . . , convento de Santa Clara de Querétaro, clarisa, 1703, AHESLP, protocolo de 1703, 4 ff.
8. Francisca Xaviera de Santa Clara, convento de Santa Clara de México, clarisa, 1709-1738. AHESLP, protocolo de 1708.1, ff. 64-69v, 69v-72; protocolo de 1738, ff. 205v-210; protocolo de 1765, ff. 159-182.
10. Gertrudis Teodora de Jesús, convento de Santa Clara de Querétaro, clarisa, 1711-1735. AHESLP, protocolo de 1711, ff. 320, 321; protocolo de 1717, 7 ff., testamento de Luisa de Torres y Guzmán de fecha 27 de diciembre; protocolo de 1720, f. 191ss; AHESLP, *Alcaldía Mayor de San Luis Potosí*, 1735.1, expediente sobre dineros de la madre Gertrudis.
11. Sebastiana de la Concepción, convento de Santa Clara de Querétaro, clarisa, 1717-1720. AHESLP, protocolo de 1717, 7 ff., testamento de Luisa de Torres y Guzmán, de fecha 27 de diciembre.

* Los años indican estrictamente aquellos en que aparecen citadas en calidad de monjas.

12. Hermana del bachiller Juan Ángel, "uno de los conventos de la ciudad de la Puebla de los Ángeles", 1734. AGN, *Colegios*, tomo 42, número 1, ff. 5, 8v.

13. "Salió otra niña para tomar el hábito de monja, cuyo nombre no tiene presente" (el comendador de la Merced fray Vital Moctezuma), 1734. AGN, *Colegios*, tomo 42, número 1, f. 8v.

ANEXO B

Monjas de presunta familia de la ciudad de San Luis Potosí

1. Teresa de San Juan, convento de La Encarnación, ciudad de México, concepcionista, 1676. AHESLP, *Ayuntamiento de San Luis Potosí*, Libro de cabildos 1671-1676, f. 571.

2. "Monjita de la Capetillo": AHESLP, protocolo de 1693, ff. 29v-31v.

3. María de la Purificación, convento de San Lorenzo de México, agustina. AHESLP, protocolo de 1693, 3 ff., testamento de Antonio de Ledezma otorgado entre el 26 de marzo y el 17 de abril.

4. Juana de la Presentación, convento de San Lorenzo de México, agustina. AHESLP, protocolo de 1693, 3 ff., testamento del citado Antonio de Ledezma.

5, 6. "Monjas de San Juan y Vanegas", ¿Convento de Santa Mónica de Guadalajara?, Agustina. AHESLP, *Ayuntamiento de San Luis Potosí*, Libro de cabildos 1717-1719, ff. 8v, 12, año de 1719.

7, 8, 9. "Tres señoras monjas". AHESLP, protocolo de 1762, ff. 98-100.

10. Gertrudis de San Buenaventura, novicia, convento de Santa Clara de Querétaro, 1735. VELÁZQUEZ, *Colección II*, p. 167, testamento de doña Gertrudis Teresa Maldonado Zapata.

Siglas

- AGN Archivo General de la Nación, México, D. F.
 AHBMNAH Archivo Histórico de la Biblioteca del Museo Nacional de Antropología e Historia, GO = Colección Gómez de Orozco.
 AHESLP Archivo Histórico del Estado de San Luis Potosí.
 SLP San Luis Potosí, ciudad, estado, municipio, provincia, región, zona, parroquia, obispado y arzobispado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL, Salvador, *La Constitución de 1917 destructora de la Nación. Estudio histórico crítico*, México, Editorial Tradición, 1982.

ANAYA, Ricardo B., *El seminario conciliar de San Luis Potosí*, San Luis Potosí, 1955.

Constitución

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, facsímil, 1981.

CHACÓN TORRES, Mario, *Arte virreinal en Potosí. Fuentes para su historia*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1973.

Derechos Pueblo Mexicano

Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones. Antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional. II. Artículos 5º a 15, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, 1985.

Diccionario

Diccionario Porrúa de historia, biografía y geografía de México, México, Editorial Porrúa, 1986.

Diócesis

Diócesis de San Luis Potosí. Directorio eclesiástico, 1988-1989. (Uso privado).

FLORES RUIZ, Eduardo, "Rincones de historia. La calle de las monjas en Ciudad Real", en *Abside. Revista de cultura mexicana*, vol. XXVIII:4 (oct.-dic., 1964), pp. 414-432.

LABASTIDA, Luis G., *Colección de leyes, decretos, reglamentos, circulares, órdenes y acuerdos relativos a la desamortización de los bienes de corporaciones civiles y religiosas...*, México, Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas, 1893.

Legislación San Luis Potosí

Legislación pública estatal. Constitución, leyes orgánicas, del municipio libre, de hacienda y de asentamientos humanos. Estado de San

- Luis Potosí, México, Escuela Libre de Derecho, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Instituto Mexicano del Seguro Social, 1984.
- LEJARZA, Fidel de, "Expansión de las clarisas en América", en *Archivo Iberoamericano. Revista de Estudios Históricos*, 2a. época, XIV (54) (abr.-jun., 1954), pp. 129-190.
- MARTÍNEZ ROSALES, Alfonso, *El gran teatro de un pequeño mundo. El Carmen de San Luis Potosí*, México, El Colegio de México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1985.
- , "Teresa de Ávila y América", en *Teresa de Jesús vive... IV Centenario de su muerte 1582-1982*, San Luis Potosí, 1982.
- MAZA, Francisco de la, *Arquitectura de los coros de monjas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Estéticas, 1973.
- , *El arte colonial en San Luis Potosí*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Estéticas, 1969.
- MONTEJANO Y AGUIÑAGA, Rafael, *Primer centenario del santuario de Señor San José*, San Luis Potosí [1985].
- MORÁN, Teresa del Niño Jesús, "Semblanza de la Sierva de Dios Concepción Cabrera de Armida", en *Una mujer de nuestro tiempo: Concepción Cabrera de Armida*, México, Editorial Frumentum, 1963.
- MURIEL DE LA TORRE, Josefina, *Conventos y monjas en la Nueva España*, México, Editorial Santiago, 1946.
- , *Cultura femenina novohispana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, 1982 (Serie de Historia Novohispana, 30).
- MURIEL DE LA TORRE, Josefina, y Alicia GROBET, *Fundaciones neoclásicas. La marquesa de Selva Nevada, sus conventos y sus arquitectos*. Edición de... Investigación de..., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.
- OBREGÓN, Gonzalo, *El Real Colegio de San Ignacio de México*, México, El Colegio de México, 1949.
- RAMÍREZ APARICIO, Manuel, *Los conventos suprimidos en México. Estudios biográficos, históricos y arqueológicos*, México, Editorial Inovación, 1979.

Recopilación

- Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1973.
- REYNOSO, Salvador, *Fundación del convento de Capuchinas de la Villa de Lagos*. Prólogo y notas de..., México, Editorial Jus, 1960.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1964*. Dirección y efemérides de..., 2a. edición, México, Editorial Porrúa, 1964.
- VELÁZQUEZ, Primo Feliciano, *Colección de documentos para la historia de San Luis Potosí*, San Luis Potosí, Archivo Histórico del Estado, 1987, reproducción del impreso de 1898.
- , *Historia de San Luis Potosí*, San Luis Potosí, Academia de Historia Potosina, Archivo Histórico del Estado, 1982, reproducción del impreso de 1946-1948.

LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL DERECHO MEXICANO

Arturo PÉREZ ROBLES

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve referencia al sistema norteamericano de *Intercompany Pricing*. III. Breve referencia al derecho mexicano. A. Legislación doméstica. 1. Normas vigentes en la fijación por parte de las autoridades fiscales, del valor de actos o actividades de los contribuyentes para efectos fiscales. 2. Los precios de transferencia en el Impuesto sobre la Renta. a) Lineamientos generales. b) Facultades generales. c) Facultades especiales de las autoridades fiscales. d) Métodos para la fijación de precios de transferencia. e) Ajuste complementario. 3. Los precios de transferencia en el Impuesto al Valor Agregado. 4. Los precios de transferencia en el Impuesto al Activo. A. Tratados internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

No es sino hasta la década de los noventa, cuando México incursiona en el estudio e implantación de nuevas regulaciones tributarias con miras a adaptarse al exigente enfoque de los negocios internacionales.

Anteriormente, México vio con cierto escepticismo el utilizar mecanismos diversos a las leyes (como lo son los tratados internacionales) para efectos de establecer normas que pretendieran evitar la doble imposición, principalmente porque nuestro país no es considerado como exportador de capitales. Por esta razón, acudió a su legislación doméstica como vía para intentar corregir aquellos problemas fiscales que originan los tributos en la realización de negocios más allá de las fronteras. Estos mecanismos unilaterales (*vgr.* el crédito fiscal) no evitaron que los inversionistas mexicanos transfirieran sus utilidades a otros estados con tasas fiscales muy reducidas o incluso inexistentes (paraísos fiscales) que, si bien serían gravadas al momento de ser repatriadas a través de la distribución de dividendos, pago de intereses, regalías, etcétera, se producía un beneficio de diferimiento en el pago del impuesto (*tax deferral*), que podía ser manipulado por el in-

versionista según su situación fiscal en el país de vinculación originaria (México).

El problema era aún más complicado y perjudicial con respecto a inversionistas extranjeros cuyo propósito se reducía a transferir utilidades generadas en México a otros estados, evitando en definitiva el pago del impuesto en México.

En adición a estas circunstancias y a raíz de nuestra apertura comercial con Chile, Estados Unidos de América y Canadá, nuestro sistema fiscal, altamente calificado en el ámbito doméstico, pero inadecuado a las exigencias comerciales que implica un libre intercambio comercial, se fue modificando tanto a nivel de leyes tributarias especiales, como a través de tratados fiscales cuyo objetivo primordial consiste en el intercambio de información tributaria y en evitar la doble tributación e impedir la evasión fiscal.

Asimismo, el hecho de que México sea visto como un país con alta susceptibilidad en la recepción de capital extranjero dentro del mercado común de América del Norte, le obliga a incluir en su legislación, mecanismos necesarios para gravar aquellas utilidades o riquezas generadas dentro de su territorio, adoptando bases similares a las establecidas tanto en los Estados que mantienen en nuestro país un alto nivel comercial, como en aquellos que potencialmente representarán una fuente de capital o de recursos.

Por lo anterior, México ha modificado su legislación tributaria doméstica y ha incursionado en la celebración de tratados internacionales con países como Estados Unidos de América, Canadá, Francia, Alemania y Suecia, entre otros, apegándose al Convenio de la Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio elaborado por el Comité Fiscal de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD por sus siglas en inglés), de la cual es miembro reciente.

Tanto la ley nacional como los tratados internacionales en los que México es firmante, establecen ciertas reglas que facultan a las autoridades fiscales mexicanas para asignar utilidades y determinar el precio o el monto de las contraprestaciones en las operaciones celebradas entre partes relacionadas, con el único objeto de determinar la base de los impuestos nacionales, evitando la evasión fiscal.

II. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA NORTEAMERICANO DE INTERCOMPANY PRICING

Los Estados Unidos de América (EUA) es probablemente el país pionero en materia de precios de transferencia, cuyo modelo tributario ha sido adoptado en muchas naciones.

El fundamento legal del *Intercompany pricing* se encuentra en la sección 482 del *Internal Revenue Code* (CODE), por virtud de la cual el Departamento del Tesoro de los EUA puede asignar ingresos, deducciones o créditos entre dos o más organizaciones o negocios poseídos o controlados directa o indirectamente por los mismos intereses, si determina que dicha distribución o asignación es necesaria para prevenir la evasión de impuestos o reflejar claramente el ingreso de cualquiera de dichas organizaciones o negocios, por no respetar el principio de precios de libre mercado.

La sección 482 del CODE tuvo como antecedente las primeras reformas legislativas ocurridas en 1917, a través de las cuales el *Commissioner* estaba autorizado para asignar ingresos y deducciones entre partes relacionadas, cuando las operaciones se realizaban entre empresas nacionales. Resulta claro que estas reformas legislativas, pretendieron frenar el abuso de las estructuras comerciales organizadas bajo un mismo grupo consolidado, cuando la razón de negocios llevaba implícita la aplicación de una mecánica operativa con el principal propósito de minimizar la carga tributaria.

En 1960, el *Internal Revenue Service* (IRS), conciente de que la sección 482 no era suficiente para proteger la jurisdicción norteamericana respecto de operaciones internacionales, influyó en la decisión del congreso para efectos de modificar el CODE y permitirle aplicar las facultades contenidas en dicha sección, a empresas extranjeras que operaban en los EUA a través de estructuras que permitían transferir utilidades a otros países, sin pagar los impuestos en el país de la fuente (EUA).¹

En 1962, el Departamento del Tesoro de los EUA promulgó ciertas reglas, tales como *Current Regulations*, con el objeto de establecer las bases sobre las cuales se fijarían los ingresos y deducciones en la sección 482 del CODE. Dichas reglas reafirmaron el principio de precios libres entre partes independientes, llamadas *Arm's Length Stan-*

¹ FOLSOM, Ralph, Michael WALLACE G. y John A. SPAGNOLE Jr., *International Business Transactions*, 4th edition, West Publishing Co., 1992, p. 143.

dard, como la base principal para ajustar las diferencias correspondientes, pero ahora aplicables en el ámbito de operaciones internacionales.

No fue sino hasta 1986, cuando se establecieron reglas altamente calificadas en operaciones que implicaban la ejecución de servicios, licencias sobre intangibles y, en general, la transmisión de bienes intangibles, ya sea en forma de derechos o incorporados a bienes tangibles: *intangible property*.

Los principales métodos para fijar los ajustes en materia de precios de transferencia son:

- a) *The comparable uncontrolled price method* o método de precio comparable en operaciones independientes.
- b) *The resale price method* o método de precio de reventa.
- c) *Cost-plus method* o método de costo más utilidad de operación.
- d) *The fourth method* o cuarto método.

Este cuarto método es de carácter supletorio y se utiliza con la técnica de análisis funcional, misma que se enfoca a la función económica de las empresas involucradas en las transacciones internacionales y en el riesgo económico para cada una de ellas.

En la aplicación de la sección 482 del CODE, el IRS ha realizado auditorías con un alto grado de contenido económico, debido a que la información exigida al contribuyente debe de ser suficiente para justificar la metodología usada en la fijación de los precios de transferencia. Dicha documentación debe contener, básicamente, la identificación de activos y las funciones e ingresos atribuibles a los mismos, la función de las empresas afiliadas y las tasas o expresión porcentual de las utilidades que les corresponden a las subsidiarias, tomando en consideración la apreciación o depreciación del capital, los costos de operación según la actividad económica de éstas y el valor actual de la *Rate of Return* o unidad monetaria, así como la *profit split* o división de utilidades, y demás información sobre el valor de transacciones comparables.

En materia de intangibles, el IRS ha considerado doce factores para determinar el valor de las transacciones internacionales y asignar ingresos a las empresas, según la importancia de esta clase de activos en la actividad económica del grupo, dentro de los cuales cabe mencionar los costos de producción, los gastos de comercialización, las mejoras tecnológicas atribuibles al intangible y la penetración del producto en el mercado, todos ellos de alta complejidad económica.

Debido a la avanzada técnica de las reglas en materia de precios de transferencia, la solución contractual ha sido una herramienta útil para resolver conflictos en esta materia. Los *Advance Pricing Agreement* (APAs) son contratos en los que converge la voluntad del IRS y de un contribuyente, mediante el reconocimiento de una metodología en aquellas operaciones específicas realizadas entre éste y una parte relacionada.² Esta vía de solución contractual ha sido recientemente muy socorrida, con el objeto de evitar algunas de las dificultades que presenta la aplicación de la creciente legislación norteamericana en política de precios de transferencia.

III. BREVE REFERENCIA AL DERECHO MEXICANO

A. Legislación doméstica

1. Normas vigentes en la fijación por parte de las autoridades fiscales, del valor de actos o actividades de los contribuyentes para efectos fiscales:

En nuestra legislación doméstica encontramos ciertas reglas que tienden a evitar que los valores de las operaciones realizadas entre partes relacionadas, se fijen a valores distintos a los de mercado. El primer ejemplo está en el artículo 24 fracción XV de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), por virtud del cual, el costo de adquisición de bienes o servicios declarado para efectos fiscales deberá corresponder al de mercado, siendo no deducible la diferencia. Un segundo ejemplo lo encontramos en el artículo 25, fracción XIII de la LISR, a través del cual, el crédito mercantil o *goodwill* no podrá tener efectos fiscales en la determinación de la utilidad fiscal del contribuyente.

La primera razón de fondo que justifica la existencia de esta disposición radica en el hecho de que los contribuyentes podrían disminuir en forma arbitraria la carga impositiva en la operación de venta de negociaciones, debido a que resulta prácticamente imposible fijar de manera precisa el monto de dicho activo, manipulando así los costos y precios en la determinación de la base del ISR. La segunda razón se basa en el hecho de que este tipo de activos no surge como conse-

² DOERNBERG, Richard L., *International Taxation*, 2nd edition, West Publishing Co., 1993, p. 227.

cuencia de alguna erogación específica por parte del causante. Por el contrario, el origen económico del crédito mercantil se encuentra en otro tipo de erogaciones como regalías, publicidad, sueldos y otras erogaciones a los que se les da efecto fiscal en forma independiente.³

Asimismo, dentro de nuestro Código Fiscal de la Federación (CFF) se encuentran diversos preceptos que ajustan las facultades de las autoridades fiscales y tienden a corregir irregularidades a través de la fijación o estimación de valores de mercado.

Con apoyo en el CFF, las autoridades fiscales están autorizadas para determinar presuntivamente el valor de ciertos actos o actividades, cuando el contribuyente se oponga u obstaculice la iniciación o el desarrollo de las facultades de comprobación de aquellas, o se adviertan ciertas irregularidades, deficiencias en sus libros o registros de contabilidad que impidan conocer fehacientemente su situación fiscal.

A primera vista estas disposiciones parecen estar enfocadas a solucionar los mismos problemas que engloba la política de precios de transferencia. Sin embargo, un análisis teleológico de dichas disposiciones, demuestra que las mismas son inaplicables y, en cierto sentido opuestas, a la verdadera problemática de fijación de ingresos o precios en operaciones celebradas entre partes relacionadas no sujetas a precios de mercado.

En efecto, en tanto que las facultades de las autoridades fiscales contenidas en el CFF tienden a fijar el valor de actos o actividades e, incluso de la utilidad fiscal de los contribuyentes cuando se desconoce su monto debido a ciertas irregularidades, las normas de precios de transferencia (que más adelante se estudian) tienen por objeto modificar la base de un contribuyente por medio de hechos conocidos y aceptados, tanto por dichos contribuyentes, como por las autoridades fiscales. En otras palabras, con base en las cifras proporcionadas tanto por los contribuyentes como por las autoridades fiscales es como se podrá modificar la situación de los mismos, a través de la aplicación de normas de precios de transferencia.

2. Los precios de transferencia en el Impuesto sobre la Renta:

a) *Lineamientos generales*

Las reglas de precios de transferencia en la LISR se engloban básicamente en los artículos 64, 64-A y 65 de la Ley de la Materia que, por estar incluidos dentro del Título II de la ley, son aplicables en principio a contribuyentes personas morales residentes en México y a establecimientos permanentes y bases fijas de personas morales residentes en el extranjero y aquellas operaciones celebradas entre otro tipo de contribuyentes cuando exista disposición expresa en la ley. En otras palabras, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) no está facultada para modificar la base gravable de otros contribuyentes distintos a aquellos a los cuales les es aplicable la disposición fiscal expresa.

Cabe mencionar que, de acuerdo al texto de los artículos 64 y 64-A de la LISR, la SHCP está facultada para modificar la utilidad o pérdida fiscal de los contribuyentes mediante la determinación del precio o del monto de las contraprestaciones de operaciones celebradas entre partes relacionadas. Lo anterior implica que dichas facultades solamente pueden ejercerse respecto de aquellos contribuyentes que determinen la base del ISR, mediante utilidad o pérdida fiscal. Esta misma circunstancia es corroborada por el artículo 65, el cual señala los métodos a utilizar para efecto de la aplicación de tales diferencias, al sujetar su aplicación a los casos previstos por los artículos 64 y 64-A antes comentados. Una excepción a lo anterior la encontramos en el artículo 144 de la LISR, donde se establece, que los residentes en el extranjero estarán obligados al pago de ISR sobre los ingresos determinados presuntivamente por la SHCP, en los términos de los artículos 64, 64-A y 65.

Considerando que, salvo dos excepciones (ingresos por enajenación de acciones e inmuebles), los residentes en el extranjero causan el ISR sobre ingresos obtenidos sin deducción alguna; la aplicación de las reglas de precios de transferencia respecto de ingresos que obtengan residentes en el extranjero permite a las autoridades fiscales determinar diferencias a contribuyentes que no determinan la base del impuesto mediante utilidad o pérdida fiscal, dada la aplicación armónica del artículo 144, en correlación con los pluricitados artículos 64, 64-A y 65.

³ CALVO NICOLAU, Enrique y Enrique VARGAS AGUILAR, *Estudio de la Ley del Impuesto sobre la Renta (EMPRESAS)*, Editorial Themis, 1986, p. 982.

b) *Facultades generales de las autoridades fiscales*

El artículo 64 de la LISR faculta a la SHCP para modificar la utilidad o pérdida fiscal de los contribuyentes, mediante la determinación presuntiva del precio en que los mismos adquieran o enajenen bienes, así como el monto de la contraprestación en el caso de operaciones distintas de enajenación, cuando: *i)* las operaciones de que se trate se pacten a menos del precio de mercado o el costo de adquisición sea mayor que dicho precio, *ii)* cuando la enajenación de los bienes se realice al costo o a menos del costo, salvo que el contribuyente compruebe que la enajenación se hizo al precio del mercado en la fecha de operación, o que los bienes sufrieron demérito o existieron circunstancias que determinaron la necesidad de efectuar dicha enajenación bajo tales circunstancias, y *iii)* cuando se trate de operación de importación o exportación o, en general, de pagos al extranjero.

Resulta importante mencionar que la aplicación del artículo 64 no exige vinculación en las operaciones respecto de las cuales se podrá modificar el precio o contraprestación establecidos; esto es, que puede aplicarse a operaciones realizadas entre partes independientes. Asimismo, esta disposición tiene aplicación respecto de cualquier operación distinta a las reguladas en forma expresa por los artículos 64-A y 65 de la LISR.

A manera de ejemplo, la fracción III del artículo 64, relativa al rubro general de pagos al extranjero, será aplicable respecto de aquellas operaciones que impliquen pagos a residentes en el extranjero, no regulados específicamente en los otros preceptos antes señalados.

c) *Facultades especiales de las autoridades fiscales*

El artículo 64-A establece un postulado especial a través del cual, la SHCP tiene facultades para modificar la utilidad o pérdida fiscal de los contribuyentes en operaciones celebradas entre personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas o establecimientos permanentes y bases fijas en el país de residentes en el extranjero, así como de las actividades realizadas a través de fideicomisos, si una de ellas posee intereses en los negocios de la otra o existen intereses comunes entre ambas, incluso cuando una tercera persona tenga interés en los negocios de aquellas.

El concepto de interés debe entenderse en su connotación económica, según la cual, cualquier relación comercial o financiera, unida por

condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, debe considerarse como sujeta a intereses comunes, aun cuando no sean realizadas entre empresas vinculadas a través del control accionario directo o indirecto, o del control de la función de administración.

Ahora bien, las facultades conferidas por la LISR a las autoridades fiscales, en los términos del artículo 64-A, se limitan a los siguientes supuestos:

i) En el caso de préstamos o descuentos sobre créditos cedidos directa o indirectamente, cuando la tasa de interés sea distinta de la que se hubiere pactado en transacciones independientes con o entre partes sin intereses relacionados y bajo condiciones similares o incluso iguales, se dé alguno de los supuestos del artículo 64.

De lo anterior se desprende que, en el supuesto en que las tasas de interés pactadas en una operación celebrada entre partes relacionadas corresponda a las tasas prevalecientes en el mercado, en operaciones celebradas entre sujetos sin intereses comunes, la SHCP podrá determinar diferencias si se presenta alguno de los supuestos del artículo 64, como podría ser que el costo financiero del capital otorgado en préstamo represente para el acreedor una pérdida, si se compara con el ingreso financiero representado por el interés a favor.

Por lo que respecta a los pagos al extranjero, el alcance de la fracción I del artículo 64-A resulta ciertamente más amplio, pues da pauta abierta a las autoridades fiscales para fincar diferencias, utilizando métodos económicos que, además del costo de la operación y los precios de mercado, tomen en consideración las condiciones económicas de los contratantes, el riesgo, las garantías e, incluso, el destino del capital. En efecto, el artículo 64-A fracción I permite a la SHCP determinar diferencias en operaciones crediticias donde el interés se ajusta a las tasas de mercado, siempre que se presente alguna de las hipótesis del artículo 64; este numeral incluye en su fracción III cualquier supuesto en el cual se involucren pagos al extranjero. Sin embargo, para determinar diferencias en el supuesto que se comenta, la SHCP deberá apegarse a los métodos y reglas que determina la LISR o, en todo caso, fundar y motivar las discrepancias que encuentre.

ii) En materia de prestación de servicios, el precepto en cuestión es aplicable exclusivamente en el supuesto de que las contraprestaciones no correspondan a valores de mercado (*arm's length basis*) en operaciones celebradas entre partes independientes. El precepto reco-

noce la importancia de ciertos servicios que involucran experiencias industriales, comerciales o científicas (*know-how*) y de aquellos otros que producen altos beneficios en el sector empresarial y que, por ende, deben ser retribuidos proporcionalmente.

iii) En materia de ingresos provenientes del otorgamiento del uso, goce o enajenación de bienes tangibles, el artículo 64-A faculta a las autoridades fiscales para fincar diferencias cuando el precio o renta cobrados no correspondan a valores de mercado en operaciones celebradas entre partes independientes. Para tal efecto, deberán tomarse en consideración, todos los elementos pertinentes que se requieran, tales como el precio de adquisición la inversión del propietario en el bien, el costo del mantenimiento, el tipo de bien y las condiciones en las que éste se encontraba al momento de hacer el pago correspondiente.

Resulta lamentable que la disposición utilice la expresión "precio" para efectos de fijar las diferencias en materia de precios de transferencia, tratándose de enajenación de bienes tangibles pues, en principio, quedarían fuera del alcance de esta disposición aquellas operaciones distintas a los contratos de cambio que, dada su naturaleza, no conllevan un precio (*vgr.* aportaciones de capital en especie).

iv) El mismo principio de *arm's length* es recogido por la fracción IV del artículo 64-A de la LISR, en materia de ingresos provenientes de la concesión en la explotación o transmisión de intangibles (*vgr.* patentes, marcas, fórmulas, planos, modelos industriales, etcétera) utilizando como parámetro de comparación, el total de los pagos o regalías cobradas con base en la producción, venta, utilidades u otro indicador.

El parámetro antes mencionado no se tomará en cuenta, cuando las partes hubieren compartido los gastos y riesgos en relación al proyecto de desarrollo e investigación del intangible. En sustitución, se considerará el valor del derecho o propiedad que se adquiera, tomando en cuenta, para tal efecto, los gastos y costos incurridos en el desarrollo del activo.

En el caso que no existan transacciones comparables, además de poder utilizar cualquiera de los métodos del artículo 65, que más adelante se explican, las autoridades fiscales deberán considerar ciertos factores, dentro de los cuales cabe mencionar la exclusividad que se tenga sobre el intangible, el costo del proyecto de investigación y desarrollo y la duración de la licencia de patente o registro.

El penúltimo párrafo de la fracción IV del precepto comentado, se establece que no podrán aplicarse las facultades de las autoridades fiscales en los términos de los artículos 64 y 64-A, tratándose de inventarios y otros bienes transmitidos por fusión o escisión de sociedades, siempre que éstos hayan sido traspasados al valor pendiente de deducir por las sociedades fusionadas o escindidas al momento de la fusión o escisión. Esta regla será aplicable en aquellos casos en que los contribuyentes realicen fusiones o escisiones respetando los lineamientos del artículo 14-A del CFF.

Sobre este respecto, cabe mencionar que la disposición condiciona la aplicación de las facultades de las autoridades fiscales, en los casos de fusión y escisión que cumplan con el artículo 14-A del CFF, a que las inversiones no depreciadas en su totalidad y los inventarios adquiridos durante el ejercicio, que no hayan sido deducidos fiscalmente, se transmitan a su valor pendiente por deducir, no existiendo condicionante respecto de inventarios deducidos e inversiones depreciadas. Una vez dado el cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 65, en el supuesto a estudio, la limitante en la aplicación de facultades de las autoridades fiscales en materia de precios de transferencia será absoluta, aun cuando los bienes de que se trate lleven incorporado el beneficio tecnológico de un intangible. Esta circunstancia podría ser aprovechada por los contribuyentes si realizan fusiones o escisiones que tengan efecto en otros países, pues podrían transmitirse activos intangibles de alto valor económico a países con tasas fiscales preferenciales.

v) Por otra parte, las autoridades fiscales tienen facultades para determinar presuntivamente el monto del precio o de la contraprestación, cuando exista envío o recepción de bienes a establecimientos permanentes o bases fijas de residentes en el extranjero, por parte de la oficina central u otro establecimiento ubicado en el extranjero, en los términos del artículo 65 de la LISR.

A primera vista, la disposición parecería absurda, si se tiene en mente que un establecimiento permanente no puede realizar negocios jurídicos con su oficina central o con otro establecimiento, pues se trata de un mismo ente jurídico. Sin embargo, la disposición hace referencia al valor en que los contribuyentes adquieran o enajenen bienes, ya sea en México o en el extranjero, respecto de los cuales se pretende darles efectos fiscales en México. Esta disposición resulta de gran trascendencia, si se considera que las deducciones en que incurra un residente en el extranjero, ya sea que se eroguen en México o en

el extranjero, relacionadas con la actividad empresarial que desarrolle en México a través de un establecimiento permanente, serán deducibles para fines del ISR en los términos del artículo 23 de la ley de la materia.

Asimismo, en materia de ingresos el artículo 4 de la LISR establece que se consideran ingresos atribuibles a un establecimiento permanente o base fija, los que obtenga el residente en el extranjero en la proporción en que dicho establecimiento permanente o base fija haya participado en las erogaciones incurridas para su obtención.

En esta misma línea, el último párrafo del artículo 65 faculta a la SHCP para modificar la utilidad o pérdida fiscal de los establecimientos permanentes o bases fijas de residentes en el extranjero, con base en las utilidades totales de dicho residente, en la proporción que represente el valor de los activos o ingresos de dichos establecimientos, respecto del total de unos y otros (*profit split method*).

vi) Por último, las facultades de las autoridades fiscales en materia de precios de transferencia, podrán aplicarse a operaciones que se realicen a título gratuito, salvo que se pruebe que el contribuyente ha celebrado con anterioridad operaciones idénticas o similares con terceros no vinculados.

d) Métodos para la fijación de precios de transferencia

Las autoridades fiscales pueden apoyar su política de precios de transferencia en cuatro diferentes métodos, contenidos en el artículo 65 de la ley.

Este dispositivo no precisa el orden de aplicación de los mismos, ni señala qué método es el idóneo respecto de cada una de las operaciones por las cuales las autoridades fiscales pueden determinar precios de transferencia.

La razón radica en el hecho de que la idoneidad de los métodos dependerá de la operación concreta, objeto de revisión por parte de las autoridades fiscales, siendo posible incluso utilizarlos en forma combinada.

i) El primero de los métodos es conocido como *método de precio comparable en operaciones independientes*, el cual es regulado por el artículo 65 fracción I de la LISR, que a su letra establece:

En los casos a que se refieren los artículos 64 y 64-A de esta Ley, así como en el caso de establecimientos permanentes y bases

fijas ubicados en México de residentes en el extranjero que envíen o reciban bienes de su oficina central o de otro establecimiento del contribuyente ubicado en el extranjero, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para determinar presuntivamente el precio o el monto de la contraprestación, podrá considerar lo siguiente:

I. Los precios corrientes en el mercado interior o exterior y en defecto de éstos el de avalúo que practiquen u ordenen practicar las autoridades fiscales. [...]

Como se observa, las autoridades fiscales podrán allegarse de información correspondiente a precios de mercado tanto en México como en el extranjero, para efecto de establecer si una operación respeta o no los parámetros de *arm's length*.

Lógicamente, la comparación de precios de mercado debe apoyarse en operaciones celebradas entre partes independientes, o bien, en operaciones celebradas por el contribuyente con terceros no vinculados.

Por otra parte, las autoridades fiscales podrán considerar el valor de avalúo, a falta de precios comparables. Lógicamente, la aplicación de este último parámetro (valor de avalúo) constituye un método diferente al de precios comparables e incluso resultan ser excluyentes, en la medida que aquel tendrá aplicación a falta de este último.

ii) El segundo método es conocido como *método de costo mas utilidad de operación*, el cual se contiene en la fracción II del artículo 65, mismo que a su letra establece:

En los casos a que se refieren los artículos 64 y 64-A de esta Ley, así como en el caso de establecimientos permanentes y bases fijas ubicados en México de residentes en el extranjero que envíen o reciban bienes de su oficina central o de otro establecimiento del contribuyente ubicado en el extranjero, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para determinar presuntivamente el precio o el monto de la contraprestación, podrá considerar lo siguiente: [...]

II. El costo de los bienes o servicios incrementado con el porcentaje de utilidad bruta con que opera el contribuyente determinado de conformidad con el Código Fiscal de la Federación o el costo de los bienes o servicios incrementado con el coeficiente que para determinar la utilidad fiscal le correspondería al contribuyente de conformidad con el artículo 62 de esta Ley y, en su caso, adicionado o disminuido con un porcentaje de utilidad

razonable que se determine, a través del análisis económico que realice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para el caso se determinará según los principios de contabilidad generalmente aceptados.

Respecto de este método, la SHCP podrá determinar presuntivamente el monto del precio o la contraprestación de operaciones celebradas entre partes relacionadas, adicionando el costo de los bienes o servicios con el porcentaje de utilidad bruta con que opere el contribuyente o bien, con el coeficiente para determinar la utilidad fiscal a que se refiere el artículo 62 de la LISR en ambos casos adicionado o disminuido con un porcentaje de *utilidad razonable* que al efecto determine dicha autoridad, a través de análisis económicos.

La primera opción para aplicar el método de *costo más utilidad de operación*, consiste en incrementar el costo de los bienes o servicios objeto de la operación celebrada entre partes relacionadas, con el porcentaje de utilidad bruta determinada al amparo del artículo 60 del CFF. Cabe mencionar que dicho artículo utiliza un método global para determinar el porcentaje de utilidad bruta, lo cual puede resultar injusto y contrario a la realidad económica del causante, si se piensa en un sujeto que realiza diversas actividades e incurre en gastos y costos distintos en proporción, según la línea del producto vendido o servicio prestado.

La solución ideal sería seccionar la utilidad, según correspondiera a cada línea de producto o servicio involucrados en la operación celebrada entre partes relacionadas, pues los márgenes de utilidad varían según el giro comercial o industrial. Es por ello que el porcentaje de utilidad que debe adicionarse o disminuirse, según el análisis económico, reviste fundamental importancia.

El anterior razonamiento se confirma con el hecho de que la segunda opción para aplicar el método a estudio, contempla el ajuste al costo de los bienes o servicios a través de la aplicación del coeficiente de utilidad fiscal, determinado según el giro del negocio, en los términos del artículo 62 de la LISR. En efecto, el artículo 62 establece distintos porcentajes para aplicar a los ingresos brutos, con el objeto de determinar la utilidad fiscal estimada de los contribuyentes, mismos que varían desde un 3%, según se trate de actividades de comercialización de petróleo, gasolina y otros combustibles, hasta el 30%, que corresponde a actividades de comisión y fábrica de cemento, entre otros.

Ahora bien, de acuerdo con esta segunda opción, las autoridades fiscales podrán determinar en forma estimada, el valor de los actos u operaciones celebradas entre partes relacionadas, incrementado el costo de los bienes o servicios con el porcentaje determinado al amparo del artículo 62, pudiendo modificar dicho resultado, con el porcentaje de utilidad determinado en forma razonable, según análisis económicos.

La utilización de estos factores estimados con base en análisis económicos podrá ser desvirtuada por los contribuyentes afectados y, en todo momento, la resolución fiscal quedará al libre arbitrio del juez, sustentado en pruebas periciales en materia económica que ofrezcan las partes.

Por último, este método tendrá especial aplicación en aquellas operaciones en las cuales una subsidiaria extranjera de una sociedad mexicana manufacture productos bajo una patente de esta última en el país, con costos bajos y tasas fiscales inferiores a las previstas en nuestra LISR.⁴

iii) El tercer sistema que utiliza la LISR es conocido como *método de precio de reventa*, que será utilizado principalmente en operaciones de distribución de productos. Dicho método consiste en determinar el valor real de precio de reventa de un producto, disminuyendo el precio de venta del mismo con el porcentaje de utilidad que le correspondería a la actividad o giro del negocio (según el producto), en los términos del artículo 62 y, adicionando dicho resultado con el porcentaje de utilidad que para la actividad del contribuyente determinen las autoridades fiscales, según estudios económicos.

Este sistema pretende fijar el valor de la función de distribución realizada por una parte relacionada. Es por ello que la utilidad del método se limita a aquellas operaciones en las cuales el comprador no adiciona un valor significativo al producto final, ni hace uso de intangibles con el objeto de incorporar un valor agregado al mismo.⁵

iv) El cuarto y último método que señala el artículo 65 de la LISR, conocido como *división razonable de utilidades o profit split method*, es aplicable exclusivamente a operaciones realizadas por residentes en el extranjero, a las cuales se les pretende dar efecto fiscal a través de un establecimiento permanente o base fija en el país. Este método ya

⁴ PAGAN, Jill C.; J. Scott WILKIE, *Transfer pricing strategy in a Global Economy*, IBDF Publications, 1993, p. 107.

⁵ DOERBERG, Richard L., *op. cit.*, p. 196.

fue comentado en la sección c) inciso vi) anterior, al cual nos remitimos para los comentarios precedentes.

e) Ajuste complementario

Debido a que las normas en materia de precios de transferencia tienen implicaciones en operaciones internacionales y con el objeto de evitar una doble gravación, se presenta la necesidad de que las autoridades fiscales mexicanas realicen un ajuste complementario respecto del ajuste principal llevado a cabo en otro país, donde las transacciones de una misma entidad comercial han tenido trascendencia jurídico-tributaria.

Por ejemplo, si una autoridad extranjera incrementó el importe del precio de venta de ciertos productos, para determinar el ingreso gravable de una empresa matriz en dicho país, las autoridades mexicanas deberían reconocer un ajuste complementario a la empresa compradora vinculada, para evitar una doble tributación. Esto podría cumplirse, a través del reconocimiento de un incremento en el costo de adquisición de los bienes de una empresa compradora residente en México.

Ahora bien, como el reconocimiento de un ajuste complementario implica una renuncia del país que lo confiere a percibir un ingreso tributario afectando el gasto público, la posibilidad de otorgarlo se ha reservado a los convenios para evitar la doble imposición en que México es parte, a través de un reconocimiento mutuo, sobre dicha renuncia por los países firmantes. La exigencia de aplicar estas disposiciones deviene de la propia apertura comercial de México y de la intención de importar capitales del extranjero. Es por ello que los tratados internacionales han tenido un juego muy importante en la modernización de nuestro esquema tributario, eliminando cargas tributarias que desalentarían el flujo de recursos.

De esta manera, las medidas del ajuste complementario se han reservado a aquellos países que mantienen una estrecha relación comercial y de inversión con nuestro país, con los cuales, México ha buscado la firma de convenios internacionales mediante el reconocimiento de criterios bilaterales de uniformidad y reciprocidad.

Para efectos de evitar la doble tributación, los países en cuyas jurisdicciones tenga efectos una operación sujeta a un ajuste principal en materia de precios de transferencia, deberán coincidir en i) las reglas de asignación o reparto según los métodos aplicables a cada

transacción, ii) las reglas de interpretación y aplicación de aquéllos, y iii) la aceptación de un correlativo ajuste complementario.

Por último, nuestra legislación interna debería reconocer expresamente la posibilidad de llevarse a cabo un ajuste complementario, cuando el efecto del mismo tuviera por objeto corregir diferencias en el propio ISR mexicano, en operaciones realizadas entre empresas que constituyen un mismo grupo comercial.

A manera de ejemplo, si la SHCP modifica la base gravable de un residente en el extranjero, incrementándole el monto de una regalía que le hubiere sido pagada por su subsidiaria en México para efectos del título V de la LISR, y con ello se fijara un impuesto a pagar, independientemente de que el gravamen fuera cubierto en definitiva por la subsidiaria en México por tener responsabilidad solidaria, debería permitirse un ajuste complementario a esta última, a efecto de que estuviera en aptitud de reconocer un incremento en sus deducciones. Esta posibilidad no está prevista en nuestra legislación y difícilmente podría presentarse sin una resolución administrativa que así la autorizara, dadas las extensas limitantes que prevé la LISR en materia de deducciones y las restricciones que presenta el método de interpretación estricta de la ley tributaria, cuando se pretende aplicar una norma referida a los elementos esenciales del impuesto (*vgr.* artículo 5 del CFF).

3. Los precios de transferencia en el Impuesto al Valor Agregado.

En materia de Impuesto al Valor Agregado (IVA), no existe disposición que permita modificar la base del impuesto, mediante determinación presuntiva del valor de actos u operaciones objeto del gravamen, cuando éstas se celebran entre partes relacionadas y no se ajustan a los estándares del *arm's length*.

Ahora bien, debido a que las normas de precios de transferencia están contenidos en la LISR, las mismas no pueden aplicarse por analogía a otro impuesto gobernado por su ley especial, como es el IVA (*vgr.* artículo 5, CFF).

Así las cosas, la aplicación práctica de las normas de precios de transferencia conducirá a la coexistencia de bases gravables distintas respecto de una misma operación, para fines de ambos gravámenes.

4. Los precios de transferencia en el Impuesto al Activo.

En materia de Impuesto al Activo (IMPAC) las consecuencias son diferentes debido a su estrecha vinculación con el ISR.

En efecto, el IMPAC surgió en 1989 como un tributo complementario al ISR, definido como un impuesto mínimo al patrimonio, acreditable contra el ISR e incluso recuperable en ejercicios futuros. Ciertamente, la base gravable del IMPAC la constituye el valor fiscal de los activos, determinado prácticamente en apoyo a las normas vigentes en el ISR. Así las cosas, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley del Impuesto al Activo (LIMPAC), el monto original de la inversión (base de las inversiones para fines de este gravamen) será el que corresponda según el artículo 41 de la LISR. Lo mismo sucederá en materia de terrenos (*vgr.* artículo 2 fracción II, LIMPAC).

Por lo que respecta al método de valuación de acciones, el artículo 2 fracción I de la LIMPAC establece que el promedio mensual de las acciones que constituyen activos financieros se determinará con base en su costo promedio por acción; este último calculado en los términos de los artículos 19 y 19-A de la LISR.

En materia de activos financieros representados por operaciones celebradas con instituciones que componen el sistema financiero o con su intermediación, su saldo promedio se determinará en los términos del artículo 7-B de la LISR.

Como podrá observarse, la estrecha relación entre ambos impuestos conlleva a que las consecuencias fiscales en materia de precios de transferencia en el ISR, trasciendan a la base gravable del IMPAC, ya sea a través del ajuste principal o del complementario.

A. Tratados internacionales

Debido a que los precios de transferencia tienen relevancia en operaciones internacionales, diversos organismos se han preocupado por establecer normas o modelos de aplicación que tiendan a resolver los conflictos en esta materia, homologando las normas en el ámbito internacional. Por otra parte, México se ha apegado a los modelos de la OECD para evitar la doble imposición internacional en los impuestos sobre la renta y el capital (en lo sucesivo el modelo de la OECD), dada su inclusión como miembro de dicha organización.

Así las cosas, tenemos que el modelo de la OECD contiene tres regulaciones básicas en materia de precios de transferencia.

La primera de ellas se contiene en el artículo 9 de dicho modelo, mismo que establece ciertas reglas a tomar en consideración, cuando al efecto se presente el fenómeno de los precios de transferencia entre empresas relacionadas. Para ello, el artículo 9 en cuestión señala que en el caso en el cual un estado someta a imposición las rentas o beneficios de un contribuyente residente de ese mismo estado y en consecuencia, las mismas sean gravadas en el otro estado contratante en el que reside una empresa relacionada de aquel contribuyente, los montos determinados que hubieran correspondido a una transacción celebrada entre partes independientes podrán incluirse en definitiva en la base gravable del impuesto que corresponda al residente del país en que se hubiera realizado el ingreso; en este caso, el otro estado deberá proceder a un ajuste complementario, teniendo en cuenta las demás disposiciones del modelo y la opinión de las autoridades competentes de los estados contratantes. En otras palabras, el estado en el cual se genere el ingreso, considerando que la operación se celebró respetando los parámetros de *arm's length*, tendrá derecho a fijar el impuesto en definitiva, debiendo el otro estado realizar los ajustes complementarios con miras a evitar la doble tributación.

El segundo precepto del modelo de la OECD, que tiene ingerencia en precios de transferencia, es el artículo 11, mismo que en su último párrafo señala que, cuando existan créditos que generen intereses en operaciones celebradas entre partes relacionadas y el monto de los mismos exceda al monto que normalmente se habría fijado de haberse celebrado dicha operación entre partes independientes, el excedente no gozará de los beneficios del tratado y, por lo tanto, podrá gravarse de acuerdo con la legislación doméstica del país de la fuente. De acuerdo con esta disposición, se pretende limitar el beneficio en la aplicación de las tasas preferenciales que normalmente se contienen en los tratados para evitar la doble imposición sobre la renta y el patrimonio, prevaleciendo las tasas ordinarias (normalmente mayores) contenidas en la legislación interna. Lo anterior es independiente al hecho de que las propias legislaciones domésticas rechacen la deducción del pago de dichos intereses por no ajustarse a los valores de mercado.

La tercera disposición en materia de precios de transferencia está contenida en el artículo 12, en materia de regalías. Las disposiciones de este artículo son prácticamente iguales a las comentadas anterior-

mente en materia de intereses, lo cual significa que sólo el importe de las regalías que se cubra con base en precios de mercado, estará sujeto al beneficio del tratado. Por el excedente se aplicará la legislación doméstica, según lo expuesto.

Por último, las autoridades fiscales tendrán que emitir reglas más claras y precisas en cuanto a la aplicación de la política en materia de precios de transferencia, para evitar inseguridad jurídica en los contribuyentes que, en aras de dar cumplimiento a las disposiciones fiscales a este respecto, ajusten el precio o la contraprestación pactada en operaciones comerciales con otras entidades vinculadas a ciertos métodos económicos distintos a los que en su momento consideren las autoridades fiscales al ejercer sus facultades de revisión.

Seguramente resultará interesante para nuestras autoridades fiscales analizar las experiencias originadas en otros países en los cuales la política de precios de transferencia tiene un arraigo importante en su cultura tributaria. Así por ejemplo, los APAs pueden ser una solución concreta a la inseguridad jurídica de los contribuyentes que, a falta de una legislación extensa y bien estructurada, utilicen la vía de concertación para determinar con claridad que sus operaciones comerciales con empresas relacionadas se ajustan a las políticas de precios de transferencia.

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA LEY SOBRE LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS

Ricardo J. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ

SUMARIO: 1. *Preámbulo*. 2. *Antecedentes constitucionales*. 3. *La Convención de Viena y el derecho comparado*. 4. *Otorgamiento de plenos poderes*. 5. *Los acuerdos interinstitucionales*. 6. *Los mecanismos internacionales para la solución de controversias*. 7. *Dualismo; el artículo 133 y la moderna legislación*.

1. PREÁMBULO

Considerado como un gran acierto legislativo se promulgó la Ley sobre la Celebración de Tratados en el mes de enero de 1992. Con ella se reglamenta por vez primera el contenido constitucional relativo a la celebración de tratados por el Ejecutivo con aprobación del Senado de la República. Y es ciertamente un acierto en cuanto que estas facultades otorgadas a los órganos de gobierno quedan bien delimitadas y se salvaguarda de modo más pleno el principio de legalidad, según el cual los órganos de poder deben actuar siempre *secundum legem*.

Nuestro propósito es hacer un estudio de la Ley según los principios de nuestra Constitución, para descubrir si la Ley se ciñe correctamente al marco constitucional, o bien como algunos han observado, se extralimita ampliando las facultades que la misma Constitución otorga a las autoridades, o incluso modificando la ubicación jerárquica que el derecho internacional ocupa en nuestro sistema.

Hay que advertir que esta Ley se promulgó con la concreta motivación de facilitar la celebración del Tratado Trilateral de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de América y Canadá, y no sólo su celebración, sino su legal aplicación, toda vez que en este Tratado se han incluido preceptos que hasta antes de la Ley no habían sido reconocidos por nuestra legislación; tómesese el caso de los mecanismos internacionales para la solución de controversias. Es pues —esta Ley— un brote más de la revolución legislativa que ha conllevado la

celebración de este acuerdo multilateral con el que México busca penetrar en la modernidad del desarrollo.

Hasta ahora la Constitución no se ha reformado en lo tocante a los preceptos que la Ley reglamenta, fundamentalmente el artículo 133, el 89 fracción X y el 76 fracción I, por lo que debe interpretarse en base a toda la labor de fundamentación constitucional que se ha construido sobre estas mismas bases. Dicho de otra forma, la Ley ha buscado facilitar el cumplimiento de los ya practicados preceptos constitucionales, no modificarlos. Es pues equivocado pensar que la Ley ha pretendido resolver aquella duda latente que plantea el artículo 133 sobre la jerarquía de los tratados internacionales.¹

En realidad el artículo 133 no deja lugar a dudas pues con toda claridad asienta que los tratados internacionales deben estar conformes con la Constitución, son pues jerárquicamente inferiores y se equiparan a una ley federal. Lo que sucede es que la tendencia constitucional actual —como lo abundaremos más adelante— va encaminada hacia otorgar mayor fuerza a los tratados internacionales haciéndolos fuente directa de derecho interno, al mismo nivel que la Constitución y con capacidad de hacerle enmiendas a ésta.

Hay que tomar en cuenta que esta situación ha creado no pocos conflictos entre nuestro derecho interno y el derecho internacional; conflictos prácticamente irresolubles que yacían en lo más recóndito de las inteligencias de los especialistas y que obligan a mantener una especie de esquizofrenia legislativa. Por un lado se aplica una legislación interna y por otro se asumen compromisos internacionales que contrarían esa misma legislación.² Esta situación ha querido soslayarse con la nueva Ley, máxime porque la amplitud del TLC y sus variadísimas implicaciones prácticas no admitirían esta contradicción. En la parte final de este ensayo plantearemos algunas contradicciones que nos parece existen, resultando necesario resolverlas apremiantemente.

¹ Quizá sería más preciso afirmar que la Ley sobre la Celebración de Tratados ha querido otorgar validez jurídica autónoma a las fuentes del derecho internacional, al mismo tiempo que salvaguarda el principio de supremacía constitucional, con lo cual termina dejando intactos los preceptos constitucionales.

² A pesar de lo que decimos en este párrafo, es de estricta justicia señalar la responsabilidad con la que ha dirigido nuestro país sus relaciones internacionales. Aún en los momentos más críticos se ha sabido hacer frente a las obligaciones asumidas en los tratados internacionales. Tómese el caso del Tratado de Guadalupe, firmado en el mes de febrero de 1848. Este Tratado fue negociado por funcionarios designados por don Manuel de la Peña y Peña que ocupó interinamente la presidencia de la República.

Antes de incursionar en el siguiente punto nos interesaría resaltar una cuestión de forma respecto a la Ley —tal como aparece en el *Diario Oficial* de la Federación del 2 de enero de 1992. El decreto de promulgación de la Ley no fue refrendado por el Secretario de Relaciones Exteriores.³ Según el artículo 92 de la Constitución, todo acuerdo o decreto del Ejecutivo debe estar refrendado —firmado— por el Secretario de Estado de la rama a la que el asunto se refiera. En el texto de la Ley se regulan actuaciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores encargada del archivo de documentos, registro, etcétera. Nos parece que atendiendo al texto de la Constitución, y la naturaleza de la Ley, debía haberlo refrendado el Secretario de Relaciones Exteriores. La Ley viene refrendada por el Secretario de Gobernación, a quien corresponde el manejo del *Diario Oficial* de la Federación. Podría argumentarse que como el acto del Ejecutivo es sólo el de la promulgación, éste no incide en el contenido de la Ley —que es obra del Órgano Legislativo— y por lo tanto el Secretario del ramo respectivo es la Secretaría encargada del instrumento de difusión, es decir la Secretaría de Gobernación. No compartimos esta opinión porque el Ejecutivo al promulgar una ley, se hace corresponsable de la legislación concreta, y por lo tanto de su contenido. La promulgación es parte del proceso legislativo.⁴ Una ley no es obligatoria mientras no esté promulgada y por lo tanto el acto del Ejecutivo es propio y distinto. La práctica en nuestro derecho público ha sido que el Ejecutivo promulgue y publique en un solo acto y con un decreto, fundado en el artículo 89 fracción I. El Secretario de Estado correspondiente debe sumarse a la responsabilidad del acto del Ejecutivo.⁵ Por otra parte la sanción que impone la Constitución es tan severa —sin este requisito no serán obedecidos— que es preferible llenar todos los requisitos de forma.

³ Advertimos que según el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reformado el 13 de diciembre de 1985 en los decretos promulgatorios de los actos legislativos formales, sólo refrenda el Secretario de Gobernación. Esta disposición desconoce la naturaleza del refrendo.

⁴ Esto no quiere decir que el acto de promulgación sea un acto legislativo, es, en cambio, el primer acto de ejecución de la ley llevado a cabo por el Ejecutivo. El acto legislativo es definitivo y perfecto cuando ya no es modificable por el Ejecutivo. Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 461.

⁵ Sobre la responsabilidad que asume el Secretario de Estado con el refrendo, ver FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 179.

2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Resulta necesario conocer el conjunto de la legislación constitucional sobre la materia de tratados internacionales para posteriormente hacer un análisis de la Ley sobre la Celebración de Tratados.

Comencemos por señalar que los artículos constitucionales que establecen una normatividad sobre los tratados internacionales, son: el artículo 15, que señala la prohibición de celebrar tratados internacionales sobre algunos temas; el artículo 76 f. I, que concede facultad al Senado de la República para aprobar los tratados celebrados por el Ejecutivo; el artículo 89 fracción X, que otorga la facultad al Ejecutivo de celebrar tratados y convenciones internacionales, y la de dirigir la política exterior; el artículo 104 fracción I, que señala la facultad de los Tribunales federales para conocer de los conflictos que surjan de la aplicación de un tratado internacional, y el artículo 133 que le da la categoría de una ley federal a un tratado internacional. Este es el conjunto de nuestra legislación constitucional en materia de derecho internacional.

Es preciso remontarse a los antecedentes próximos para conocer con más claridad el sentido de la interpretación que se debe dar a cada uno de estos artículos. En la Constitución de 1857 encontramos algunas diferencias respecto de nuestra actual legislación.

En primer término la facultad de aprobar los tratados internacionales, otorgada actualmente al Senado de la República, se concedía al Congreso Federal. La razón de esta diferencia es que la Constitución de 1857 estableció el unicamatismo y por lo tanto la facultad perteneció al Congreso como cámara única.

El hecho de que sea exclusivamente el Senado de la República quien deba dar su aprobación a los tratados celebrados por el Ejecutivo, deriva de la importancia de la materia y de la función de madurez y ponderación propia de la Cámara de Senadores. Desde ese punto de vista es inobjetable. Sin embargo, considerando que un tratado internacional puede modificar una ley ordinaria del derecho interno, pues tiene la misma jerarquía y entre dos ordenamientos de la misma jerarquía el posterior deroga al anterior, parece conveniente que todo el Órgano Legislativo debiera intervenir en la aprobación del tratado. A este razonamiento se añade el principio de autoridad formal de la ley, según el cual para una modificación —o derogación— de

una ley se debe seguir el mismo procedimiento que para su creación,⁶ a menos que la derogación derive de un ordenamiento superior. Pero como un tratado internacional no es un ordenamiento superior a una ley federal, por lo tanto debería seguirse el mismo procedimiento que para su creación, e intervenir la Cámara de Diputados en su aprobación.

Tradicionalmente esta función no ha recaído en la Cámara popular, baja, o en nuestro caso Cámara de Diputados.

Es importante señalar a este respecto que la intervención del Senado al aprobar un tratado internacional, no conlleva la legitimación material —de contenido— del tratado. Es decir que si un tratado internacional se celebra llenando cabalmente el requisito de la celebración del Ejecutivo con aprobación del Senado, ese tratado formalmente inimpugnable, puede adolecer, sin embargo, de vicios en su contenido. La pretensión del Constituyente de 1917 al hacer participar al Senado en la celebración de tratados no era otra sino la de establecer un contrapeso —un temperamento— a la facultad del Ejecutivo, tal como existen muchos otros temperamentos que son característica esencial del Principio de División de Órganos de Poder.⁷

Esta afirmación puede colegirse desde distintos puntos de partida: el artículo 15 de la Constitución señala la expresa prohibición de celebrar tratados para la extradición de reos políticos, y la de celebrar aquéllos en los que se alteren las garantías y derechos establecidos en la misma. Si la prohibición existe expresamente es porque ni aun contando con la aprobación del Senado, el tratado que contraviniera esta disposición sería válido.

Otra razón para concluir que la aprobación del Senado le otorga sólo legitimidad formal —y no constitucional— a los tratados es que según el artículo 135 de la Constitución la única forma de reformar la Constitución, es siguiendo el procedimiento allí establecido, y no puede considerarse que un tratado formalmente completo pudiera enmendarse por su sola expedición, la Constitución. Esta afirmación con-

⁶ Este principio está establecido en el artículo 72 inciso f) de la Constitución, que dice: "En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

⁷ Cabe hacer la mención, apoyándonos en la opinión de Manuel Barquín Álvarez, que "sin embargo, en el sistema mexicano no se ha producido la misma situación, pues nunca ha habido una oposición definitiva por parte del Senado a la política exterior del Ejecutivo". *Cfr. Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917*, en su septuagésimo quinto aniversario, UNAM, México, 1992, p. 58.

trariaría la característica de rigidez que permea a nuestro ordenamiento supremo.

Con la advertencia de que nos detendremos más ampliamente al final de este trabajo a desglosar los problemas de dualismo y monismo entre Derecho Internacional y Derecho Interno, tal como se regula en el artículo 133 de la Constitución, quisiéramos hacer una observación más sobre el tema de los tratados prohibidos. El artículo 15 menciona la prohibición de celebrar tratados internacionales sobre determinadas materias, muy concretamente sobre extradición de reos políticos. En realidad, tal como lo termina englobando en su parte final, la prohibición —incluso la mencionada— no es tanto por la materia, sino por la contradicción que implica contra nuestro orden constitucional.

Consideremos cuáles serían los efectos de que no se respetara esta prohibición, y se celebrara un tratado en franca oposición al artículo 15 y a todo nuestro orden constitucional, pero que sin embargo se contara con la intervención del Ejecutivo y del Senado. La prohibición del artículo 15 no podría ser argumento para invalidar el tratado a nivel internacional, sí lo sería para considerarlo nulo de pleno derecho, e inaplicable a nivel interno. Además el solo hecho de su celebración, podría ser motivo para iniciar un juicio político contra los funcionarios inculcados por contravenir los intereses públicos fundamentales, en los términos del artículo 109, fracción I.

Para don Antonio Carrillo Flores, a quien citamos con especial reconocimiento, ni el Ejecutivo con el acto de celebración, ni el Senado con el acto de aprobación, puede contrariar la Constitución. La intervención del Senado —recorriendo la idea del mismo autor— es con el objeto de evitar esta situación.⁸

Ahora bien, la siguiente interrogante es sobre los efectos de un tratado —no incluido dentro de los del artículo 15— pero que también contraviniera a la Constitución, por ejemplo en su parte orgánica. Si lo pensamos detenidamente concluiremos que las consecuencias son

⁸ "A este respecto puedo recordar cuando menos una hora muy difícil que vivió el Presidente Obregón en 1923, cuando México todavía desangrado y débil, después de más de diez años de guerra civil, tenía encima la presión de los Estados Unidos para que firmáramos un tratado que daba a los extranjeros privilegios exorbitantes. El entonces secretario de Relaciones Exteriores, Alberto J. Pani (...) le dijo al gobierno americano: «Esto no lo firmo, porque no va de acuerdo con la Constitución, y si por un error yo lo firmara, el Senado de México lo desaprobaba», en CARRILLO FLORES, Antonio, *Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional*, UNAM, México, 1987, p. 173.

exactamente las mismas. Esto significa que el artículo 15 es innecesario, toda vez que no pueden celebrarse tratados internacionales contrarios a la Constitución.⁹

Respecto al mismo punto, es interesante, señalar que la Constitución de los Estados Unidos, en su artículo seis, señala que "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos, que se expidan con arreglo a ella, y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país". Este artículo fue fuente de inspiración del artículo 126 de la Constitución de 1857, en donde no se señalaba que los tratados debieran ser conformes a la Constitución. Es notoria la diferencia con nuestro actual artículo 133. Repetimos que sobre este punto trabajaremos al final de nuestro estudio.

Un punto más de análisis constitucional lo constituye la inclusión del término "Convenciones diplomáticas" en el artículo 76 fracción I, y no así en el artículo 89 fracción X. El artículo 76 dice que el Senado aprobará los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas. No equipara ambos conceptos, sino que los distingue claramente. La duda es saber a qué se refiere exactamente con el término de Convenciones diplomáticas. Una primera respuesta sería equipararlas a los tratados —en sus efectos— pues el artículo 89 no las incluye dentro de las facultades que en materia de política exterior tiene el Ejecutivo.

La Constitución de 1857, en su artículo 72, fracción XIII, se refería a que el Congreso tenía facultad para aprobar tratados, convenios o convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo. La diferenciación es aún menos clara pues las equipara a convenios, y éstos tienen la misma naturaleza que los tratados. Sin embargo nos parece que la duda persiste.

Un camino de solución es acudir al concepto de tratado para poder discernir si en él pueden caber las "Convenciones diplomáticas". Sobre este punto abundaremos en el siguiente apartado.

⁹ Es interesante señalar la opinión del maestro Fix-Zamudio, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales: "tanto los tratados internacionales una vez aprobados por los órganos competentes, como las reglas de derecho internacional, generalmente reconocidas, forman parte del Derecho Interno, y son obligatorias para los organismos de poder, en virtud de que, según algunos textos constitucionales poseen jerarquía superior a la de las leyes ordinarias, por lo que los organismos nacionales de justicia constitucional pueden conocer y decidir las controversias derivadas de la aplicación de preceptos y principios de derecho internacional". Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México, p. 78.

En nuestra opinión el Constituyente no quiso sino tratar de englobar todas las especies de "acuerdos internacionales" para que en todas ellas interviniera la aprobación del Senado, y evitar así que se creara una costumbre contraria, posiblemente fundada en una diferenciación forzada entre tratados y otros actos de Derecho internacional, según la cual para algunos no dejara de concurrir la aprobación del Senado.

3. LA CONVENCION DE VIENA Y EL DERECHO COMPARADO

Es importante y necesario conocer antes de entrar al análisis propio de la ley, los conceptos tal como se han adoptado en las convenciones internacionales, sobre los tratados entre Estados. Estas definiciones se han dado fundamentalmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Esto es con el objeto de contrastar nuestra Ley sobre la Celebración de Tratados con esta Convención de la que México es parte.

Las definiciones que esta Convención expresa, deben servir de fuente de interpretación cuando se trate de esclarecer estos conceptos en las leyes y en la misma Constitución, ya que forman parte de las reglas de derecho internacional que tienen existencia jurídica en nuestro Derecho.

Comencemos por el concepto de tratado. Para la Convención de Viena el concepto es:

"*Tratado*: Acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un documento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación."

Evidentemente es una definición amplísima, que se refiere más al aspecto externo, y olvida referirse a los efectos que debe producir ese "acuerdo". El beneficio de lo anterior es conseguir la mayor adhesión universal posible, así como dar cabida a distintas denominaciones de tratados.

Hemos de afirmar que cuando nuestra legislación se refiera a tratados, debe respetar este concepto amplio, y —por ejemplo— en el caso de la aprobación del Senado debe intervenir cuando se trata de cualquier acuerdo internacional.¹⁰

¹⁰ Existe un caso interesante de analizar respecto a su naturaleza, y lo son las cartas de intención del Fondo Monetario Internacional. En ellas el organismo internacional establece una serie de garantías que obligan al Estado a realizar actos administrativos o incluso legislativos internos de alta magnitud. Sin embargo estos

Continuando con los conceptos que nos aporta la Convención de Viena, encontramos que se define a las Partes como:

"*Parte*: El que ha consentido en obligarse cuando el tratado esté en vigor."

En cuanto a las implicaciones de los tratados en la Convención se define lo siguiente:

"*Pacta Sunt Servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. No se podrá invocar derecho interno para justificar incumplimientos a un tratado. En cuanto entre en vigor es obligatorio para todo el Estado, no sólo para una parte de él."

En este punto la Convención de Viena establece la tesis dualista y la autonomía del derecho internacional. Nuestro artículo 133 establece lo contrario.

Continuando con la Convención:

"La violación del derecho interno, no podrá alegarse como vicio del consentimiento, a menos que afecte alguna norma fundamental, o que se considere que es una violación evidente de mala fe."

Lo importante es saber que se entiende por "norma fundamental", pues si cualquiera norma de la Constitución es fundamental, entonces no hay contradicción con el artículo 133 de nuestra Constitución, en donde se estatuye que los tratados deben ir conforme a la Constitución; en cambio, si sólo lo son algunas, cabría preguntarse quién define cuál es una Norma Fundamental, y si —como sería lógico— no depende más bien de las circunstancias concretas de cada Estado. En este último supuesto el artículo 133 sería más amplio que lo definido por la Convención, y cabría admitir una situación tan aberrante como la de que un tratado pudiera contradecir a la Constitución, pero no dejaría de obligar por no ir en contra de una norma fundamental.

La tendencia, tal como lo afirma el maestro Fix-Zamudio, que se percibe es la de los esfuerzos que realizan, en concreto las comunidades europeas, por evitar contradicciones entre ambas esferas normativas.¹¹

documentos no son aprobados por el Senado, por no considerarse tratados internacionales. Nos parece que esta situación no respeta el concepto amplio que ha adoptado la Convención de Viena y nuestra Constitución. Para mayor abundamiento ver MÉNDEZ SILVA, Ricardo, "Ley sobre celebración de Tratados" en *Modernización del Derecho Mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

¹¹ FIX-ZAMUDIO, *La Constitución y su Defensa, Jurisdicción Constitucional de Carácter Internacional*, UNAM, México, p. 58.

Este esfuerzo ha llegado a evolucionar a tal grado que empieza a ser factible hacer una distinción entre Constituciones internacionalistas y Constituciones domésticas, según la jerarquía que se le den a las normas del derecho internacional dentro del orden jurídico interno.

Se puede decir que las Constituciones internacionalistas conceden efectos directos sobre el derecho interno a los tratados internacionales. Un ejemplo de ello lo tenemos desde la Constitución alemana de 1949, denominada Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, la que en su muy sonado artículo 25 estatúa:

"Las reglas generales del derecho internacional forman parte del derecho federal, tienen preeminencia sobre las leyes, y hacen nacer, directamente, derechos y obligaciones para los habitantes del territorio de la Federación."

Cabe señalar que Alemania es particularmente internacionalista en su legislación y por lo tanto un ejemplo vehemente de este proceso de internacionalización que mencionamos.

En general los países latinoamericanos son más celosos de su soberanía y se muestran reticentes a aceptar la influencia directa del derecho internacional, más aún tratándose de sus reglas o principios generales.

En cuanto a nuestra legislación es conveniente señalar que la única fuente de derecho internacional expresamente reconocida son los tratados internacionales. Éstos no producen derechos y obligaciones sino cuando se adecúan y conforman con la Constitución, por lo que se puede decir que el derecho internacional no incide directa sino indirectamente. En nuestra Constitución no se prevén los actos jurisdiccionales como fuentes de derecho interno. Un tribunal internacional no es competente para conocer a nivel interno de los asuntos que derivan de la aplicación de un tratado.

Con estas breves referencias podemos proseguir en el análisis de nuestra Ley de Tratados, la que a todas luces pretende ser un avance en la internacionalización de nuestro Derecho.

4. OTORGAMIENTO DE PLENOS PODERES, ARTÍCULO 3º DE LA LEY

Como repetidamente lo hemos afirmado en las anteriores páginas, es al Órgano Ejecutivo, al que le corresponde celebrar los tratados internacionales. El acto del Senado es un acto de aprobación, siempre posterior al acto del Presidente. La dirección de la política exterior,

afirma el artículo 89 fracción X corresponde al Órgano Ejecutivo, por lo tanto la iniciativa en cualesquiera actos relacionados con las relaciones que el Estado mexicano pueda entablar con otro Estado.

Recordemos, por otra parte, que el Ejecutivo, en nuestro sistema presidencialista es unipersonal; así lo dice el artículo 80 de la Constitución. La Administración Pública Federal Centralizada es un auxiliar del Ejecutivo, que no realiza actos en nombre propio, sino en el auxilio del Ejecutivo. Todos los actos del Órgano Ejecutivo, salvo los actos internos, son realizados por el Presidente de la República a quien le corresponde actuar con personalidad jurídica propia.¹²

Derivado de lo anterior —la unipersonalidad del Ejecutivo— se entiende que las facultades que la Constitución otorga a este órgano, lo hace de modo personal, sin pretender otorgársela a la Administración Pública Federal Centralizada. De aquí que tales facultades sólo las pueda ejercer el Presidente de la República. La delegación de una facultad constitucional en alguno de los organismos de la Administración Pública Federal Centralizada sería a todas luces inconstitucional. Esto no es objeción para que el Ejecutivo reciba todo el auxilio que el cuerpo burocrático debe prestarle, pero el acto que ejerza con fundamento en las fracciones I a XX del artículo 89, o cualquier otra facultad constitucional, debe ejercitarlo exclusivamente el Órgano Ejecutivo.

Es necesario mencionar que el artículo 90 de la propia Constitución, da fundamento y hace la distinción entre la Administración Pública Federal Centralizada y la Administración Pública Paraestatal. Además de la distinta dependencia que existe entre una y otra, respecto al Órgano Ejecutivo, los organismos —o empresas— de la Administración Pública Paraestatal gozan de personalidad jurídica propia, en cambio los organismos de la Administración Pública Centralizada son sólo auxiliares del único Órgano Ejecutivo, denominado Presidente de la República.

Hacemos este énfasis por la facultad que concede la Ley Sobre la Celebración de Tratados al Órgano Ejecutivo de conceder Plenos Poderes a algún funcionario distinto de sí. Ponderamos que esta facultad no tiene apoyo constitucional y sí visos de inconstitucionalidad.

¹² La personalidad jurídica con la que actúa el Órgano Ejecutivo es la misma personalidad del Estado, y por tanto la misma con la que actúan los otros órganos de poder primarios. La personalidad jurídica del Estado es una según lo establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 25.

Comencemos por completar el razonamiento que veníamos haciendo en relación a la delegación de facultades constitucionales. Si analizamos cualquiera de las facultades del artículo 89, otorgadas al Presidente de la República y pretendiéramos ponernos en el supuesto de una delegación en otro órgano, chocaría con nuestro sistema. Primeramente porque si lo delegara en otro de los órganos primarios se rompería el principio de división de órganos de poder establecido en el artículo 49, y si lo hiciera en cualquier otro órgano u organismo —local o federal— atentaría contra la garantía de seguridad jurídica, por carecer —ese otro órgano— de competencia para realizar el acto jurídico, por lo tanto el acto sería nulo de pleno derecho. Cualquier delegación de facultades —por el principio de “facultades expresas”— debe instituirse en la Constitución.

Este principio se aplica tanto al nombramiento de ministros de la Suprema Corte de Justicia, como a la misma celebración de tratados internacionales, o a la convocatoria a la Comisión Permanente a sesiones extraordinarias, etcétera.

Según ya lo mencionamos el artículo 3º de la Ley de Celebración de Tratados dice:

“Artículo 3º Corresponde al Presidente de la República otorgar Plenos Poderes.”

Es necesario, sin embargo, precisar qué son plenos poderes, qué amplitud abarcan concretamente, para saber si esta legislación atenta contra nuestro sistema constitucional.

Acudamos a la Convención de Viena para mejor entender el sentido del concepto que la Ley contiene. La Convención establece que se entiende por plenos poderes:

“*Plenos Poderes*: Documento por el cual se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, adopción o autenticidad del texto de un tratado o para consentir u obligarse en él.”

Según esta definición el otorgamiento de plenos poderes debe constar en documento auténtico, y concede la representación del Estado y por lo tanto la capacidad de obligar al Estado, que es precisamente lo que se hace con un acuerdo o tratado internacional.

La Ley sobre Celebración de Tratados, por su parte, da una definición en el artículo 2º, fracción VI:

“VI. *Plenos Poderes*: el documento mediante el cual se designa

a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados.”

Esta definición —amplísima— resulta coherente con la Constitución, si por “cualquier acto relativo a la celebración de tratados”, no se entiende la celebración misma, sino los actos preparatorios, llámense como se llamen, pues la Constitución —como múltiples veces lo hemos citado— afirma que la celebración de los tratados es facultad del Ejecutivo unipersonal.

Todo pende pues de la significación que se le pretenda dar al término celebración.

Advirtamos que en las normas de derecho internacional el acto de celebración —por el cual un Estado asume compromisos— recorre un proceso fragmentado, compuesto de múltiples etapas: ratificación, canje de documentos, adopción, aceptación, aprobación, etcétera.¹³ Como no constituye éste un análisis sino constitucional de la Ley, no nos corresponde llevar a cabo un examen de las normas de derecho internacional, sí en cambio señalar que el consentimiento de obligarse debe otorgarse por el Órgano Ejecutivo, y esta es una facultad indelegable.¹⁴

5. LOS ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES

Como una verdadera innovación en las normas de nuestro derecho público, la Ley que venimos analizando contempla en el artículo 2º fracción II la existencia de los acuerdos interinstitucionales.

Artículo 2º, II. Acuerdo Interinstitucional: El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualesquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado.

La naturaleza propia de estos Acuerdos debe ser distinta a la de los tratados internacionales, si ellos pueden ser celebrados por dependencias de la Administración Pública Centralizada, o incluso por

¹³ Así lo asume la misma Ley en su artículo 2º fracción V.

¹⁴ Es llamativo —aunque no tenga mayores efectos— que en la Ley no se remarque, en ninguno de sus artículos, la facultad que le corresponde al Ejecutivo, según el artículo 89 fracción X, de celebrar los tratados internacionales.

organismos descentralizados. Las dependencias carecen de personalidad jurídica y por lo tanto no pueden realizar actos jurídicos, y los organismos descentralizados sólo pueden realizar actos en los que asuman obligaciones propias. Los acuerdos interinstitucionales no pueden ser más que "acuerdos administrativos" o "acuerdos ejecutivos", utilizando la terminología que la doctrina le atribuye a la inmensa gama de actuaciones internacionales, distintas a la celebración de tratados, que forman parte de la vida de relación entre Estados y que no puede soslayarse por la legislación.

Por tratarse de cuestiones estrictamente administrativas no ha de requerirse la intervención del Órgano Ejecutivo para su celebración y del Senado de la República para su aprobación. Cuáles son estos actos, nos lo responde Jorge Palacios Treviño:

Supresión de visas o expedición gratuita de las mismas, entrada y salida de personas al territorio nacional; intercambio de becas, de publicaciones oficiales, científicas, literarias o artísticas; revalidación de estudios, títulos, diplomas, establecimiento de relaciones diplomáticas o consulares; apoyo a candidaturas de organismos internacionales de los que México forma parte; celebración de conferencias o reuniones en territorio nacional.¹⁵

La objeción fundamental es que no se encuentra apoyo constitucional para los Acuerdos. Algunas opiniones buscan ese apoyo en las Convenciones Diplomáticas que menciona el artículo 76 fracción I. Sobre este punto nos referimos en el primer apartado, y no consideramos que ni el Constituyente de 1857 ni el de 1977 desearan incluir sino a los tratados internacionales en la reglamentación constitucional. Además de esta razón está el hecho de que los acuerdos interinstitucionales no se han de sobrepasar el ámbito jurídico de la propia dependencia, y ni de lejos crear derechos y obligaciones para el Estado. Tal limitante la señala el párrafo segundo del mismo artículo 2º fracción II.

De la enumeración que hace el autor Palacios Treviño descartamos el establecimiento de relaciones diplomáticas, pues aunque es factible la diferenciación entre relaciones diplomáticas y relaciones jurídicas (surgidas por la celebración de tratados), de aquéllas derivan multiplicidad de implicaciones que son verdaderos derechos y obligaciones.

¹⁵ PALACIOS TREVIÑO, Jorge, *Tratados, legislación y práctica en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1982, p. 99.

En base a esta línea de interpretación se lograría empatar la Ley con la Constitución, sin embargo el artículo 8º de la Ley admite la posibilidad de que en uno de estos acuerdos administrativos interinstitucionales se contengan mecanismos internacionales para la solución de controversias legales. En este punto se equiparan los tratados internacionales y los acuerdos interinstitucionales. En cuanto a los primeros y la posibilidad de establecer estos mecanismos jurisdiccionales ahondaremos en el próximo apartado, pero en cuanto a los segundos nos parece que esto sí excede al ámbito propio de una institución de las mencionadas.

Por otro lado el artículo 117 fracción I prohíbe a los Estados de la Federación celebrar tratados internacionales, pues no tienen existencia jurídica internacional. Es un artículo de salvaguarda al pacto federal. Es alto el valor constitucional que se pone en riesgo al juzgar la amplitud de facultades para celebrar acuerdos interinstitucionales por parte de las entidades locales o incluso municipales. La única forma de amoldar ambas legislaciones es despojando a estos acuerdos de cualquier trascendencia jurídica. Pero si eso es así, ¿qué necesidad hay de legislarlo?

6. LOS MECANISMOS INTERNACIONALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Avanzando en el análisis de la Ley debemos referirnos a la mención que la misma hace sobre los mecanismos internacionales para la solución de controversias, que mucho sobre qué discutir ha dado en los foros especializados.

Esta realidad jurídica no es monopolio de la Ley para la Celebración de Tratados, sino que está legislada ya en alguna de nuestras leyes reglamentarias. Sobre ellas hablaremos más adelante.

La inclusión de estos mecanismos en el Tratado Multilateral de Libre Comercio de América del Norte, ha sido —sustancialmente— la motivación para proceder a modificar nuestra legislación previendo la posibilidad de que organismos internacionales tengan facultades jurisdiccionales que afecten la esfera jurídica interna.¹⁶

Por ser el TLC la razón de ser de esta novedad legislativa comenzaremos por analizar lo que en este Tratado se establece. Hacemos la

¹⁶ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLC) fue firmado el 17 de diciembre de 1992. Entró en vigor el 1 de enero de 1994.

natural salvedad de que la extensión de este ensayo no permite profundizar lo suficiente en el tema como en cualquier otro estudio monográfico.¹⁷

Los mecanismos arbitrales para la solución de controversias, están previstos en los siguientes capítulos del TLC:

- Capítulo XI: "Inversión".
- Capítulo XIV: "Servicios Financieros".
- Capítulo XIX: "Antidumping y Cuotas Compensatorias".
- Capítulo XX: "Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias entre Estados".

Haremos preferentemente alusión al capítulo XX por ser en el que se incluyen los principios más generales.

En el capítulo I, 1ª parte, el Tratado menciona, como objetivo e), el de crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias.

Estos procedimientos de solución de controversias entre las Partes no proceden cuando se trate de medidas de emergencia.¹⁸ Tampoco son aplicables tratándose de la materia de competencia económica según lo establece el capítulo XV.

Las disposiciones más amplias se dan en el capítulo XIX. En este sentido nos referiremos a los artículos en nuestra opinión más trascendentales:

El artículo 1904. Según se dispone en este artículo, "Cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional".

Independientemente de que la traducción no favorece a la claridad de esta cláusula del tratado, en el fondo el mecanismo para la solución de controversias consiste en el establecimiento de paneles —árbitros— binacionales competentes para conocer de las controversias entre las Partes. En el caso del antidumping la autoridad que se le

concede a los paneles es radical, porque el mismo artículo en su inciso 9, dice:

"El fallo de un panel en los términos de este artículo será obligatorio para las Partes implicadas.

"Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales, una resolución de un panel."

Con estos antecedentes podemos fincar nuestras primeras interrogantes:

El artículo 104, fracción I de la Constitución señala que es facultad de los tribunales de la Federación, conocer de las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Lo establecido por el TLC contradice la competencia exclusiva de los tribunales de la Federación.

La Ley de Comercio Exterior trata de salir al paso de esta sensible contraposición y señala en su artículo 2º que la Ley deja a salvo lo dispuesto en los tratados internacionales, entre ellos el TLC, y en su artículo 97 establece la opción para los interesados de acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte, perdiendo el interesado la vía del recurso de revocación previsto en el artículo 94.

Estas disposiciones que pretenden compatibilizar nuestro sistema constitucional con lo dispuesto por el TLC, no lo consiguen: primeramente porque la Constitución no da la posibilidad alternativa sino la competencia exclusiva a los tribunales de la Federación; en segundo término porque aunque la Ley reglamentaria del artículo 131 pretenda dar legalidad al TLC, éste debe estar de acuerdo con la Constitución conforme lo dispone el artículo 133. Finalmente porque la autoridad que se da en este caso al Panel binacional es la de ser un órgano judicial de única instancia no previsto en la Constitución y que sin embargo obliga a las Partes.¹⁹

En el capítulo XX del TLC se crea la Comisión de Libre Comercio que tiene la facultad de resolver las controversias derivadas de la aplicación del Tratado, exceptuando las relativas a antidumping y cuotas compensatorias. Este organismo —cuando es excitado— inter-

¹⁷ Para mayor información ver DÍAZ, Luis Miguel y Antonio GARZA, "Los Mecanismos para la Solución de Controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1993, núm. 17, pp. 71 y ss.

¹⁸ Confrontar artículo 804 del TLC.

¹⁹ Tomemos en cuenta que la función del Panel en este caso no es la de un procedimiento arbitral, pues su determinación final adquiere la categoría de una sentencia, más que la de un Laudo que requiere la homologación judicial.

viene y dicta "determinaciones finales", las cuales deben cumplirse por las Partes. En caso de incumplimiento se estatuye la llamada suspensión de beneficios, según la cual un Estado puede compensar por propia cuenta el daño causado y ya determinado por la Comisión.

Según el artículo 2021 "Ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna, contra cualquiera de las otras Partes, con fundamento en que una medida de otra Parte es incompatible con este Tratado". Finalmente señala el TLC que las Partes promoverán el arbitraje internacional para la solución de controversias comerciales privadas.

Como se deduce del mismo Tratado la Comisión de Libre Comercio no es un organismo supranacional, pues no puede actuar sin la voluntad de las Partes. Las decisiones de la Comisión se toman por consenso.²⁰

Así como en el capítulo XIX la inconstitucionalidad es más evidente, en el capítulo XX no, pues no se otorga el carácter de órgano supremo a la Comisión de Libre Comercio, y por tanto sus disposiciones proceden de la voluntad de las Partes no de su competencia propia. Sin embargo conviene hacer una reflexión respecto a este punto. La única fuente de derecho internacional que reconoce nuestra Constitución son los tratados internacionales —y éstos cuando vayan conforme a la misma—. Una decisión de un órgano judicial (aunque se denomine Panel) que pretendiera obligar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier sentido, o causar efectos en el derecho interno, carecería de fuerza jurídica por no estar previsto en la Constitución. Nos estamos enfrentando nuevamente a la dicotomía entre Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional Interno.

La Ley sobre la Celebración de Tratados pretende salvar la inconstitucionalidad en sus artículos 9º y 11. En el primero señala que las resoluciones de estos organismos serán reconocidos por el Estado, salvo cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la nación. Aunque el razonamiento sea válido, pues pretende defender los principios más álgidos de la soberanía nacional, no tiene apoyo constitucional para otorgar este reconocimiento.

Por otra parte el artículo 11 dice que tales resoluciones tendrán eficacia y serán reconocidos en la República. La contundencia de la

²⁰ DÍAZ, Luis Miguel y Antonio GARZA, *op. cit.*, pp. 86 & 3.

afirmación es aún mayor pero sigue sin existir fundamento constitucional.

7. DUALISMO: EL ARTÍCULO 133 Y LA MODERNA LEGISLACIÓN

Tal como ha ido apareciendo en distintos momentos de este trabajo, se levanta como un muro infranqueable el dualismo derecho internacional-derecho interno. En realidad esta relación dialéctica no es exclusiva de nuestro sistema jurídico, anteriormente nos hemos referido a la incuestionable evolución que se ha dado en los ordenamientos alemanes y europeos, y efectivamente no se ha logrado aún la estabilidad definitiva y necesaria.

En nuestro sistema el derecho internacional debe respetar ante todo la supremacía constitucional. Supremacía, que como muy atinadamente lo señala el maestro Jorge Carpizo,²¹ es de dos formas: material y formal. Es material porque todo acto contra la Constitución carece de valor jurídico, incluyendo los tratados internacionales, y porque no se pueden delegar las facultades otorgadas por la Constitución, por lo tanto los únicos competentes para celebrar tratados son los que la Constitución concede tal facultad. En cuanto a la supremacía formal constitucional, ésta consiste en que la Constitución sólo es reformable mediante el procedimiento establecido por los artículos 135 y 73, fracción III, tratándose de Constituciones rígidas y escritas, como la nuestra. Si un tratado internacional, por su sola firma y ratificación, modificara la Constitución, ésta sería flexible, y la nuestra no lo es. En conclusión, un tratado internacional para tener aplicabilidad debe ir conforme a la Constitución.

El artículo 133 es muy claro al afirmarlo, pero hay que recordar que antes de 1934 el texto no señalaba que los tratados debieran ir conforme a la Constitución, sino simplemente que, atendiendo al artículo 76 fracción I y 89 fracción X, debía celebrarlos el Ejecutivo y aprobarlos el Senado. La pregunta que cabe es, por ende, si durante esos años de vigencia un tratado internacional se situaba al mismo nivel jerárquico que la Constitución y por lo tanto, siendo ley posterior deroga a la anterior. La reforma de 1934 estuvo orientada precisamente a resolver este cuestionamiento. Para el maestro Jorge Carpizo resultó innecesaria pues vino a precisar algo que ya se encontraba

²¹ CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, UNAM, México, 1983, pp. 13 y ss.

en el artículo, y para la interpretación del mismo no se necesitaba esta reforma.²²

Cabe aclarar que esta forma lacónica de enunciarlo, antes de 1934, era proveniente de la Constitución de 1857 y de la Constitución norteamericana.²³

La argumentación a favor de la reforma se funda en el supuesto de que se llegara a considerar a los tratados como superiores a la Constitución. Tal conclusión sería aberrante desde el ángulo del derecho interno, que en México está integrado fundamentalmente por la Constitución.

Coincidimos con el maestro insigne Jorge Carpizo en cuanto a que la reforma no era —al menos desde el punto de vista teórico— necesaria, pues la supremacía constitucional se funda en otros artículos, no solamente en el 133, y muy principalmente en el 135. Aceptar que un tratado internacional pueda, por su misma celebración, enmendar la Constitución, es otorgar a los órganos que intervienen —es decir al Ejecutivo y al Senado— facultades de reforma que no poseen. Por este motivo es por el que Tena Ramírez propone que corresponda al Constituyente Permanente la facultad de aprobar los tratados.²⁴

La solución final es una disyuntiva: o se sitúa al derecho internacional por encima del derecho interno, con todas sus consecuencias, por encima incluso de la Constitución, o bien no se podrán evitar contradicciones prácticas que sólo se resuelven modificando alguno de los dos ordenamientos.

Para mayor claridad vamos a citar un ejemplo ocurrido en nuestro Estado: El 16 de diciembre de 1966 se firmó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en 1969 se firmó la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos instrumentos fueron ratificados por México. En estos documentos, que según el artículo 133 constitucional eran ley suprema de la nación, se consagraban algunos derechos que la misma Constitución no otorgaba, por ejemplo la libertad de ejercer el culto público de manera ilimitada, la libertad de enseñanza religiosa, la libertad de derechos políticos activos para los ministros de culto que tuvieran el carácter de ciudadanos, la libertad

²² CARPIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 17.

²³ En la nota nos referimos a lo sucedido en 1923, durante el régimen de Álvaro Obregón, cuando era vigente el texto original de la Constitución de 1917.

²⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, 1989, p. 43, nota 24.

de asociación para fines religiosos, etcétera. Hasta 1992, nuestra Constitución, en sus artículos 3º, 24 y 130 negaba estos derechos. La contradicción era inenunciable. Sin embargo esta especie de paranoia pública no tuvo mayores inconvenientes prácticos, especialmente porque a nivel internacional no surgirían mayores consecuencias para el Estado que no respetara tales derechos elementales.²⁵ La contradicción se conculcó al reformarse la Constitución en 1992.

La evolución de las relaciones internacionales nos impele a acabar definitivamente con estas situaciones, que en definitiva crean un clima de inseguridad, y hacer evolucionar nuestro sistema hacia formas más acordes con la modernidad legal-constitucional. Es evidente que con la Ley sobre Celebración de Tratados se ha querido dar este nuevo paso, sin embargo en el mismo texto de la Ley y en la Constitución se destaca "el corte decimonónico de los elementos regulados sobre cuestiones internacionales que recogió la carta constitucional y que la ubican netamente como un ordenamiento dentro de la tendencia de las constituciones domésticas en contraste con la nueva generación de constituciones internacionalistas".²⁶

Ya hace mucho tiempo Vallarta había dado su advertencia: "el derecho de gentes no está normado por la Constitución, la cual, por lo tanto, no tiene supremacía sobre los pactos internacionales".²⁷

Esto mismo yace en la doctrina de los tratadistas de Teoría del Estado. Zippellius nos dice: "el Estado no puede liberarse de su vínculo jurídico internacional mediante su derecho interno, aún por su Constitución, sin importar qué configuración pueda darles. Desde el punto de vista del derecho internacional, queda sujeto a armonizar su derecho con las obligaciones internacionales que contraiga".²⁸

Y aunque con la Ley sobre la Celebración de Tratados se haya pretendido terminar con las oposiciones entre derecho internacional y derecho interno, el Órgano Legislativo ha sido directo y concreto al afirmar que la Constitución está por encima de los tratados internacionales. El artículo 2º fracción I, lo dice: "los tratados internacionales deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda

²⁵ Como mero dato anecdótico puede referirse la grave dificultad que suponía, en esos años, conseguir acudiendo a las autoridades, especialmente a la Secretaría de Relaciones Exteriores, ejemplares de los documentos mencionados.

²⁶ MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *op. cit.*, p. 325.

²⁷ Votos de Ignacio L. Vallarta, México, 1897, tomo IV, p. 96.

²⁸ ZIPPELLIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado*, UNAM, México, 1985, p. 75.

la Unión cuando estén de acuerdo con la Constitución, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución".

La Suprema Corte de Justicia ha defendido durante nuestra historia constitucional vigente, esta postura.²⁹ Que otrora es sumamente digna de reconocimiento.

Analizada constitucionalmente la Ley en sus 12 artículos, nos resta señalar que el esfuerzo llevado a cabo por soslayar las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno, ha sido por parte de los legisladores digno de respeto y agradecimiento, máxime cuando ha sido igualmente meritorio el respeto por los principios de soberanía y supremacía constitucional. Esto no obsta para terminar señalando que es largo el trecho que se debe caminar —en el surco de la teoría y en el de la práctica— para terminar instaurando una perfecta armonía entre el orden jurídico internacional y el orden constitucional interno.

²⁹ "Es pues evidente que todo tratado o convenio celebrado por el Presidente de la República, así esté aprobado por el Senado, pero que contradiga o esté en oposición con los preceptos de la Constitución; en los puntos o actos en que esto acontezca, no debe tener eficacia jurídica." Amparo administrativo en revisión 8335/47, Petróleos Mexicanos, citado por MÉNDEZ-SILVA, Ricardo, *op. cit.* Es interesante subrayar que el tratado deja de tener eficacia jurídica en aquellos puntos en los que contradiga a la Constitución, y no en su totalidad.

PUNTOS PARA EL DIALOGO LA INSURRECCIÓN DEL EZLN Y LA JURIDICIDAD

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: *Introducción. I. El sacudimiento del mundo jurídico. II. Derecho de revolución. III. El derecho a la tierra y el artículo 27 constitucional. IV. La autonomía de los pueblos de indios, dentro de la constitución real y jurídica del Estado-Nación. V. Justicia y paz.*

INTRODUCCIÓN

La insurrección del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), del primero de enero de 1994, ha dejado al descubierto muchas deficiencias de nuestro sistema social, político y económico, e incluso ha revelado una carencia ética fundamental de la sociedad mexicana dominante, la criolla y mestiza, para relacionarse con el *otro*, con el indio. Desde el punto de vista de juristas, podemos decir que el movimiento insurreccional chiapaneco, al cuestionar la organización toda de nuestra convivencia, ha implicado un fuerte remezón de toda la juridicidad.

Esa incapacidad ética para reconocer al *otro* como *otro*, nos impide ver, también, por un lado la violación sistemática —por sistema— de que son objeto los derechos de los indios, y por otro lado su capacidad para cuestionar nuestro modo de vida, aun cuando sea con el muy cuestionable camino de las armas. Nos ha tomado por sorpresa aquello que no supimos ver que venía; pues las condiciones de hambre y miseria de nuestras comunidades indias a la par de su toma de conciencia en cuanto a sus derechos más elementales, tenían que producir una insurrección, la cual ciertamente todavía es muy pronto para evaluar en cuanto a su alcance y repercusiones históricas en la sociedad mexicana, pero que desde ahora ha implicado una fuerte toma de conciencia.¹

¹ Según una nota firmada por J. Jesús Rangel M., aparecida en *El Financiero* del 15 de marzo de 1994, desde 1983 Banamex tuvo una investigación en la que

En las siguientes líneas vamos a ocuparnos de algunas cuestiones derivadas de la insurrección del EZLN que guardan relación con el Derecho, con la juridicidad toda, no con el objeto de llegar a muy acabadas conclusiones, sino de poner sobre la mesa puntos para el diálogo, ejercicio éste tan importante en estos momentos de transición de nuestra sociedad mexicana.

I. EL SACUDIMIENTO DEL MUNDO JURÍDICO

La historia que transcribiré, que nos da a conocer Carlos Bravo, es reveladora de la situación de miseria de los indios chiapanecos y del estado real del ejercicio de sus derechos más que cualquier escalofriante estadística. Sucedió que en un poblado indígena de Chiapas:

Hacia mediados de julio la milpa aún estaba chica. Por lo menos faltaban dos meses para los elotes. Pero ya se había acabado casi todo el maíz de la cosecha anterior. Es decir que ya no tienen nada qué comer hasta septiembre. Entonces la familia entra en una especie de hibernación: por la mañana la mamá prepara un té de hojas de naranjo. Lo toman todos, menos uno, que es el que ha de cuidar la milpa. Para él se hace un atole, para que aguante todo el día, mientras la familia, para no gastarse tanto, se vuelve a dormir. Al día siguiente será otro el que tome el atole y cuide la milpa; los demás volverán a dormir. Tal vez así la mayoría sobreviva hasta septiembre [...].²

Esta verdadera historia nos muestra, al desnudo, la ausencia de todo Derecho, quiero decir la nulidad de todo ejercicio real y eficaz de los derechos humanos básicos o elementales, la impracticabilidad de la justicia y la total ineficacia de nuestra normatividad o derecho objetivo en cuanto a sus pretensiones de postular derechos y fundar relaciones justas entre los hombres.

se advertía los peligros de una rebelión indígena en la zona de los Altos de Chiapas por los graves problemas políticos, económicos y sociales. Por otro lado el obispo de San Cristóbal de las Casas, Samuel Ruiz, en entrevista concedida en ese mismo 1983, hablaba de la gran conciencia que iban adquiriendo algunas comunidades indias de Chiapas, y anunciaba que cuando la resistencia fuera mayor "posiblemente surja de aquí el aporte que estas comunidades puedan dar a la construcción de una sociedad mejor". *Brecha*, 18/19, México, 6º bimestres de 1983, 1er. bimestre de 1984, p. 1.

² BRAVO, Carlos. "De 'rezagos' y liberaciones, de indígenas y de revoluciones", en *Christus*, núm. 672, México, febrero de 1994, pp. 2 y 3.

La dura realidad del indio mexicano en general, y del chiapaneco en particular, constituye la negación misma del *derecho a la vida digna*, expresión que bien puede sintetizar todos los derechos humanos. Esto en virtud de que las condiciones de vida —¿o habrá que decir de muerte?— a que han sido llevados los pueblos indios mexicanos, son en sí mismas negadoras de lo que Joaquín Herrera llama *el derecho a tener derechos*, "como 'contenido esencial' de los derechos humanos", ya que "constituye el núcleo del valor de la *dignidad humana*".³

Lleva razón Herrera Flores cuando dice que ese "contenido esencial" de los derechos humanos que es *el derecho a tener derechos*, "necesita para su puesta en práctica esa triple condición de 'vida', 'libertad', 'igualdad'. Los derechos humanos serán, pues, las normas y reglas que institucionalizan jurídicamente la 'justa exigencia' de los seres humanos de ser sujetos de derechos, de que se establezcan y desarrollen —por parte de todos— las condiciones que posibilitan su actuación como ser racional —vida y libertad—, y que les facilitan la puesta en práctica de los derechos que les corresponden como seres humanos —igualdad, solidaridad e interdependencia—".⁴

Esa triple condición de vida, libertad e igualdad, para poner en práctica *el derecho a tener derechos*, no se da en las condiciones sociales y económicas de los pueblos de indios chiapanecos. De ahí la ausencia de todo Derecho, tal como lo hemos expresado. Y lo hemos expresado así, porque entendemos la juridicidad, el mundo de lo jurídico, de manera integral.

En efecto, el Derecho, la juridicidad, es un fenómeno social complejo que no se agota en las leyes o normas legales, que es el sentido más usual que se da al término "Derecho". El fenómeno jurídico, el mundo del Derecho, está formado, también, por los derechos subjetivos o facultades de las personas o grupos sociales que constituyen propiamente los derechos humanos, por las ideas, aspiraciones y concretizaciones de justicia, y por el conocimiento sistemático del propio fenómeno jurídico, que constituye el objeto de la ciencia del Derecho.

Hemos dicho que la insurrección del EZLN ha constituido un remezón de toda la juridicidad porque sus demandas, al juridizarse, son reclamos que implican desde las condiciones necesarias para *el derecho a tener derechos* hasta desenvolverse en un largo catálogo de derechos. Las necesidades expresadas se juridizan, se traducen al mun-

³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los Derechos Humanos desde la Escuela de Budapest*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p. 128.

⁴ *Idem*.

do jurídico, y constituyen así exigencia de reconocimiento y respeto de derechos.

Veamos el pliego de demandas presentado por la representación del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en la mesa del diálogo en las llamadas *Jornadas por la paz y la reconciliación* en Chiapas, celebrada en San Cristóbal de las Casas a fines de febrero y los primeros días de marzo de 1994.

Las demandas decimaquinta y decimacuarta son básicas, van en el sentido de poner las condiciones para ejercer *el derecho a tener derechos*; y son radicales, además, porque su atención conlleva el corregir nuestra relación social fundante, va a la raíz ética de nuestra relación con el *otro*, con el indio, que implica primero no negarlo sino reconocerlo. *La raíz de todo derecho es el reconocimiento de la dignidad del otro como otro*. La formulación de esas demandas es muy simple, pero de radicales repercusiones para la ética, el Derecho y la sociedad.

15. Ya no queremos seguir siendo objeto de discriminación y desprecio que hemos venido sufriendo desde siempre los indígenas.⁵

14. Que se respeten nuestros derechos y dignidad como pueblos indígenas tomando en cuenta nuestra cultura y tradición.⁶

Los otros derechos reclamados, expresados como demandas para satisfacer sus necesidades, y que implican necesariamente la atención de las demandas decimaquinta y decimacuarta, todos llevan a ese derecho que es síntesis de todos *el derecho a una vida digna*, que el EZLN desglosa de la siguiente manera:

Derecho a las comunidades indígenas de autogobernarse con autonomía política, económica y cultural (demandas 4 y 16) y del ejercicio de la administración de justicia según sus costumbres y tradiciones —derecho propio— (demanda 17).⁷

Derecho al beneficio de la energía eléctrica (demanda 6); derecho a la salud, materializado con hospitales, medicamentos y agentes de salud (demanda 9); derecho a la vivienda, con luz, agua potable, caminos, drenaje, teléfono, transportes (demanda 11); derecho a la

⁵ "Las Demandas Zapatistas", en *El Financiero*, México, 3 de marzo de 1994, p. 46. También en "Perfil de la Jornada", en *La Jornada*, México, 3 de marzo de 1994, p. II.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

educación con "mejores escuelas" y "maestros con preparación" (demanda 12); derecho a la información veraz (demanda 10).⁸

Derecho a mejores condiciones económicas que permitan: "que se acabe con el hambre y la desnutrición porque solamente ha causado la muerte de miles de nuestros hermanos del campo y de la ciudad" (demanda 22); implementar mecanismos para lograr un "precio justo para nuestros productos del campo" (demanda 19); "tener siempre un trabajo digno con salario justo para todos los trabajadores del campo y de la ciudad de la República Mexicana" (demanda 18); anulación de las deudas producto de altos intereses por imposibilidad de ser pagadas (demanda 21).⁹

Derecho a la tierra para los indígenas y campesinos que la trabajan, no para los latifundistas (demanda 8).¹⁰

Derecho a la libertad con tres tipos de reclamos muy jurídicos: 1) libertad inmediata e incondicional de los presos políticos y aquellos que se encuentran encarcelados injustamente (demanda 23); 2) que se les deje vivir "en paz y tranquilidad y que nos dejen vivir según nuestros derechos a la libertad y a una vida digna" (demanda 26); y "que se quite el Código Penal del Estado de Chiapas porque no nos deja organizarnos más que con las armas porque toda la lucha legal y pacífica la castigan y reprimen" (demanda 27).¹¹

Muchos de los anteriores derechos son reforzados en su concepción por las peticiones concretas de las mujeres indígenas (demanda 29).¹²

Como puede verse, entonces, es desde la perspectiva de los derechos subjetivos, de los derechos humanos, expresados como necesidades, como reclamos, como demandas, que es cuestionado el sistema social, político y económico de la sociedad mexicana. Y es así como el mundo jurídico es sacudido en su integridad, por la provocación a la justicia que hace ese grupo de empobrecidos.

II. DERECHO DE REVOLUCIÓN

Una primera cuestión jurídica, a nivel de Filosofía del Derecho, puesta en el centro del debate por la insurrección del EZLN, es la relativa al *derecho de revolución*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

El planteamiento de la cuestión sobre la existencia de ese derecho de revolución y sobre la posibilidad de su actualización en el movimiento zapatista, está implícito en la insurrección misma y casi explícito —si se me permite expresarlo así— en su primer documento público titulado *Declaración de la Selva Lacandona*.

El *derecho de resistencia* o *derecho de revolución* ha sido reconocido desde antiguo por la tradición filosófica del jusnaturalismo de raíz cristiana, que se traduce en el derecho que tienen los pueblos para liberarse de gobiernos tiránicos y/o sistemas sociales y jurídicos opresivos e injustos.

El maestro Genaro María González gustaba en su cátedra de Introducción al Estudio del Derecho, en la Escuela Libre de Derecho, de exponer lo que llamaba “elementos de la relación jurídica de revolución” que dejó plasmados en su obra *Catolicismo y Revolución*. “El derecho de revolución —escribe—, como todo derecho, supone la existencia de una situación objetiva, así como la de un agente jurídico personal”.¹³ Los elementos de esa relación jurídica son:

1º Los hechos condicionantes. Según Genaro María González “se dan en la serie de circunstancias positivas y de naturaleza que determinan ilegitimidad o la ilegalidad de un orden jurídico y político. Estas circunstancias se traducen por la ineficiencia dinámica del régimen a raíz de la incapacidad orgánica de justicia y de poder, en la caducidad general de un orden normativo y la prescripción extintiva del poder como efecto de la persistencia de la arbitrariedad en el mantenimiento de la injusticia y en su proclamación, o de la insistencia en conservar una legalidad caduca”.¹⁴

2º El titular del Derecho de Revolución. Aquí es necesario distinguir entre un “titular permanente” que es siempre “la colectividad nacional”, el pueblo, y el “titular actual” que es “aquella fracción, más o menos numerosa, que haya logrado encarnar con justicia la representación jurídica y natural de dicha colectividad mediante la sumisión a los fines esenciales de la vida nacional”.¹⁵

3º La Conjunción Dinámica. Es decir la fuerza que une los dos elementos anteriores, objetivo y subjetivo del Derecho de Revolución.

¹³ GONZÁLEZ, Genaro Ma., *Catolicismo y Revolución*, México, Imprenta Murguía, 1960, p. 64. (El tema concreto se trata de las páginas 64 a la 73.)

¹⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹⁵ *Ibidem*, p. 68.

4º Vías y Recursos Revolucionarios. Es la cuestión del cómo y de los medios e instrumentos para hacer efectivo ese Derecho de Revolución.

De la *Declaración de la Selva Lacandona*, de las Demandas del EZLN planteadas en las conversaciones de paz en la Catedral de San Cristóbal de las Casas, de las múltiples cartas del Subcomandante Marcos, así como de las entrevistas concedidas por éste y por los miembros del Comité Clandestino Revolucionario Indígena (CCRI) del EZLN, se concluye que la insurrección zapatista pretende ser un movimiento revolucionario que trata de basarse en los dos grandes hechos condicionantes de toda auténtica revolución: la falta de democracia, es decir la existencia de un ejercicio del poder autoritario y tiránico y la injusticia social, que se expresa, jurídicamente, por leyes injustas y por leyes adecuadas pero que no se aplican. Veamos algunas muestras de ello.

Poco después de tomar el Palacio Municipal de San Cristóbal de las Casas, desde ahí el subcomandante Marcos dijo:

Este es un movimiento de subversión. Nuestro objetivo es la solución de los principales problemas de nuestro país, que atraviesan necesariamente por los problemas de libertad y de democracia [...]. Con base en esto, dicen los compañeros, se podrán negociar las otras demandas: pan, vivienda, salud, educación, tierra, justicia, muchos problemas que, sobre todo en el medio indígena, son muy graves. [...] Nosotros esperamos de toda la sociedad mexicana una reacción favorable hacia las causas que originan este movimiento y que son justas. Podrán cuestionar el camino, pero nunca las causas.¹⁶

En entrevista concedida por los miembros de CCRI-EZLN, dijeron:

Queremos que haya un cambio. Queremos que haya una revolución, una vida nueva, una sociedad sin tanta injusticia.¹⁷

La cuestión principal a desentrañar es si la insurrección del EZLN actualiza los elementos de la relación jurídica del derecho de revolución. Pero despejar esta cuestión es tarea muy compleja, y más propia de un diálogo desprejuiciado y sincero en el que confluyan varios puntos de vista y no una cabeza sola.

¹⁶ *Proceso* 897, México, 10 de enero de 1994, p. 9.

¹⁷ Entrevista concedida a *La Jornada* por el CCRI-EZLN, México, 4 de febrero de 1994, p. 6.

Quisiera destacar, sin embargo, con relación a los llamados "hechos condicionantes" del derecho de revolución, como el EZLN en lo que se refiere al reclamo de justicia lo hace más restringido a sus propias condiciones de vida, pero en lo relativo a la democracia la demanda es ampliada a nivel nacional. En este último sentido, como dice Carlos Bravo, se trata de "una revolución inédita" en América Latina, pues es "una revolución que declaraba no buscar la toma del poder, sino al que se pusieran las condiciones para una verdadera democracia".¹⁸ Este planteamiento, por el avance de la conciencia nacional en el sentido de acceder en lo político a la auténtica democracia y por la coyuntura electoral de 1994, es de muy importantes repercusiones sociales y políticas. Por eso lleva razón Ruiz Guillén cuando escribe: "Porque nos guste o no, el principal disparo del EZLN y por el que no fueron masacrados, fue el impacto político al corazón del sistema".¹⁹

Otra cuestión digna de tomarse en cuenta para la discusión teórico-jurídica del derecho de revolución planteado por el EZLN, es que basa o pretende basar su insurrección en el derecho positivo mismo, en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se expresan así:

[...] como nuestra última esperanza después de haber intentado todo por poner en práctica la legalidad basada en nuestra Carta Magna, recurrimos a ella, nuestra Constitución, para aplicar el artículo 39 constitucional que a la letra dice: [...] ²⁰

Ellos lo transcriben y nosotros también:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de gobierno.

Y a continuación declara la guerra al gobierno.²¹

Nosotros creemos que el derecho de revolución no se encuentra en los textos positivos legales. Equivaldría a legitimar su propia destruc-

¹⁸ BRAVO, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹ RUIZ GUILLÉN, Víctor M., "Chiapas: el punto de inflexión. Balance y perspectivas del salinismo", en *Tiempo de Aguascalientes*, núm. 27, Aguascalientes, abril de 1994, p. 29.

²⁰ *Declaración de la Selva Lacandona. Hoy decimos ¡Basta!* (Una versión sintetizada en *Proceso* 897, México, 10 de enero de 1994, pp. 10 y 11.)

²¹ *Ibidem.*

ción como ley. En términos casi absolutos el derecho positivo, por medio de la Ley Fundamental, se autodefende. El artículo 136 de la Constitución vigente manda que ésta no perderá su fuerza y vigor si se interrumpe su observancia por una rebelión, pues "tan luego como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia".

En otras palabras hay una contradicción entre lo que establece el artículo 39 y lo que manda el 136. Creemos que desde el punto de vista de una exégesis legalista, prevalece la interpretación en favor del artículo 136, porque lo contrario equivaldría a aceptar el principio de autodestrucción del orden constitucional.

Consideramos, sin embargo, que es sumamente interesante el uso político e ideológico que se hace del artículo 39 constitucional por el EZLN. Ese uso expresa, en parte, el legalismo de nuestros pueblos, que buscan siempre en sus acciones apoyos en la ley que coadyuvan a su legitimidad. Se trata de un uso alternativo del derecho objetivo. La juridicidad aparece en el centro mismo de una declaración de guerra, avalando una insurrección armada; juridicidad que se manifiesta como defensa de ciertos derechos fundamentales —el pan y el poder de decisión—, pero también como texto legal de nivel constitucional, en le que se funda la propia insurrección.

III. EL DERECHO A LA TIERRA Y EL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

Las luchas de los campesinos en América Latina, y en especial de los indios, por el respeto de sus derechos comunitarios, constituyen, en el fondo, una lucha por la conservación de su identidad frente a la "civilización" de la modernidad que ferozmente trata de despojarlos de todo. El conservar su identidad, su derecho a ser ellos mismos, implica que conserven los dos elementos que requieren para ello: la tierra y la comunidad.

El 16 de diciembre de 1990, en el programa de televisión *Nexos*, se comentó la entonces iniciativa de adición al artículo 4º de la Constitución que reconoce algunos derechos de las comunidades indígenas. En una de sus intervenciones durante ese programa, Guillermo Bonfil Batalla planteó, con justa razón, esta cuestión, que hoy empieza a ser despejada: ¿Cómo compaginar —dijo— el proyecto modernizador del país, pregonado e impulsado por la presente administración, con la reforma constitucional que reconoce a las comunidades indígenas?

Hoy podemos decir que son incompatibles; como lo fueron el liberalismo jurídico y los derechos de los indios el siglo pasado. Y es incompatible, precisamente, por el proyecto del gobierno actual con relación a la tenencia de la tierra y la explotación económica del campo. Ese proyecto se plasmó, jurídicamente, con las reformas al artículo 27 constitucional y la expedición de la nueva Ley Agraria.

Nosotros no negamos que eran necesarias varias reformas al artículo 27 constitucional, sobre todo aquellas que permitieran la desvinculación política del ejido al Estado. Pero creemos, también, que la nueva legislación agraria debió tener en cuenta la enorme complejidad de nuestro país y dar cuenta que no es lo mismo el campesino del norte y el del centro con formas individualistas de tenencia y explotación de la tierra, al del sur de México, en donde predominan las comunidades indígenas que presentan, en su esencia, una socialidad comunitaria y que han sido sistemáticamente despojadas de la tierra desde la conquista, pasando por las leyes de desamortización de bienes y de colonización y terrenos baldíos del siglo XIX, hasta nuestros días, presentándose precisamente en sus expedientes un enorme rezago en materia de justicia agraria. Como ha escrito Néstor de Buen, cuando las reformas se llevan a la práctica, "cuando el derecho se tiene que convertir en conducta [...] el 27 se dobla ante una realidad de acreedores sociales que repudian su nuevo texto".²²

El subcomandante Marcos, en la entrevista concedida a *La Jornada*, explicó que el EZLN había nacido como un grupo de *autodefensa* para enfrentar a las guardias blancas de los finqueros "que les quitan la tierra y los maltratan, y limita el desarrollo social y político de los indígenas". Y expresa que lo que decidió el levantamiento armado, apoyado por las comunidades, fue la reforma al artículo 27 constitucional: "Esas reformas cancelaron toda posibilidad legal de tener tierra, que era lo que finalmente los mantenía como grupo paramilitar de autodefensa".²³

Las reformas al artículo 27 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1992. La fracción VII, en su segundo párrafo, dice textualmente: "La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas". Sin embargo, se derogan las fracciones de la X a la XIV, precisamente aquellas que establecían el derecho a la restitución y dotación de tierras y el procedimiento para lograrlo por

²² DE BUEN, Néstor, "27 + 130 = EZLN", en *La Jornada*, México, 20 de febrero de 1994, p. 7.

²³ *La Jornada*, México, 6 de febrero de 1994, p. 7.

parte de los núcleos de población ejidal o comunal. Ciertamente, la posibilidad legal de obtener tierras, quedó cancelada.

En Chiapas no hubo reforma agraria, y con las reformas legales ya no podía haberla.

Ya vimos que en la demanda octava del EZLN ante el Estado en las negociaciones de paz, estaba implícito el reclamo del respeto del derecho a la tierra. Su formulación completa es así:

El artículo 27 de la Carta Magna debe respetar el espíritu original de Emiliano Zapata: la tierra es para los indígenas y campesinos que la trabajan, no para los latifundistas.²⁴

IV. LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS DE INDIOS, DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN REAL Y JURÍDICA DEL ESTADO-NACIÓN

En nuestra colaboración a la *Revista de Investigaciones Jurídicas* número 15 de la Escuela Libre de Derecho, dedicada a los derechos de los pueblos de indios, escribimos con relación a la adición al artículo 4º constitucional —entonces todavía en discusión por el Constituyente Permanente—, las siguientes conclusiones:

1º Está lejos de las aspiraciones autonomistas reclamadas por varias organizaciones indígenas; apenas si se trata de un reconocimiento del respeto que debe darse a las costumbres jurídicas de los pueblos indios. Es decir, no va más allá lo dispuesto en esta materia por el Derecho Indiano; y

2º Si existe auténtica voluntad política de hacer efectivo este nuevo derecho constitucional de las comunidades, se requiere que se dicte una amplia, compleja y adecuada legislación secundaria. Y ésta muchas veces chocará con las políticas neoliberales, librecambistas y de eficiencia meramente económica de la política de la modernidad; de ahí que se requiera también de la voluntad política de aplicarla.²⁵

Habíamos, sin embargo, reconocido como cuestión positiva de la adición al artículo cuarto de la Constitución, el hecho de que se trata

²⁴ "Las Demandas...", *op. cit.* Ver también sobre la postura del EZLN con relación a la tierra las opiniones de algunos de sus integrantes en *Proceso*, México, 28 de febrero de 1994, p. 15; y la entrevista al CCRI-EZLN en *La Jornada*, México, 4 de febrero de 1994, pp. 6 y 7.

²⁵ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, "Derechos de los Pueblos de Indios: desde la Nueva España hasta la modernidad", en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 15, México, 1991, pp. 141 y 142.

ya de un reconocimiento a nivel constitucional de los pueblos indios como tales, de la verificación legislativa de la desigualdad real de un sector muy importante de la sociedad mexicana (más del diez por ciento de la población total) con respecto al resto de los componentes de esa sociedad; sería una norma que sale, en principio, de la lógica de la juridicidad de la modernidad.

En general, los analistas coincidían en que se trataba desde el punto de vista de los indios, no de una meta o punto de llegada, sino apenas de un primer paso en las reivindicaciones de sus derechos. Citábamos a Trejo Delarbre que decía:

Apenas será el comienzo de un trayecto aún espinoso, y aún lento, para que en legislaciones secundarias tales derechos sean reconocidos y, haciéndolos explícitos, se busque garantizarlos.²⁶

Como sabemos, esa adición al cuarto constitucional —artículo que constituye una capirotada de derechos—, quedó como su primer párrafo, concebida en los siguientes términos:

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Han pasado ya casi tres años de que se llevó a cabo la reforma constitucional aludida y no se ha expedido legislación secundaria alguna que la reglamente.

Ahora, por los días que corren, se habla mucho de la urgente necesidad de expedir la legislación reglamentaria del primer párrafo del artículo 4º constitucional. Sin embargo, las demandas del EZLN rebasan ya, con mucho, una posible reglamentación del reconocimiento constitucional de los derechos de los indios tal como está concebido. Atender las propuestas del EZLN, en esta materia, implicaría una reforma constitucional de fondo con repercusiones en la organización de todo el aparato estatal.

²⁶ TREJO DELARBRE, Raúl, "Una ley, por fin, en defensa de los indios, en *México Indígena*, núm. 15, México, diciembre de 1990, p. 9.

El EZLN reclama un régimen autonómico para los pueblos indios; la demanda 4 está formulada así:

Nuevo pacto entre los integrantes de la federación que acabe con el centralismo y permita a regiones, comunidades indígenas y municipios autogobernarse con autonomía política, económica y cultural.²⁷

Y la demanda 16:

Como pueblo indígena que somos que nos dejen organizarnos y gobernarnos con autonomía propia, porque ya no queremos ser sometidos a la voluntad de los poderosos nacionales y extranjeros.²⁸

La autonomía es una reivindicación de los pueblos indios que ha ido creciendo con fuerza en los últimos tiempos, tanto en México como en el resto del Continente. Con motivo y en apoyo de las propuestas del EZLN las 280 organizaciones civiles indígenas que conforman el Consejo Estatal de Organizaciones Indígenas y Campesinas se pronunciaron por el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indios y por la conformación de "regiones pluriétnicas".²⁹

Según Díaz-Polanco y López y Rivas:

La autonomía reconoce y hace efectivos los derechos históricos de grupos específicos con identidades propias, en el marco de un Estado nacional determinado [...] la autonomía; a) crea un ente público de carácter territorial; b) constituye autogobiernos regionales y locales legalmente definidos, con sus órganos y autoridades propias; c) transfiere competencias hacia los órganos autónomos y reconoce prerrogativas propias a los habitantes de las regiones; d) pone en manos de los autogobiernos el manejo de sus propios asuntos, y determina el régimen compartido para el control y protección de los recursos de las regiones, etcétera.³⁰

²⁷ "Las Demandas...", *op. cit.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ Cfr. DÍAZ-POLANCO, Héctor y Gilberto LÓPEZ Y RIVAS, "Fundamentos de las autonomías regionales" (primera de cuatro partes), en *La Jornada*, México, 22 de febrero de 1994, p. 13.

³⁰ DÍAZ-POLANCO y LÓPEZ Y RIVAS, *op. cit.* (segunda parte), México, 26 de febrero de 1994, p. 10.

Los autores que hemos citado subrayan el carácter territorial de la autonomía y el hecho de que se concibe como solución integral, ya que no se limita a lo cultural, sino que abarca lo económico, lo político y lo social.

El reconocimiento del régimen autonómico para los pueblos indios implica cuando menos tocar de manera sustancial tres preceptos constitucionales: el 4º, para incluir los derechos económicos, sociales y políticos de las comunidades indias; el 115, para crear la base de los "gobiernos regionales autónomos"; y el 27, para reconocer los territorios indígenas, reconfirmar el derecho a las tierras comunales y ejidales de los grupos étnicos.³¹

La propuesta del EZLN de régimen autonómico, se adiciona con su demanda 17:

Que la justicia sea administrada por los propios pueblos indígenas, según sus costumbres y tradiciones, sin intervención de gobiernos ilegítimos y corruptos.³²

Si compleja es ya una reforma constitucional que implique el autogobierno, más lo es si conlleva plena jurisdicción con reconocimiento de derechos objetivos propios de las comunidades, esto es el reconocimiento de su propia normatividad en cuanto a la tipificación de delitos e imposición de penas y la regulación de sus intercambios contractuales cotidianos y su propio concepto y técnica de las obligaciones.

La demanda está planteada; tener la voluntad política de satisfacerla, implica todo un inmenso reto jurídico, que requiere de imaginación y buena técnica para poder asumirse y salir victorioso del mismo.

La Constitución real del Estado nacional y el pleno respeto de los derechos de los pueblos indios está implicado en estas demandas autonómicas.

Por otro lado, lleva razón Luis Villoro cuando dice:

Mientras seamos nosotros quienes decidamos por ellos, seguirán siendo objeto de la historia que otros hacen. La verdadera liberación del indio es reconocerlo como sujeto, en cuyas manos está

³¹ Cfr. DÍAZ-POLANCO y LÓPEZ Y RIVAS, *op. cit.* (cuarta parte), México, 28 de febrero de 1994, p. 14.

³² "Las Demandas...", *op. cit.*

su propia suerte; sujeto capaz de juzgarnos a nosotros según sus propios valores, como nosotros lo hemos siempre juzgado, sujeto capaz de ejercer su libertad sin constricciones, como nosotros exigimos ejercerla. Ser sujeto pleno es ser autónomo. El 'problema' indígena sólo tiene una solución definitiva: el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indios.³³

V. JUSTICIA Y PAZ

La insurrección del EZLN ha sacudido, tal como lo hemos expresado, toda al juridicidad mexicana al cuestionarla desde la raíz, esto es, sobre su incapacidad de generar justicia para un sector amplio de la sociedad mexicana.

Esto ha provocado que se haya desatado toda una discusión sobre diversos temas conectados con lo jurídico: la democracia, las reformas al 27 constitucional, la autonomía de los pueblos indios, el respeto y vigencia real de los más variados derechos humanos. Ha forzado, también, a una nueva reforma legislativa en materia electoral (la tercera del presente régimen y ya con las elecciones federales en puerta). Además se pusieron las condiciones para pactar la paz al decretarse una amnistía.

La insurrección chiapaneca, por otro lado, ha sacudido la conciencia nacional, en algo que se relaciona de manera fundamental con lo jurídico, motivando la reflexión acerca de que *la paz auténtica sólo es fruto de la justicia*.

El movimiento del EZLN, al cual se le puede descalificar por haber escogido el camino de la violencia, difícilmente puede ser cuestionado en sus causas como dice Marcos, pues sólo reclama *justicia social*,³⁴ que es el verdadero sostén de la paz auténtica.

Para terminar, queremos recordar aquí las enseñanzas de San Agustín, ese viejo filósofo que puso las bases para el jusnaturalismo de tradición cristiana, que nos dice que el fin del Derecho positivo, que emana del legislador humano, es la conservación de la paz. Y paz, para el obispo de Hipona, significa la convivencia social bien ordenada. Y esa paz que surge del orden, se logra asegurando a cada uno

³³ VILLORO, Luis, "Los pueblos indios y el derecho a la autonomía", en *Nexus* 197, México, mayo de 1994, p. 41.

³⁴ Cfr. Entrevista a Marcos por el periódico *L'Unité*, Proceso 897, México, 10 de enero de 1994, p. 8.

la participación que le corresponde en los bienes terrenos; esto es, la paz surge de la justicia.³⁵

En sus Comentarios sobre los Salmos, el santo de Tagaste escribe:

Cumple la justicia y tendrás la paz, a fin de que se besen entre sí la justicia y la paz. Si no amas la justicia no tendrás la paz, pues ambas se aman y se abrazan. Quien realiza la justicia encuentra la paz, ésta se abraza a la justicia [...] ¿Acaso es algo grande desear la paz? Cualquier hombre perverso la desea. Buena cosa es, pues, la paz. Pero cumple la justicia, porque la justicia y la paz se abrazan entre sí y no litigan.³⁶

A pesar de lo difícil, complejo y escabroso que es, en la práctica, el logro de la justicia y el respeto de los derechos humanos, nos debemos empeñar en conseguirlo. Ese empeño será nuestra contribución para construir la verdadera paz en México.

³⁵ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis, *La filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, México, Ed. Jus, 1947, pp. 29-39; y RAMÍREZ RUIZ, Esteban, O.S.A., *Introducción a la filosofía política de San Agustín*, Guadalajara, Jal., 1988, pp. 68-72.

³⁶ LEURIDÁN, Juan, *Justicia y Explotación en la tradición cristiana antigua* (textos seleccionados por...), Lima, Ed. Centro de Estudios y Publicaciones, 1978, p. 130.

DRUG TRAFFIC, LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS¹

Eugenio URSÚA COCKE

SUMMARY: *Introduction. Drug dealing as a hemispheric problem, 1-5. The nefarious drug dealing, 6-9. To extradite or not to extradite, 10-16. The Alvarez Machain controversy, 17-23. The United States Supreme Court decision, 24-25. Mexican antidrug legislation, 26-29. Conclusions and recommendations.*

INTRODUCTION

Opium addiction became for the first time in modern times a serious social problem in the XIXth century.² The British had profitably devoted themselves since the previous century to import Indian opium into China, a practice that Imperial China attempted to stop about 1839. Hence the 1839-1842 so called "Opium War". After a second such war, the British and the French forced China into the Tienstsin Treaty (1858) whereby the latter obligated herself to open 11 ports for said trade, allow the establishment of foreign legations and religious missionaries in Pekin, and the legalization of the opium trade.

Opium was cultivated for the first time in the United States in the XIXth century, along with its importation. While opiates were necessary for medical reasons, some addictions appeared. Simultaneously with this increased consumption in the United States, marginal production was begun in Colombia, Bolivia, and Peru, within a trade

¹ Both my research assistants, Pedro Reynaga Estrada and Guadalupe del Pino, B. A. Ecs., enthusiastically collaborated in this project. A special recognition is gladly made of my former assistant, friend, and present official of the General Students Directorate of the University of Guanajuato, Mr. Martín Muñoz-Ledo, Esq. and Law Graduate of the University of Guanajuato.

² KAPLAN, *Aspectos sociopolíticos del narcotráfico*, México, INACIPE, 1989, pp. 15, 19, 57.

dominated by British and Dutch companies. When instances of serious abuse became evident, consumption decreased, and predominant attitudes and values became more rigid and severe. The United States Pure Food Drug Act (1960) forbids the sale and use of cocaine as an ingredient of food products.

The 1919 United States Supreme Court prohibition of the prescription to addicts and the sale of narcotics spurned a growing clandestine trade originated in Asian and Latin American sources.³

More recently, narcotics sale in the United States can be attributed to different factors, including the Viet Nam war, the youth movements, the need in middle and higher income groups to increase productivity, and the alleged boost to creativity among artists and intellectuals.

In the 1980s, marihuana was overcome by cocaine. Marihuana production, at least in Latin America, would have multiplying effects on labor and income, and a wider distribution of both. Cocaine employs less people, requires more capital, industrial techniques and imported chemical products. On the other hand, it yields better profits than marihuana, which it directs with more sophisticated and complex financial techniques. Cocaine also encourages organizations that are more vertically integrated, with greater hierarchy and greater proclivity toward violence, than marihuana. Somehow dealers in cocaine have become more aware of the fact that co-operation leads to greater profits and security.⁴

The official United States policies against drugs have manifestly not been entirely successful, due at least in part to a false or inadequate diagnosis of the causes, tendencies and consequences of drug dealing. Emphasis has been placed on the offer, rather than the demand and consumption; producers have been condemned, rather than search "self-critically for the United States and other developed countries responsibilities".

The social effect of drug dealing in Latin America is devastating. The consequences for the standing of the United States in Latin America of her armed intervention in South America and her arrogant disregard for Mexican sovereignty in the Álvarez Machain case are not yet fully present, but present serious threats. A better understand-

³ There is a curious parallel here in time and regrettable effects of the proscription of alcohol, clearly another drug, that may lend credence to Costa Rican proposal to legalize in a certain as yet undefined way the consumption and sale of other drugs. See below.

⁴ KAPLAN, *op. cit.*, 35, 54.

ing of her neighbors sensitivities is essential. Eventually, the only beginning of a solution to the drug problem appears to be the legalization of its trade, as proposed by Costa Rican authorities. Such an action, of course, needs to be accompanied by huge preventive mental and physical health care, and proper and adequate treatment facilities for drug addicts.

DRUG DEALING AS A HEMISPHERIC PROBLEM

1. The respected Mexican author we have been following⁵ has also written that drug traffic, abandoned by the industrial nations, was taken over by producers, poor countries and regions of Asia, Italy and France. South American countries specialized, in cocaine, with a rising demand curve in the 1960s and 1970s. Thus,

The high and growing presence of drug consumption in the United States and parts of Western Europe [attract] offers the supply of [from] Bolivia, Peru, Colombia and other Latin American countries, as producers, suppliers or transit points.

Drug dealing is the quickest and more sustained growth industry in the world. Besides, it has become the only Latin American multinational enterprise of great push and size, economically, culturally and politically successful.⁶

2. In Colombia, the increase in drug dealing is rooted in "prevailing, socio-political traditions and patterns", including widespread and endemic violence. The cases of Antioquia and Medellín may be symptomatic.⁷

⁵ KAPLAN, *op. cit.*, 18-20.

⁶ KAPLAN, *op. cit.*, 58.

⁷ Beginning in the XVIII century, a culture appeared in Antioquia that was "strongly pragmatic and utilitaria, privileged monetary success" and despises poverty. After the second decade of the XXth century, a strong entrepreneur group with certain qualities of innovation. Manufacturing companies appear in textil, tobacco, chocolate and beer, with strong banking and commercial support. However, the entrepreneurial dynamics and the economic growth of Medellín/Antioquia began losing strength and falling into a crisis in the 1970s, with the abandonment of coffee plantation and a brake on industrial development. There is much unemployment, a high population increase and the fall of real salaries. Insecurity, violence, and crime set in. In contraband of good, and out contraband of drug then set in. "At least two groups are benefitted: the growers that received advanced payment without need for bank or mortgage credit, and a considerable number of people involved in outgoing operations: an effective income distribution downward generates a new social stratum". KAPLAN, *op. cit.*, 27-32.

In Colombia, since the late 1980s, there has been a process of bribery, corruption, violence, murder, terror, general fear and increased number of victims. This process may make Colombia, "but evidently other Latin American countries, into the base, hostage and object of unrestricted domination and exploitation" by the drug cartels.⁸

In spite of the statistical difficulties, drug dealing is said⁹ to be a major economic factor in Colombia: some 1.2 billion dollars, or 3.3% of the national income. Such a large amount may have been a factor in "Colombia's small miracle", and in the absence of crisis such as those of Argentina, Peru, Venezuela, or (even) Mexico.

President Gaviria was highly criticized July, 1992, for ordering a "state of commotion" as "lack of foresight, improvisation and violation of the constitutional order". This *de facto* state of emergency was ordered through a

decree that avoided the liberation of several drug dealers benefited by the application of an article of the new Penal Code, under which provisional freedom is granted those accused who have been detained without trial longer than 180 days.¹⁰

Simultaneously, one of the apparent heirs of the Medellin cartel was murdered. Galeano "had been kidnapped last June 3 along other 14 alleged chieftains of the organization, as a result of an apparent internal war". Another unsupported version claims that the kidnapping may have involved DEA agents.¹¹

According to Colombia's Attorney General,¹² the drug dealing *capos* that turned in themselves voluntarily for the first year, would be willing to "negotiate a reduction in their prison terms, in exchange for different charges", under Article 37 of the Penal Procedure Code. This may be done "in order to save the wear on society of a protracted trial". The reduction, subject to the trial judge, would be of one-sixth of the original time (where, for instance, a major figure in the cartel, sentenced for murder while in the process of drug dealing

⁸ KAPLAN, *op. cit.*, p. 52.

⁹ KAPLAN, *op. cit.*, 68-69. The major drug dealers have been twice reported as having gone as far as to offer to pay for Colombia's foreign debt of around 11 million dollars!

¹⁰ *La Jornada* (Mexico City), 12 Jul. 92, p. 43.

¹¹ *Siglo XXI* (Guadalajara), 11 Jul. 92, p. 26.

¹² *Siglo XXI* (Guadalajara), 18 Jul. 92, p. 26.

would normally receive thirty years imprisonment, might get away with eight or ten).

In a different context, the Colombian Secretary of Foreign Affairs declared that two Colombian citizens were kidnapped in Venezuela by order of the United States Federal Bureau of Investigations.

3. According to the Bolivian government's secretary general,¹³ President Jaime Paz Zamora would seek at the Iberoamerican Conference in Madrid in the last week of July, 1992, support for his proposal to internationally depenalize coca leaves, of which his country is the second world producer. At the same time, the Conference is expected to approve his 1990 proposal for an Indian development fund (on the additional argument that coca being their major if not only produce, they should have economic incentives to abolish or diminish its production).

The United Nations International Drug Board outlawed coca and its derivatives because of their being used for the production of cocaine, the most fought against drug today. Instead, the secretary general claims that "the coca leaf is healthy, good, does not harm", and prejudices against this need to be erased.

The Costa Rica Minister of Justice declared¹⁴ that "now more than ever we must admit that we are losing the fight against drugs"; it is not through repressive measures that we should deal with this problem, and that therefore drugs should be depenalized.

4. At any rate, drug dealing causes at least two types of war: internal between dealers, and of the respective national government against the former. Unfortunately,¹⁵

Governments such as those of Colombia or Peru lack a definitive strategy (on drug dealing), of a strong and logical policy, and of appropriate resources, trained and equipped personnel, and social and political support. This has permitted dealers to acquire growing influence not only in economics and society, but also in political terms, which may

lead to destabilization and a growing paralyzism in some of the countries involved.

¹³ *Siglo XXI*, 20 Jul. 92, p. 29.

¹⁴ *Siglo XXI*, 22 Jul. 92, p. 27.

¹⁵ KAPLAN, *op. cit.*, 56-57.

5. Recent Latin American history seems to have been impressed, if ye too not widely recognized so, by a "criminal economy".¹⁶ Such economy does back to colonial and early independent lives (privateers, Negro traffic and Indian exploitation, various contrabands, outlaws, political power abuse, financial manipulations and frauds). Drugs did not appear in Latin American society yesterday. For instances, there are news of cocaine in Colombia since at least 1567. Yet Indians appear to have planted coca more for cultural and social than commercial reasons, and so were tolerated to continue doing so in minor quantities by the Spanish authorities.

THE NEFARIOUS DRUG DEALING

6. I have spoken elsewhere¹⁷ of the pervading corruption that is one of the least attractive features of Mexican society today. This corruption has been a major element that has favored, in the last decade or two, a highly threatening increase in drug consumption and, especially, drug traffic in the country, mostly for the large United States market. The closeness to that profitable market and the difficult economic conditions in Mexico, including of late a lowering in the living standards of those dependant on fixed, already low salaries (not to speak of the jobless, who now may be without exaggeration counted as legion), provide a large economic incentive, in spite of the evident risks involved, to many people who I am unable to attribute too much more moral condemnation than, say, to those involved in the production or sale of the potentially harmful alcohol or cigarettes. In order to reach its present proportions, including its admittedly more immediate health and wellbeing of a large number of people, the traffic must have counted with at least the tolerance of a number of public officials. Among those involved, at least at the press level and in varying and not quite clear terms, reports have involved many members of a wide spectrum of institutions, including high level police-

¹⁶ Or "proliferation and emerging constellation of an ample range of criminal phenomena and processes, such as drug dealing, other illicit traffic (luxury goods, currencies, arms), and white collar crime". KAPLAN, *op. cit.*, 9.

¹⁷ "Mexican Law as Is and as Should Be", in Mexican Law, with Prof. William MacPherson (to be published by the University of New Mexico in 1993-1994).

men,¹⁸ at least middle level politicians,¹⁹ and army and naval officers.²⁰ Most of these three groups, however, can stake a much lesser claim to the justifications of poverty and ignorance. Only minor public officers have been imprisoned.²¹

7. Drug traffic involves the problem for those who engage in it of how to dispose of the large profits involved. In Mexico, the pur-

¹⁸ One of the most notorious of which was President López Portillo's Chief of Mexico City's Police, General Arturo Durazo Moreno. Former brother-in-law of an important figure in the drug traffic, Arturo Izquierdo Hebrard (AIH) (see below), Durazo was a youth friend of López Portillo, whose Presidency he barely (if notoriously profitably) survived. Detained July 20, 1984 in Puerto Rico's San Juan International Airport when he arrived from Brasil on a plane owned by AIH, he was extradicted to Mexico on April 2, 1984. Sentenced to seventeen and a half years for the relatively minor crimes of illegal possession of arms, and accomplished threats to extort, he was released earlier this year under the parole rules (*Ley de Normas Mínimas para la Readaptación de Sentenciados*). RAMÍREZ, Ignacio, "Otra película sobre el Negro Durazo..." in *Proceso* (México City, Dec. 9, 1992, p. 29).

¹⁹ AIH was suspected of organizing the operations that led to the tragic events of last year at La Vibora, Veracruz (see below). One of his "friends" is alleged to be the Mayor of the important city and port of Veracruz, who had managed AIH's ranch in the state of Veracruz which was one of the seven ranches expropriated from Guadalajara's *capo* Miguel Angel Félix Gallardo, sentenced for drug related crimes in April, 1989. Said Mayor is believed a cousin of a former Secretary of Defense, in turn accused by the press of having protected the traffic; and also of a former member of a ruling family who was found murdered after apparently having been tortured. The journalists include other allegations of at least suspect connections of the Mayor Homero Campa and Ricardo Rabelo, "Funcionarios veracruzanos, ligados estrechamente con narcotraficantes" (*Proceso*, núm. 788, 9 Dec. 1991, 12).

²⁰ Early in the morning of November 7, 1991, several federal drug agents were murdered in a clandestine landing strip in the Ejido La Vibora, Tlaxicoyan County, Veracruz State. The drug peddlers, on board two small planes, escaped. Eventually, the head of the regional military zone, a four-star general, was dismissed, as well lesser officers. The Secretariat of Defense strenuously denied complicity with the drug traffic generally, although in this instance the present garrison did start the shooting that killed the agents while unable to detain the traffickers. An obscure civilian accepted, apparently without the usual violent means of obtaining confessions, his participation in the provision of special gasoline. Unfortunately for the law, he was detained by military, and not regular police. The National Commission of Human Rights did recommend further investigation of the incident since, beyond the "confusion" caused by the lack of sufficient distinguishing marks on the plans and uniforms of the federal drug agents, the army personnel present "incurred in actions and omission that violat military legislation and discipline". (Various articles, *Proceso*, *id.*).

²¹ For instance, a captain in the elite Presidential Guards and a second lieutenant of Military Industry have been accused and condemned for cocaine and traffic illegal trade in combination with the Cali, Colombia, cartel, (RAMÍREZ, Ignacio, "Dos militares capturados con narcos en Salina Cruz", *Proceso*, 788, 9 dec. 92, 8).

chase of ranches is a frequent way, as hinted above.²² The Governor of the State of Nayarit complained that

the geographic situation of the State has been very difficult, and that is why in the last three or four years drug traffic has attempted to seize lands, action that the state and the federal governments have resolutely fought.²³

The Governor acknowledged the "decisive" and positive participation of the Army in that struggle. Somewhat piously, the Governor concluded that "however, it is necessary to renew efforts in order to guarantee a lasting peace, and that drug traffic ceases to be a reason for fear for the inhabitants of Nayarit".

In the view of the Under Secretary for Procedures of the Federal General Attorney's Office, to catch and punish those "drug entrepreneurs" who have made a large business of laundering drug money, and live "in the midst of luxury and power", is difficult in Mexico for "lack of appropriate legal instruments". Neither have we been capable of identifying such entrepreneurs or stop the impact of their activities on the national economy. Consultations are being carried out in order to prepare the appropriate legislation, and the President of the Republic declared also that "an act is under considerations whereby goods and states originating in drug traffic may be impounded"; this would be achieved "without affecting individual and social protective guarantees".²⁴

At an "International Seminar on 'drug currency' held in Caracas in July, 1992,²⁵ United States and Latin American experts proposed "global" actions to fight the laundering of dollars originating in drug traffic. According to the FBI,

²² For instance, an uncle of Rafael Caro Quintero of Camarena fame, was imprisoned for among other thing, allegedly killing five people in his ranch. He and other relatives are said to have purchased ranches and restaurants in the State of Jalisco for the laundering of drug money. (*La Jornada*, Mexico City, 19 Jul. 92, p. 21).

²³ The declarations were provoked by the news of a bloody arrest that took place at a ranch in the state owned by Rafael Caro Quintero, alleged intellectual murderer of U. S. drug agent Camarena, and currently imprisoned in Mexico City. GUERRERO BENÍTEZ, Arturo, "Ante la difícil situación...", (*8 Columnas*, Guadaluajara rather sensationalist newspaper, 12 Jul. 92).

²⁴ *Siglo XXI*, 23 Jun. 92, p. 11. More recently (September, 1992), a scandal broke out in the State of Guanajuato when its attorney general accused hotel and shoe businessmen, among others, of covering up drug money laundering.

²⁵ *La Jornada*, 12 Jul. 92, p. 12.

dollar laundering through financial institutions reached 100 billion U. S. dollars a year, to which must be added another 200 billion for activities such as extortion, tax frauds, and sale of arms.

A United States 1986 Act would "order financial institutions to report [only] operations for more than ten thousand dollars". Apparently, an order from a Federal Court in Atlanta orders United States banks to freeze fund originating in drugs found in their foreign branches, and to return such funds to the United States for civil litigation.²⁶

In Colombia, drug money laundering has developed a number of interconnected means, including the infamous "dark counter" at the National Bank,²⁷ the use of Colombian banks, and in tax haven countries.²⁸ Real estate speculation (and consequent inflation) by drug dealers has extended to urban and rural property.

Through a complicated use of modern technology, drug dealers are said to have turned Great Britain and Switzerland into a "paradise for the hiding of resources". Beyond this, the dealers hope to turn more and more to legal enterprises, and to be considered as legitimate investors.

8. Of course, the problem of disposing of the proceeds originates in the enormous profits to be had from drug dealing. It entices a large number of the most different sectors of society to become associated with such traffic.²⁹ A peasant may possibly obtain in a year of coca planting more than he would otherwise make in his whole lifetime. The fabulous drug earnings permit such generous payments to the producers, and to "cover transport costs, pay a numerous and diver-

²⁶ *Excelsior* (Mexico City), quoted in KAPLAN, *infra* Note 19.

²⁷ Here millions of dollars from the marijuana trade merge with the coffee boom, contraband, income from foreign workers, tourism and other services. Other outlets include numerous real estate companies, money exchanges, credit companies, "under the protection of highly flexible norms and officials". Broadly, the major outside agencies of Colombian banks are in Panamá, Bahamas, Cayman Islands, Miami, and also New York, Santiago, Buenos Aires and Lima. In all of them there is some presence of drug dollars. Money orders and traveler cheques are popular instruments, "because of the almost complete lack of regulation (of them) in Panama and Colombia". KAPLAN, Marcos, *op. cit.*, 70-75.

²⁸ Apparently, in Panamá there was at least in the late 1980s, a "tacit agreement between drug dealers and the government, the first do not receive interests or income from the deposit they make in Panamanian banks, in exchange for protection of such funds, and a guarantee of bank secrecy". KAPLAN, *op. cit.*, 72.

²⁹ KAPLAN, *op. cit.*, 39, 42, 60.

sified personnel, give direct and indirect bribery, and the availability of efficacious and complex equipment". However, it must not be forgotten that all of this is possible because of a "fantastic" growth in demand and consumption, especially in the United States and other developed countries.

9. Future high drug dealers or *capos* are generally originated in middle and high income families, perhaps with original respectability but slipping, and socially repected. (At a lower level, there are whites, mestizos, and Blacks, as well as their multiple combinations.) Neither groups is often tied with legal industries or trade. Their activities, if successful, would allow them to have cash readiness, and the chance to preside over numerous marginal and delinquent people. Many such activities are carried out in *barrios* (neighborhoods) inhabited by the unemployed, the marginal and the petty delinquents, easy prey for a new and lucrative business.³⁰

TO EXTRADITE OR NOT TO EXTRADITE

10. According to a press version,³¹ after a popular referendum (1991), extradition is constitutionally forbidden in Colombia.

11. The President of the National Commission on Human Rights of México³² requested the Governor of Illinois to allow the return to Mexico of young Manuel Salazar who, having been accused of murdering a police officer, was interned in a high security prison in the American state and is now awaiting execution. Considering that the death penalty is "irreversible and contemptible, and violates fundamental human rights, Dr. Carpizo appealed to the sentivity and moral and political qualities" of the Governor.

In another context, President Salinas declared³³ to a Spanish weekly that "we are not inclined to facilitate things for anyone prosecuted for criminal doings in Spain". With respect to ETA (Basque nationalist—or terrorists) members already living in Mexico, "the Mexican government is willing to act, at the request of the Spanish executive, provided that such petitions are based on the principle that the extradited suspect is guilty of criminal or blood crimes". Negotiations

³⁰ *Id.*, p. 36.

³¹ *Siglo XXI* (Guadalajara), 11 Jul. 92, 26.

³² Dr. Jorge Carpizo, the widely respected former Justice of the Supreme Court, President of the National Autonomous University, and Head of its Legal Research Department.

³³ *Siglo XXI*, 6 Jul. 92, p. 13.

toward that end would have begun with the May, 1992, visit of the Mexican General Attorney to Madrid, addressed principally to a closer drug cooperation between the two countries. According to that Attorney General, "extraditions are considered on an individual basis; first, the accused crime must be such in both countries, and, secondly, that it not be a 'crime of conscience'."

12. The State Attorney for the State of Saltillo, Mexico, declared³⁴ that Mexico does comply with its international duties with respect to extradition. As an example, he refers to the pending return of a United States citizen detained in 1987, condemned to seven years imprisonment for drug traffic. Jerry Lee Massey was placed in the care of the Mexican Foreign Ministry, by order of the Second District Judge, who ruled in favor of the extradition petition. In the United States, the crime would be, according to the cited sources, for "conspiracy to distribute cocaine and marihuana".

13. Ms. Beatriz Asunta Roca Suarez, 33 year-old sister of the alleged drug traficker Jorge Roca, known as "Techo de Paja", and currently being tried in California, would be the first Bolivian citizen to be extradited to the United States on drug charges. Early in July, 1992, a DEA plane would have taken her to the United States, in spite of her protests of innocence and a dramatic scene involving her daughters. Ms. Roca was taken to the airport from a police "clinic", and her lawyer declared that the action was not "extradition but kidnapping".³⁵

The exit of Mrs. Roca caused a number of critical opinions against the Government, the Supreme Court and the U. S. Ambassador, who confirmed that "his government has requested other extraditions". A trade union leader declared that the extradition was an imposition by the "arrogant" American imperialism. Catholic Church authorities recalled "military molestation of Bolivian clerics" in the Department of Beni, "hidding place of the major drug merchants of the country". A former Secretary of Foreign Affairs of Bolivia declared that the extradition, claimed on the basis of a 1900 Treaty and the global Convention Against Drugs, nonetheless proved the signature of an update treaty, since it violated human rights, and national and international legality". Finally, the President of the Constitutional Committee of the Chamber of Deputies considered Ms. Roca's extradition

³⁴ *Siglo XXI*, July 5, 1992, p. 14.

³⁵ *La Jornada*, 12 Jul. 92, p. 24.

"a grave precedent which could be followed in other extraditions". Other voices within Bolivia requested the expulsion of the U. S. Ambassador there for alleged "interference with Bolivian internal affairs".³⁶

A particularly bitter opposition may have come from the military and police officers in Bolivia. Thus, the Head of the Armed forces declared³⁷ that "Bolivia has enough legal instruments and institutions to pursue such matters". Apparently, earlier accords between President Paz Zamora and the United States permitted several accused of drug trade or mafia chiefs to be sent for trial to the United States. According to this high officer, since the Military Penal Code includes more serious sanctions for uniformed personnel who engage in the production and trade of drugs, there is "no need for foreign courts to take over the trial of the Bolivian accused". On his part, the Chief of Bolivia's Police said that his institution "does not accept the extradition of policemen to the United States or any other country for trial on drug charges, and recalled that, according to him, "there is no current extradition treaty or formal accord between the two nations (see above).³⁸

14. Also in Bolivia, it was published that the government demand the extradition of a former DEA agency in that country. During

³⁶ *Id.*, 12 Jul. 92, p. 12. This animosity against the United States is reflected in declarations in Madrid by the well-known author Carlos Fuentes, for whom "once the Cold War is over, the brilliant leaders of progress have devised another enemy in order to continue to grow [...] The new United States and Europe enemy are drugs, so the Big Chief takes out from his sleeve antidrug crusades, and provides malfesancies like the one that cost Panama its President [Noriega]" (see below). While the entire world will continue to oppose the alleged right of the United States to kidnap foreigners in their own home, it may not succeed much longer, since it is already no longer as powerful as before.

³⁷ *Siglo XXI*, 5 Jul. 92, p. 20.

³⁸ Perhaps as a result of this dissatisfaction, after the end of July, 1992, military personnel will no longer participate in the fight against drugs, President Paz Zamora is said to have decided, thus complicating the alleged perennial intention of the United States to militarize drug combat, Bolivia's Interior Minister attempted to disassociate his country from Peru and Colombia, since according to him in the former there is neither insurgent nor institutionalized violence. A new regulation for foreign drug agents is expected in thirty days "to achieve a better coordination, as well as to avoid abuses of power buy the parties". (*Siglo XXI*, Guadalajara, 19 Jul. 92, pp. 22). Since May, 1990, through an agreement with the United States, the two armies have been joined against drug production and traffic. Allegedly the United States would go ahead in building an "operations center" in the Beni large, desolate Department, in spite of bitter opposition by minority parties in the country. (*Siglo XXI*, 22 Jul. 92, p. 24).

Bolivian Interior Minister, July visit to the United States, he would have received assurances from the head of DEA that the case of Bryan Donaldson³⁹ "would be minutely examined, and the resulting guilty duly punished".⁴⁰

15. In July, 1992, the sentence on general Manuel Antonio Noriega was finally passed.⁴¹ The judge imposed on him a 40 year imprisonment for "participating in drug traffic and for protecting criminal organizations while he was Panama's strong man". The jury found Noriega "guilty of making Panama a stopping point (for that traffic), a center for laundering of drug money (see below) and hiding place for members of the Medellin cartel".⁴² According to the newspaper, Noriega could be considered a prisoner of war (since he was captured during the United States invasion of Panama). To the judge Noriega is reported to have told: "Since you were unable to kill me during the invasion, you brought me here that I may do you the favor of killing me alive". On his turn, the current and disputed President Endara found himself "greatly relieved" by the sentence passed on Noriega, which "ends a painful chapter in the history of our country".

16. According to Kaplan,⁴³ since the 1960s and the 1970s, Colombia begun to develop the model and the scenario of a large, aggressive, and extraordinarily successful criminal organization which eventually was to control a large part of the Latin American drug traffic. Many factors combined, of course, to produce the favorable circumstances for such development, including the availability of land ideally situated

³⁹ Bryan Donaldson was involved in a bar fight where he injured a Bolivian citizen. The United States embassy arranged, apparently with some local police authorities, to spirit Donaldson away to Miami where he was said to be awaiting trial. Nonetheless, the Bolivian authorities announced their own trial and that, if the accused does not appear voluntarily, an extradition order will be requested from the United States. In case the American citizen is returned to Bolivia, it would be the second case since 1990, after the Roca case, see above, under the agreement reached that year between the Bolivian and the American authorities. (*Siglo XXI*, Guadalajara, 16 Jul. 92, p. 27).

⁴⁰ *Supra* note 22.

⁴¹ *Siglo XXI*, 11 Jul. 92, p. 23.

⁴² The use of the term "cartel" for the organizations dealing in drugs, especially those of Medellin and Antioquia, may be more metaphoric than precise. In fact, drug dealing organizations have not achieved, at least so far, a completely formal organization, but seem to be, instead, "a lax coalition of criminal groups, differentiated and often in conflict with each other, based on close relationship (by blood, marriage, or friendship), who cooperate in certain operations and against common enemies". (KAPLAN, *op. cit.*, p. 50).

⁴³ KAPLAN, *op. cit.*, 13, 21, 51 and ff.

for that kind of agriculture; a location ideally suited for contraband; a weak and corruptible State; and a peculiar mix of entrepreneurial, delinquent, and violent sociopolitical traditions.

Simultaneously, the Colombian government's struggle against drug traffic would have been slow, insufficient and limited by slow perception of the gravity of the trade; lack of help from public opinion and other Latin American countries; lack of political will; poor use of the few resources in fact available to the government; poorly rewarded, and thus subject to temptation, personnel; a wide net of public and private complicity; and by bureaucratic struggles. The governments of Turbay, Betancourt, and Barco were characterized by "the war on drugs, under the incitement and with the cooperation and efforts at control by the United States". Such a war was crucially dependent on two extradition treaties signed by Colombia and the United States on September 14, 1979, in Washington. Those agreements include besides extradition, the exchange of judicial information. Simultaneously, the United States began providing Colombia with financial, managerial, and operative aid.

Drug dealers move their enormous resources in this war, particularly opposing extradition.

Much agitation to the country was brought by the announcement by President Gaviria that leading drug dealer Pablo Escobar Gaviria was missing from the high security prison where he was placed after voluntarily giving himself up about a year ago, allegedly in secret agreement with the Colombia government that he be not extradited to the United States.⁴⁴ The last days of July, 1992, have been enlivened with tall tales of an all too real escape by Escobar from prison.

THE ÁLVAREZ MACHAIN CONTROVERSY

17. Late in June, 1992, it became known in Mexico that the United States Supreme Court had refused to approve the request for extradition to Mexico of Mexican physician Humberto Alvarez Machain, kidnapped by Mexican citizenas with at least the knowledge, if not the active financial support, from the United States Enforcement Agency (DEA), and finally tried in the State of California.⁴⁵ Accord-

⁴⁴ *Siglo XXI* (Guadalajara), 23 Jul. 92, p. 24. For a sympathetic biography of Escobar, emphasizing the strong popular support he has gained through his personality and philanthropies, see same issue, p. 40.

⁴⁵ For a discussion of the decision, see below #s 24-26.

ing to former DEA Director James Kuykendal,⁴⁶ the kidnapping resulted from the lack of cooperation of the Mexican authorities on the torture and death of United States agent Enrique Camarena Salazar:

Mexico has received many requests for extradition of criminal who have violated United States law, but it has always refused to cooperate [...] This lack of cooperation [...] constituted a frustration for the United States and what is now happening to the Mexican doctors is part of it.

18. Cooperative or not, the refusal of extradition of Alvarez Machain caused very strong public reaction in Mexico. The Foreign Ministry announced (and revoked less than twenty-four hours later)⁴⁷ the Mexican decision to suspend cooperation between the two agencies involved. On its part, the Office of the Attorney General recognized⁴⁸ that "Mexico cannot go alone in the struggle against drug dealing, and it is necessary to engage in international agreements, but always within internal and international limitations.

19. Protracted and apparently not entirely successful negotiations occurred at the Mexican Foreign Ministry. President Bush sent a letter to President Salinas, assuring "that in the future his government shall neither conduct, encourage, or permit"⁴⁹ actions such as the kidnapping of Alvarez Machain and Rene Verdugo Urquidez. According to the United States Ambassador, that statement "speaks for itself", while qualified observers deny it any legal value. Further, according to the Ambassador, there were "no winners of losers" in the negotiations. He explained the refusal to return Alvarez Machain on the alleged burden that would place on the other 102 extradition treaties signed by the United States.⁵⁰ President Bush's assurances

⁴⁶ *Siglo XXI* (Guadalajara), 2 Jul. 92, 12.

⁴⁷ Perhaps reflecting a popular view of the decreased importance of the Ministry in international matters and the corresponding increase in influence of the Presidential Office, particularly its General Secretary.

⁴⁸ *Siglo XXI* (Guadalajara), 17 Jul. 92, 16.

⁴⁹ HERNÁNDEZ, Evangelina, "En las negociaciones no hay ganadores ni perdedores: Negroponte", in *La Jornada* (Mexico City), 2 Jul. 92, 18.

⁵⁰ However, according to Garcia Moreno, a Mexican law professor and Justice of the Permanent Court of Justice, President Bush does have the possibility of returning Alvarez Machain, as stated in the next to last paragraph of the Supreme Court decision itself, to the effect that such return could be effected outside of the extradition treaty. Another Mexican jurist alleges that the decision also finds de kidnapping "scandalous, and a violation of the general principles of inter-

were said to have been reiterated in an exchange of diplomatic notes; in the future, such actions by "reward seekers" would constitute an extraditable crime. This would show the respect the United States has for Mexican sovereignty.⁵¹ Thus, according to Negroponte, after the incident relations between the two countries, which are "rich and complex", are back to "excellent": the Alvarez Machain case must be considered "in its context".

20. At the end of the negotiations, Mexico declared that it would take the case up to international organizations such as the United Nations or the World Court, because "moral and legal reasons" support it. A decision had not been reached as to the definitive forum chosen for this.⁵² Foreign Minister Solana would not consider "satisfied" a proper term to describe the Mexican attitude at the end of the talks; that Bush's letter does not carry "all political and legal weight"; that the negotiations had been "complex, difficult, and long"; and that he hoped that further discussions would not "contaminate" other areas of bilateral concern.⁵³

One such application to international recourses may be found, although not forming the main body of the speech, in Mexico's Ambassador to the United Nations Economic and Social meeting reported

national law", apparently referring to the dissenting opinions, both experts find the decision a "political" rather than a "legal" one. This would be particularly so, since the Justices apparently overlooked the express admission of the DEA as having participated in the promotion, execution, and payment of the kidnapping. (*Siglo XXI*, Guadalajara, 21 Jul. 1992, 13).

⁵¹ This use of the word was probably meant for the popular perception in Mexico of the country. There are here others, however, who may have a more sophisticated view of "sovereignty". Thus, the wellknown labor specialist and occasional newspaper commentator Nestor de Buen compares unfavorably the recent Maastricht Accord that is generally believed to continue the road toward European unification (and its necessary renunciation of sovereignty), with what the writer considers unbecoming presences of the past in Mexico's legal and social practice, including the prohibition of access to the Presidency to any non Mexican by birth, and the also the child of Mexican citizens. DE BUEN, Nestor, "Soberanía, esa vieja historia..." in *La Jornada* (Mexico City), 12 Jul. 1992.

⁵² *Siglo XXI* (Guadalajara), 7 Jul. 92, 13. As late as middle September, 1992 there have been reports of a certain doubts from the Ministry of Foreign Affairs of pursuing these tactics because "the conditions do not seem favorable".

⁵³ Reflecting a general if unspoken feeling in Mexico, this country's relatively mild and at least temporarily accommodating attitude about the Alvarez Machain case is part of an overall political concern (which some call excessive) with an eventual signature of the Free Trade Agreement, at almost a cost. (See Governor of California Ruffos's declaration, quoted by Mireya Cuellar and Miguel Angel Rueda, *Siglo XXI*, Guadalajara, 2 Jul. 1992, 17).

in middle July, 1992.⁵⁴ Ambassador Montaña was generally critical of what he considered an unequal treatment of human rights considerations in the North and in the South. He condemned as an "inexcusable violation of international law" the kidnapping of Alvarez Machain, and added that Mexico has seen with concern how drug dealing is "utilized as an excuse" to develop new means of violating human rights and fundamental freedoms.

The attitude of the United States Supreme Court was also condemned by six Latin American countries (Argentina, Brazil, Chile, Paraguay and Uruguay) meeting in Las Leñas, Argentina. As a result, the Permanent Council of the Organization of American States (OAS) decided, against the opinion of the United States Representative, to instruct its Interamerican Legal Committee to review with priority the legality of the United States Supreme Court, at its regular August 5-28 meeting. The unsuccessful American argument at the OAS was that the question was an internal one.⁵⁵

In another newspaper's estimate,⁵⁶ while the Committee's opinion had "no legal force" with respect to the United States Supreme Court, a contrary stand may have "moral" value, and influence future United States actions.

Mexican sources said that it was "probable" that Mexico would take up the case at the forthcoming Madrid Iberoamerican meeting.⁵⁷

21. The Mexican President, to wide general approval,⁵⁸ sent Congress and the latter quickly passed, legislation defining as a

crime against the homeland for Mexican citizens to collaborate or participate in the kidnapping of persons within the national territory for the purpose of their being delivered to foreign authorities.

Foreigners participating in such activities are now subject to immediate expulsion.

⁵⁴ *Siglo XXI* (Guadalajara), 16 Jul. 1992, 15.

⁵⁵ This was eventually rejected also by the Legal Committee of the OAS, which unequivocally rejected said Supreme Court decision.

⁵⁶ Quoting "diplomatic sources", *Siglo XXI*, 16 Jul. 1992, 16.

⁵⁷ *Siglo XXI* (Guadalajara), 16 Jul. 1992, 16.

⁵⁸ For example, see the editorial of *La Jornada* (not known as a pro-Salinas publication), Mexico City, 2 Jul. 1992.

Also, the Mexican Federal Executive issued a seven pages, eight sections Decree on Rules for the Temporary Stay of Foreign Agencies Representatives.⁵⁹ Such agents

may only serve as liason with the Mexican government for the purpose of sharing information; their stay in the country shall be temporary; they are compelled to "observe strictly applicable Mexican legislation"; and at no time may they engage in functions "expressly assigned to Mexican authorities".⁶⁰

Agents shall be accredited before the Ministry of Foreign Affairs and registered before the Ministries of the Interior, and the Office of the Attorney General. They will not be immune from penal codes. They may not have contacts with other authorities than those specified in the Decree.

The information obtained by foreign agents must be shared "immediately" with their Mexican counterparts. Should the former engage in the promotion or the "incitement" of others in the kidnapping of Mexican nationals to another country, such foreign agents shall be expelled "automatically" from the country, the respective cooperation accord shall be "immediately suspended", and the responsible foreign nation will be prevented from engaging in any further such activity in Mexico.

22. Nonetheless, the President also announced that he had accepted President Bush's invitation to meet with him on July 14 in San Diego, California, to confer and watch a baseball game.⁶¹

At the close of the Salinas-Bush San Diego meeting, the first issued⁶² a strong public statement to the effect that

(1) Mexico rejects as invalid the decision of the Supreme Court, about the detentions of nationals by foreign policemen, and contrary to international law; (2) the Mexican government insists upon the return of Alvarez Machain; (3) Mexico forbids the

⁵⁹ *Acuerdo sobre normas que regularán la estancia temporal de agentes representantes de entidades de gobiernos extranjeros*, *Diario Oficial*, 3 Jul. 1992. (*Siglo XXI*, Guadalajara, 3 Jul. 1992, 12).

⁶⁰ Of course, neither may they incur in illicit detentions, kidnapping, forced confessions, unauthorized searches, taking of private property, "or any other action" forbidden by the Constitution or lesser, applicable acts or codes.

⁶¹ HERNÁNDEZ, *supra* Note 24.

⁶² *Siglo XXI* (Guadalajara), 15 Jul. 1992, 12.

operations of foreign agents in its territory, and allows their presence only for drug information purposes; (4) the question of the extradition treaty shall be discussed in the next Binational Meeting; and (5) Mexico will act strongly against whoever engages in violations of the pertinent law.

23. It was announced⁶³ about the same time, that is after the negotiations in Mexico City and before the July 14 Bush-Salinas meeting, that the Subcommittee for Civil and Constitutional Rights of the Judiciary Committee of the United States Senate had postponed until July 21 the second of its audiences on the Supreme Court Alvarez Machain decision. Speculations were expressed that this was decided hoping to have then the presence of both Secretary of State Baker and Attorney General Barr. There has been at least concern in the Congress about the possibility of future kidnappings that could involve the United States in similar international controversies in the future.⁶⁴

THE UNITED STATES SUPREME COURT DECISION

24. From the Syllabus of United States Supreme Court Opinion No. 91-712⁶⁵ it appears that the District Court (California) concluded that the DEA agentes were responsible for the abduction and dismissed the indictment of Alvarez Machain on the ground that it violated the Extradition Treaty between the United States and Mexico. The Court of Appeals affirmed because the United States had authorized the abduction and since the Mexican government had protested the Treaty violation, jurisdiction was improper.

The Supreme Court held that "the fact of responsible's forcible abduction does not prohibit trial in a United States court for violation of this country criminal laws".

a. While recognizing that a defendant may not be prosecuted in violation of an extradition treaty, when a treaty has not been invoked, a court may properly exercise jurisdiction even though the defendant's presence is procured by means of a forcible abduction.

⁶³ *Siglo XXI* (Guadalajara), 9 Jul. 1992, 9.

⁶⁴ Without clarifying who was to pay and to whom, an indemnization was believed by a "former legal counsel of the State Department" to be due to symbolize the "gravity and inacceptability of such behaviour as led to the forced entry of Alvarez Machain in the United States. (*Siglo XXI*, Guadalajara, 14 Jul. 1992, 15).

⁶⁵ *United States, petitioner v. Humberto Alvarez Machain*, 60 LW 4523 (1992).

b. The Extradition Treaty does not (expressly) forbid such an abduction.

c. "While respondent may be correct that his abduction was "shocking" and in violation of general international law principles [this is a] matter for the Executive Branch".

25. This majority view written by Chief Justice Renquist, joined by Justices White, Scalia, Kennedy, Souter, and Thomas, was a matter of an eloquent and correct dissent by Justice Stevens, joined by Justices Blackmun and O'Connor, in my view, and certainly that of Mexico and, at least the leading countries of Latin America. In the view of the dissenters,

a. If the Extradition Treaty would not cover (and condemn) abductions, its provisions would be "little more than verbiage"; such provisions would be "utterly frustrated" (Court of Appeals); and could be extended to the absurd of permitting also the torture or execution of a person.

b. The *Rauscher* precedent supporting a covenant not to prosecute for an offense different from that for which extradition was granted, is far weaker than a rule against the invasion of the territorial integrity of a treaty partner, as Mexico correctly claimed in this case.

c. The court failed to differentiate between private abductions and official invasions of another sovereign's territory as here.

d. The decision should not have been influenced by possible inaction or action by the Executive.

MEXICAN ANTIDRUG LEGISLATION

26. The present Mexican constitution charges the Federal Congress to legislate "on the general health of the Republic". Article 73, Section XVI. There shall be a National Health Council which may organize "campaigns against alcoholism and the sale of substances that poison the individual and degenerate the human species". First Paragraph. Such a Council depends directly on the President of the Republic and thus independent from any Department of government; its rules are obligatory in the entire Republic.⁶⁶

Said Section of article 73 rules the penal regime of drugs, through

⁶⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*. See also *General Health Act (Ley General de Salud)*, articles 235 and 245, 4th ed. México, Porrúa, 1990, Col. Leyes y Códigos de México.

the Federal Penal Code and the General Health Act. Therefore, the state legislatures may not regulate any conduct related to drugs.⁶⁷

27. In turn, the Federal Penal Code defines drugs by reference to the General Health Act.⁶⁸

The Federal Penal Code, considering the "evident cultural backwardness, the social isolation, and the extreme need" of peasants usually dedicated to field activities, would limit their penalty for growing marijuana to imprisonment from two to eight years. Article 195. Provided he or she is not a member of a criminal organization, transport of marijuana for one instance, and provided it does not exceed one hundred grams, is punishable with the same penalty. Article 196. In an all-encompassing definition, virtually anyone else connected with drug traffic in Mexico may receive a prison sentence from between ten and twenty-five years, and a fine of five-hundred minimum daily wages.⁶⁹ A slightly smaller sanction of ten to twenty years imprisonment and a fine of from one hundred to five hundred minimum daily wages is imposed on whoever, even temporarily, imports or imports drugs from the country. Article 197, Section II. A similar penalty would be due to whoever finances directly or indirectly drug crimes, or who publicizes or induces in any way the consumption of such drugs. Article 197, Sections III and IV. Possession of said drugs is punishable with from seven to twenty-five years. Article 193, Section V.

All the above penalties shall be doubled if the convicted criminals had been charged with the prevention or investigation of crimes

⁶⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delitos en materia de estupefacientes (Drug Crimes)*, México, Trillas, 1980, p. 42. The author has been Mexico's Attorney General, a member of the Legal Research Institute of the National Autonomous University of Mexico, and currently heads the newly-enacted Agrarian Tribunal, one that has more advisory than adjudicatory roles and was devised along with President Salinas decision to privatize the rural areas, as opposed to the cooperative schemes of the ejido and the communities.

⁶⁸ Drugs, also known as controlled substances, are "those determined by the General Health Act, international compulsory treaties, and other health provisions that conform with the General Health Act"; and "substances and plants designated in articles 237, 245 (Sections 1-3), and 248 of the General Health Act". *Código penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y penal para toda la República en materia de fuero federal (Federal District Common Crimes and Federal Crimes Code)*, 3rd ed., México, Delma, 1990, p. 67.

⁶⁹ That is, "whoever plants, cultivates, crops, produces, manufactures, elaborates, prepares, acondition, transport, sells, buys, acquires, engineers, or traffics, trades, provides event at no cost, one of the plants or substances" declared under control in the General Health Act. Article 197, Section 1.

against health; when the victim was underage or incapacitated; or if committed in school, public assistance, or prison institutions or their proximity; when there is criminal conspiracy; where minors or the incapacitated were utilized; when committed by professionals or other personnel related to the health sciences; when family ascendancy was employed; or by the employer. Article 198, Sections I-VIII.

Drugs involved in drug-related crimes shall be, in principle, turned over to federal health authorities for their disposal. Attorneys-General (*agentes del Ministerio Público*) shall be in charge of the respective investigations. Such officers may request the suspension of agrarian rights, where justifiable. Article 199.

28. The General Health Act lists over 109 substances considered by law to be under control. The list, subject to additions, shall be published in the *Diario Oficial de la Federación*. There is a safety clause for any additional, immediately needed classification of drugs as subject to control. Article 234. These drugs may not be "planted, cultivated, subject to crop, elaboration, preparation, acquisition, possession, trade, any kind of transportation, use, supply, or consumption". Article 235. A sole exception would be drugs for scientific research under a permit by the Health Secretariat. Article 238. The Health Secretariat shall determine the requirements for the legal trade in drugs, and issue the corresponding permits. Article 236. Within legal limitations, drugs may be prescribed by physicians or interns, veterinarians, and dentists, in their respective specialties. Article 240. In any case, a special prescription is required and described. Article 241. Only designated establishment may dispense drugs, shall collect each prescription, and register the sale in the appropriate book. Article 242. There are industrial-use, dangerous drugs. Article 1157. Controlled drugs may not be issued as medical propaganda. Article 1158. Proper packaging is detailed in Article 210.

Import and export of drugs are under the control of the Health Secretariat, which shall specify amounts and ports of entry or exit, with a certain role for Mexican Consulates abroad. Article 289-292.

There are also administrative sanctions. Articles 416-425.

29. The fundamental principles of extradition in Mexico are found in the Federal Constitution, international treaties, and the Extradition Act of December, 1975.⁷⁰ An extradition procedure is that in which

⁷⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Eduardo, *Derecho procesal penal*, 5a. ed. México, Porrúa, 1989.

it is requested that a person or persons accused of a crime is or are requested by some foreign nation or the Mexican government participates.

Constitutionally, it is provided that proper authorities are under strict obligation to deliver foreign prisoners to the authorities who request them. Article 119. However, no extradition treaties may be signed involving the extradition of those granted political asylum of those common criminals having the status of slaves in the requesting country, and no agreements can be signed diminishing the fundamental freedoms guaranteed by the Constitution. Article 15.

The International Extradition Act is applicable in the absence of an international extradition treaty (and therefore, presumably not in the case of the Mexico and the United States). It is especially useful for inter-state extradition within the country. However, it does establish a procedure to be followed to request the extradition of a Mexican citizen from a foreign country. Article 3. The conducts are the Ministry of Foreign Affairs and the Attorney General's Office. Mexico would grant extradition if the offense is punishable in both countries; if the contemplated sentence averages at least one-year imprisonment; there is a complaint; and no pardon has ensued.

In the view of García Ramírez, extradition is an exceptional procedure, subject to the Executive and, with respect to nationalized foreigners applicable only if the citizenship was acquired by the accused prior to the facts in question. If a crime has been also committed in Mexican territory, the corresponding penalty must be covered in Mexico first. Where several countries request extradition of a foreigner, preference shall be given to that with which Mexico has signed a convention; or failing that, by order of petition or detention of the accused.

Many detailed provisions exist in the Act with regard to the proper extradition proceedings.

There are other interesting provisions in the Mexican law with respect to drugs. In spite of a claimed "benevolence toward the ill", treatment for drug addicts/drug delinquents must be given along with the prison sentence.⁷¹ However, the Supreme Court found since the late nineteen fifties and early nineteen sixties that a "drug addict" may not be subject to trial, provided there is a medical certificate that the drug found in his or her possession was for his or her personal

⁷¹ GARCÍA RAMÍREZ, *supra* Note 67.

use. Thus, an action may not be initiated against anyone merely subject to the illness of drug addiction.

The By-laws of the General Health Act contain further detailed consideration of what are to be considered toxic, illicit drugs.

Unfortunately, drug-related accidents appear not to be considered professional risks by the Social Security Institute.

There may be civil penalties for drugs production and trade, in addition to the criminal ones we have already pointed out: relative nullity of marriage, impediment to contract marriage, and cause for divorce.

Except by doctor's prescription timely disclosed to the employer, an employee may be dismissed for drug consumption on the premises.

The Supreme Court has also found (1973, 1977) that mere possession of an illicit drug constitutes a crime against health.⁷² It has defined the "crime against health" as the legal protection of human health, through preventive and remedial actions. Foreigners may be denied entry to Mexico if proven to be drug addicts, or expelled if found guilty of a crime against health.

CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

1. Drug dealing was begun by the industrial countries, and after taken over by less-developed ones, constituting today the only Latin American multinational enterprise. Unless and until the various countries in Latin American are able to sustain a sufficient and equitable development, the possibilities of lessening the fatal traffic are very small.

2. For example, drug dealing in Colombia grew in a context of violence, inequality, and corruption which, to be sure, it has helped to deepen.

3. Bolivia as unsuccessfully suggest the legalization of drugs, joined by Costa Rica. It also would be this author's recommendation.⁷³

4. The costs of not only drug traffic prevention, but to the very fabric of societies involved are enormous, far —and long— reaching.

5. Drug dealing effectively occupies much of the population that has been displaced by neo-liberal economies, which in my opinion need

⁷² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código federal de procedimientos penales*, México, Porrúa, 1989.

⁷³ As was also that of at least three California judges, according to recent press reports.

urgently to revise their true effects on the majority, not to speak of the marginal, of the less-developed countries.

6. Drug dealing has been helped by and in turn increased the all-too-pervading corruption. Only very minor officials have been imprisoned in Mexico, and catching major drug dealers only seems to increase new aspirants in the nefarious activity.

7-8. The laundering of the illegal proceeds of drug dealing have found many legitimate fronts. Mexico has not escaped this process.⁷⁴ Again, this might be prevented by the legalization advocated in conclusion 3. above.

9. Drug traffic has also served as a quick, however dangerous and illicit, road to social mobility.

10-13. Extradition of those accused of drug-dealing has been an unwise choice of policy by the United States. While a respectable and human avenue for most criminals, it has proven ineffective and, because of national sensitivities, harmful in the case of crimes against health. These crimes are or should be recognized as the concern of the entire societies, and a matter for them alone to punish. Mexico's position continues to be that of studying each extradition request on its individual merits. The extradition of Mrs. Roca caused disproportionate internal political unrest.

14-15. The popular sentiment against the imprisonment of Panama's General Noriega could hardly be suppressed by a government unpopular in itself, as the result of United States open intervention.

16. Drug-traffic in Colombia has led to a most dangerous internal situation that may well be duplicated throughout Latin America.

17-20. Doctor Alvarez Machain's kidnapping with at least the passive support of the United States' DEA has been explained as an act of frustration of the latter. Whether true or not, the fact caused the strongest popular condemnation in Mexico and forced an all-too-short energetic act by the Foreign Ministry Negotiations with the United States were equivocal and unsatisfactory, possibly because Mexico did not wish to pursue strongly enough the matter in the light of, principally, the economic negotiations of the trilateral trade agreement. Mexico announced that it would seek international support for its position, but has done so only on a limited scale. Major Latin

⁷⁴ Brazil was publicized late in September as the major Latin American harbor for illegal drug money.

American countries showed their verbal support of Mexico. The Interamerican Legal Committee of the OAS unequivocally condemned the kidnapping.

21. President Salinas of Mexico had Congress rewrite the internal rules for foreign drug agents and strengthen penalties against local collaboration with future kidnappings.

22. Mexico's position was re-stated after the San Diego Salinas-Bush presidential meeting, but had no effect on the requested return of the Mexican doctor.

23. The United States Congress also could not or would not take effective action on the matter.

24-25. The United States Supreme Court decision on the Alvarez Machain was legally wrong, politically unsensitive, and internationally embarrassing for United States friends.

26-29. Mexican antidrug legislation is sufficient if imperfectly enforced.

There must be a certain degree of understanding between some high elements of government and drug dealers, one more example of generalized corruption. However, the most important factor (still) is in the United States consumption of drugs, not in their illegal cultivation mostly in South America and their trade through Mexico. The present economic policies of the Mexican government do not seem to ensure a long-lasting solution to the inequalities within the country. The problem is one of economic justice, political true democratization, and enormous efforts of a preventive, educational nature, rather than its symptom of illegal trade.

The partial abandonment of Mexico's international policy in favor of a closer alliance with her northern neighbors, exemplified among other things in the insufficient response to the attack on her sovereignty represented by the Alvarez Machain kidnapping and the United States authorities failure to extradite him, may lead to more harmful effects. While traditional sovereignty is irretrievably lost, it has to be replaced by world, rather than regional, integration.

ALGUNAS REFORMAS HECHAS AL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE MÉXICO

Fernando Alejandro VÁZQUEZ PANDO

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *La tendencia a la dispersión normativa*. 2.1. *La dispersión del régimen de las instituciones de beneficencia*. 2.2. *La centralización del derecho autoral*. 2.3. *La atomización del régimen de la propiedad*. 2.4. *La Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares*. 3. *La influencia de los desarrollos internacionales*. 3.1. *La equiparación del hombre y la mujer*. 3.2. *La reforma iusprivatista de 1988*. 3.2.1. *Las normas generales*. 3.2.2. *Normas conflictuales generales*. 3.2.3. *El principio de respeto a los derechos adquiridos*. 3.2.4. *Unificación del concepto de domicilio para efectos internos y para efectos internacionales*. 3.2.5. *Las primeras reacciones ante la reforma*. 4. *La independización del daño moral*. 5. *La reacción ante la inflación*. 6. *La reforma del sistema registral*. 7. *La eliminación del acto "mixto"*. 8. *Probables desarrollos futuros*.

1. INTRODUCCIÓN

Imposible resulta, en un estudio de unas cuantas páginas, cubrir siquiera la evolución legislativa del Derecho civil mexicano en los últimos años, pues tal rama del derecho es local y, por lo mismo, existen tantos Códigos Civiles como entidades de la Federación.

Incluso reduciendo el tema a la evolución sufrida por el Código Civil del Distrito Federal, lo cual se justificaría por la importancia de éste en la práctica, dado su doble carácter de ordenamiento local para el Distrito Federal en materias del orden común y de ordenamiento federal en materias federales, importancia que aumenta si se toma en consideración que, históricamente, tal Código y sus reformas han sido modelo o fuente de inspiración para las codificaciones civiles de las demás entidades, la tarea resultaría imposible de ser realizada dentro de los estrechos límites impuestos a esta colaboración, de ahí la necesidad de estrechar aún más el ámbito de análisis a través de algún criterio selectivo, lo cual implica, necesariamente, cierto grado de subjetividad. Se han seleccionado aquellas reformas al Código Civil distritense que han disminuido su ámbito de aplicación, segregándole

materias, así como las que, sin disminuir tal ámbito, parecen, al menos hasta el momento, las de mayor trascendencia.

Aun restringiendo así la temática, lo más que puede intentarse es hacer una referencia breve a cada una de las reformas seleccionadas, pues el estudio pormenorizado de cualquiera de ellas plantea exigencias muy superiores a las que pueden satisfacerse en un estudio de unas cuantas cuartillas, por lo que tan sólo se detiene un poco la atención en la reforma iusprivatista de 1988, por ser la más reciente y por ende la menos conocida.

Puede decirse que, a pesar de la relativa juventud del Código Civil distritense, pues entró en vigor en 1932, éste ha sufrido un número relativamente cuantioso de reformas, especialmente en los últimos años, no obstante la frecuente consideración del Derecho civil como la rama jurídica más estática.

2. LA TENDENCIA A LA DISPERSIÓN NORMATIVA

2.1. La dispersión del régimen de las instituciones de beneficencia

La primera manifestación de la tendencia a la dispersión de la regulación de la materia civil, se da con la entrada en vigor misma del Código Civil distritense, lo cual ocurrió en 1932, pues éste no lleva a cabo una codificación integral, al prever expresamente en su artículo 2.687 que las asociaciones de beneficencia se regirían por las leyes especiales correspondientes, lo cual permitió la sobrevivencia de la ley relativa de 1926. Ya para el año siguiente se promulga la *Ley de Beneficencia Privada para el Distrito y Territorios Federales*,¹ la cual estará en vigor hasta el año de 1948 en que será sustituida por la que, con varias modificaciones, continúa vigente a la fecha.²

2.2. La centralización del derecho autoral

El *Proyecto de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal*, elaborado en 1928 incluía en su libro segundo, relativo a los bienes, un título completo destinado a regular los derechos de autor. Tal título, que era el octavo, estaba integrado por tres capítulos que abar-

¹ *Diario Oficial*, del 31 de mayo de 1933.

² *Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal*, *Diario Oficial*, del 2 de enero de 1943.

caban los artículos 1.188 a 1.277 los mismos que pasaron, en lo fundamental, a formar parte de la versión definitiva del Código que entró en vigor en 1932 con los numerales 1.181 a 1.280.

Nada había en el texto de las disposiciones mencionadas que llevara a pensar que debían considerarse federales, pues hasta aquel entonces el derecho autoral venía siendo regulado por los Códigos Civiles locales sin que se hubiera hecho reforma constitucional alguna que permitiera considerar que para 1932 la materia autoral había pasado a ser competencia del Congreso General, por lo cual, en aplicación del artículo 124 constitucional, debía considerarse a la materia autoral como reservada a la competencia legislativa de los Estados de la Federación.³

Tal continuaba siendo la situación constitucional a fines de 1947, como lo sigue siendo hasta la fecha. Sin embargo, en ese año el Congreso General aprobó una *Ley Federal sobre el Derecho de Autor*,⁴ cuyo artículo segundo transitorio derogó, o al menos pretendió derogar, el título del Código Civil relativo a los derechos de autor. De entonces a hoy en día la materia autoral continúa regulada por la legislación federal.

A la fecha la cuestión sobre si la materia autoral es o no federal, o sea, si cae o no en la competencia del Congreso General o bien en la de las legislaturas estatales, continúa sin ser resuelta unánimemente, aunque en la práctica cotidiana los interesados suelen ajustarse al ordenamiento federal. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la nación parece no haber tenido oportunidad hasta ahora para pronunciarse sobre tan delicado tema, por no haber resuelto aún caso alguno en que se haya interpuesto amparo contra la ley de la materia haciendo valer como agravio la inconstitucionalidad por invasión de la competencia legislativa estatal.

A nivel doctrinal, Gabino Fraga ha sostenido la inconstitucionalidad de la legislación federal autoral, por carecer el Congreso General de facultades en la materia,⁵ en tanto Arsenio Farrell Cubillas ha pretendido defender la competencia del Congreso General, si bien sus argumentos parecen poco convincentes.⁶ Manuel Humberto Cruz Váz-

³ Incluso la mayoría de los Estados regulaban la materia autoral en sus respectivos Códigos Civiles.

⁴ La ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, del 14 de enero de 1948.

⁵ *Cit.* por FARELL CUBILLAS, Arsenio, *El sistema mexicano de derechos de autor*, México, Ignacio Vado, 1966, pp. 45-48.

⁶ V. FARELL CUBILLAS, Arsenio, *op. cit.*, nota anterior, pp. 48-54.

quez en una obra de juventud, su tesis de licenciatura, claramente concluye la incompetencia del Congreso General para legislar en materia autoral, si bien considera que sería conveniente una reforma constitucional para dotar de competencia a dicho Congreso.⁷ En tanto, Juan del Rey y Leñero⁸ parece aceptar la tesis de la ley vigente,⁹ según la cual la materia autoral es de competencia del Congreso Federal, por tratarse de una ley reglamentaria del artículo 28 constitucional.

Adolfo Loredó Hill¹⁰ señala que la ley federal de 1947 se expidió para "[...] acomodar el derecho autoral mexicano a la Convención de Washington, D. C. [...]" y, con respecto a la legislación vigente, se limita a repetir la tesis del artículo 1 de la ley, que pretende fundar su carácter federal en ser reglamentaria del artículo 28 constitucional.¹¹ Ni Ramón Neme Sastré¹² ni J. Ramón Obon León¹³ se detienen siquiera a considerar el problema.

De los argumentos dados para defender la competencia del Congreso General en materia autoral, sólo merece ser mencionado el relativo al carácter reglamentario de la ley de la materia con respecto al artículo 28 constitucional, no solamente por ser el adoptado por la legislación vigente misma sino, principalmente, por ser el único fundamento alegado con ciertos visos de solidez.

Parece evidente que, no toda ley reglamentaria de disposiciones constitucionales que establecen "garantías individuales", como suele designar la doctrina mexicana a los derechos fundamentales de rango constitucional es, por ese solo hecho, de competencia del Congreso General. Así, por ejemplo, los preceptos constitucionales prevén diversas "garantías individuales en materia de procedimientos tanto civiles como penales, los cuales son reglamentados necesariamente por la legislación local, ya que ambos procedimientos son de competencia

⁷ V. *El fundamento constitucional de la Ley Federal de Derechos de Autor*, México, 1970. Tesis profesional presentada a la Escuela Libre de Derecho.

⁸ V. DEL REY Y LEÑERO, Juan, *Derechos de autor*, México, Textos Universitarios, S. A., 1978, p. 20.

⁹ La vigente *Ley Federal de Derechos de Autor* fue publicada, como una reforma a la ley autoral de 1956, en el *Diario Oficial*, del 21 de diciembre de 1963.

¹⁰ LOREDÓ HILL, Adolfo, *Derecho autoral mexicano*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1982, p. 37.

¹¹ *Id.*, p. 65.

¹² NEME SASTRE, Ramón, *De la autoría y sus derechos*, México, Secretaría de Educación Pública, 1988.

¹³ OBON LEÓN, J. Ramón, *Derechos de los artistas, intérpretes, actores, cantantes y músicos ejecutantes*, México, Editorial Trillas, 1986.

local, y por la federal, por existir de delitos federales y procedimientos federales de naturaleza civil. El criterio de que no toda ley reglamentaria de "garantías individuales" sea por ello mismo federal ya había sido sostenido desde el siglo pasado por la Suprema Corte de Justicia, y acogido por constitucionalistas tan prestigiados como Ignacio L. Vallarta.¹⁴

No basta, pues, que exista una "garantía individual" prevista en la Constitución general del país para que la competencia correspondiente sea del Congreso General, se requiere, conforme al artículo 124 constitucional, que la materia sea atribuida expresamente a los órganos federales o que la legislación federal sea un medio indispensable para que otro órgano federal pueda ejercer las facultades que expresamente le otorga la Constitución. Dado que en la materia autoral no se da ninguno de ambos supuestos, es de concluirse que tal materia es de competencia local. Resulta así que la "derogación" de los preceptos del Código Civil en materia autoral es de muy dudosa validez constitucional, por provenir de una ley federal emitida invadiendo la competencia legislativa de las entidades de la Federación.

2.3. La atomización del régimen de la propiedad

El texto original del artículo 951 del Código Civil distritense fue modificado en el año de 1954¹⁵ para regular, en forma un poco más satisfactoria, el régimen de la propiedad en condominio. El nuevo precepto no incluía una regulación completa de la materia y su texto preveía la expedición de una ley reglamentaria, misma que fue promulgada en la misma fecha que la reforma mencionada,¹⁶ con lo cual

¹⁴ El Código Civil de 1870 no hizo esta distinción que nuestras instituciones exigen imperiosamente y, al pasarla en silencio, confundió nada menos que las facultades federales con las locales; más aún, cuando quiso incorporar en sus preceptos disposiciones federales, cayó en otro error constitucional ya condenado por la Suprema Corte, como sucedió en su artículo 1.387 (igual al 1.271 del Código reformado); el error de creer que todas las leyes reglamentarias de los artículos de la Constitución que consignan garantías individuales, deben ser federales. (VALLARTA, Ignacio L., *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre Extranjería y Naturalización que preparó la Secretaría de Relaciones Exteriores*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1890, p. 172.)

¹⁵ Decreto publicado en el *Diario Oficial*, del 15 de diciembre de 1954.

¹⁶ *Ley sobre el Régimen de Propiedad y Condominio de los Edificios en Pisos, Departamentos, Viviendas o Locales*.

volvía a manifestarse la tendencia a la dispersión normativa,¹⁷ si bien en esta ocasión la tendencia a la dispersión no se alió con la tendencia a la centralización como sucedió con la materia autoral.

A la fecha tal situación de dispersión persiste, pues si bien la ley de 1954 ha sido sustituida por una más reciente,¹⁸ la cual requirió de una nueva reforma al artículo 951 del Código,¹⁹ la regulación del condominio continúa sustancialmente fuera de la codificación civil.²⁰

Pero el régimen codificado de la propiedad sufre un nuevo embate en 1970 con la publicación de una nueva ley, ésta de carácter federal, la *Ley Federal del Patrimonio Cultural de la Nación*,²¹ cuya vida es bastante efímera, pues unos años después es sustituida por la aún vigente de 1972.²² Aquí se unen nuevamente la tendencia a la dispersión con la tendencia a la centralización, la primera en tanto la nueva legislación establece una serie de limitaciones importantes a la propiedad, la segunda en tanto tal regulación es federal y no local, si bien ahora se había obrado con más cuidado, pues se hizo una reforma constitucional para dar competencia al Congreso General para legis-

¹⁷ Sobre tal ley puede verse BORJA MARTÍNEZ, Manuel, "Propiedad por departamentos y condominio horizontal", *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, Imprenta Universitaria, 1971; del mismo autor: "Notas sobre la historia y el panorama de la legislación nacional en materia de propiedad y condominio en edificios", *Revista de Derecho Notarial*, año XIV, núms. 38, 39 y 40 (octubre de 1970); DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1972, pp. 328-342; FRISCH, Walter, "Comparación sistemática del derecho de condominio en México, Alemania, Austria y Suiza", *Boletín de Derecho Comparado de México*, año XIX, núms. 56-57 (mayo-diciembre de 1966), pp. 405 y ss.; TORRES EYRAS, Sergio, "Origen y naturaleza jurídica del derecho de condominio en el Derecho mexicano", *Anales de Jurisprudencia*, 1967; del mismo autor: "Condominio. Su régimen en el Derecho positivo de la República Mexicana", *Anales de Jurisprudencia*, 1968.

¹⁸ La ley, cuyo texto original fue publicado en el *Diario Oficial*, del 28 de diciembre de 1972, tiene ahora el nombre de *Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles, para el Distrito Federal*, según el artículo cuadragésimo séptimo de un decreto publicado en el *Diario Oficial*, del 23 de diciembre de 1974, mismo que modificó varias de sus disposiciones.

¹⁹ Según decreto publicado en el *Diario Oficial*, del 4 de enero de 1974.

²⁰ Sobre la nueva ley puede verse BORJA MARTÍNEZ, Manuel, "Observaciones a la iniciativa de la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio, Vertical, Horizontal o Mixto", *El Foro*, quinta época, núm. 28 (octubre-diciembre, 1972); FRISCH PHILLIPP, Walter, "La ley sobre el condominio de 1972", *Revista de Derecho Notarial*, año XVII, núm. 51 (junio de 1973); así como las ediciones recientes de la obra de Antonio de Ibarrola, ya citada.

²¹ *Diario Oficial*, del 16 de diciembre de 1970.

²² *Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas*, publicada en el *Diario Oficial*, del 6 de mayo de 1972.

lar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos,²³ con lo cual se evitó el vicio de inconstitucionalidad en que se había incurrido en el caso de la legislación autoral. Sin embargo, tal carácter federal no hacía necesario segregarse la materia del Código, pues se hubiera podido adicionar éste con las disposiciones pertinentes, aprovechando el doble carácter de ordenamiento local y federal del mismo.

Unos años más tarde a la mencionada ley sobre patrimonio cultural, vuelve a manifestarse la tendencia a la dispersión con la promulgación de la *Ley Federal de Asentamientos Humanos* de 1976²⁴ para lo cual se había procedido previamente a una reforma constitucional.²⁵ Desde luego, pronto habría de existir una *Ley del desarrollo urbano del Distrito Federal*,²⁶ la cual establece diversas limitaciones al derecho de propiedad.

Así, hoy en día el régimen jurídico de la propiedad se encuentra disperso en una pluralidad de ordenamientos.

2.4. La Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares

No fue sino hasta 1975 cuando se publicó la adición al artículo 27 constitucional²⁷ de un párrafo conforme al cual

Corresponde también a la nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la

²³ Adición a la fracción XXV del artículo 73 constitucional publicada en el *Diario Oficial*, del 13 de enero de 1966.

²⁴ Sobre los aspectos principales de tal ley ver AZUELA DE LA CUEVA, Antonio, "La evolución del Derecho Urbanístico mexicano en los últimos diez años", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 10 (1978), tomo I, pp. 600-603.

²⁵ *Id.*, pp. 598-600.

²⁶ *Diario Oficial*, del 7 de enero de 1976; fe de erratas del 3 de febrero del mismo año, la cual es incluso anterior a la publicación de la reforma constitucional, pues ésta se publicó en el *Diario Oficial*, del 6 de febrero del mismo año.

²⁷ Sobre los antecedentes de la reforma constitucional ver CARDONA, Salvador, "El Derecho Nuclear en México", *Jurídica*, núm. 12 (1980), pp. 738-746. Si bien no estoy de acuerdo con la opinión del autor en el sentido de que el *Ejecutivo Federal sólo puede celebrar Tratados internacionales que contengan materia federal* (p. 745), tema al que me he referido en varias ocasiones [ver mi estudio: "Comentarios a la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías a la luz del Derecho mexicano", *Anuario Jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. X (1983), pp. 40-47], parece ser, según me comentó verbalmente don Salvador, que tal factor fue uno de los determinantes para llevar a cabo la reforma constitucional, en cuya preparación don Salvador estuvo directamente involucrado.

regulación de sus aplicaciones en otros propósitos. El uso de la energía nuclear sólo podrá tener fines pacíficos.²⁸

La cual fue simultánea a la reforma de la fracción X del artículo 73 constitucional para otorgar facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de energía nuclear, con lo cual tal materia quedaba sustraída a la competencia de las legislaturas locales. Pero ya antes se había publicado en el *Diario Oficial*, del 31 de diciembre de 1974, la *Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares* que evidentemente pretendía²⁹ ser federal. Se desgajaba así del Código Civil un aspecto de la responsabilidad objetiva, en lugar de introducirse en el Código las reglas especiales que fueran pertinentes, lo cual hubiera sido posible dado el doble carácter del ordenamiento distritense de ser local en materia común y federal en las materias de tal índole.

Pero peor que la dispersión normativa propiciada por la promulgación de la ley mencionada, es el contenido de la misma, pues se trata de un intento de adaptación de la convención aprobada por la Conferencia de Viena celebrada en 1963³⁰ por convocatoria del Organismo Internacional de Energía Atómica, sin las necesarias adaptaciones que exige una ley interna sobre la materia, y sin tomar en consideración la ley modelo preparada por el organismo mencionado. Por otra parte, los montos máximos que fija la ley para cuantificar la responsabilidad civil resultan hoy en día irrisorios.³¹

²⁸ Declaratoria publicada en el *Diario Oficial*, del 6 de febrero de 1975.

²⁹ Digo pretendía porque a la fecha de publicación de la ley, que aún continúa en vigor, no se habían publicado ni la adición al artículo 27 ni la reforma a la fracción X, del artículo 73, constitucionales, por lo que resultaba prematura la publicación de la ley, cuyo artículo 2 claramente dice que rige "en toda la República", lo cual solamente es dable a las leyes federales, mas no a las locales.

³⁰ Por cierto, México recientemente se adhirió al tratado mencionado. El Decreto de aprobación del Senado fue publicado en el *Diario Oficial*, del 27 de enero de 1989, el *Decreto de Promulgación de la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares*, se publicó en el mismo diario el día 18 de julio 1989 (fe de erratas, *Diario Oficial*, del 11 de septiembre de 1989).

³¹ Conforme al artículo 14 la responsabilidad máxima del operador frente a terceros, por un accidente nuclear determinado, es de cien millones de pesos (aproximadamente 40,000 dólares estadounidenses), y por varios accidentes ocurridos a lo largo de doce meses consecutivos, de ciento noventa y cinco millones (aproximadamente 80,000 dólares estadounidenses).

3. LA INFLUENCIA DE LOS DESARROLLOS INTERNACIONALES

3.1. La equiparación del hombre y la mujer

En el *Diario Oficial*, del 31 de diciembre de 1974, se publicó un decreto que reformó varios ordenamientos, entre ellos el Código Civil distritense.

Al decir de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que originó el decreto, fueron las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas que aprobaron la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la que proclamó el año de 1975 como Año Internacional de la Mujer, los dos acontecimientos que indujeron al Presidente de la República para presentar dos iniciativas, una encaminada a reformar diversas disposiciones constitucionales y otra destinada a reformar diversas leyes, entre ellas el Código Civil, que culminó con la expedición del decreto antes mencionado.

Ciertamente, el Código distritense difícilmente podía considerarse como discriminatorio de la mujer, por lo cual la reforma no parecía necesaria. Por otra parte, las reformas hechas han merecido, en general, la crítica de la doctrina. Así, por ejemplo, Manuel Borja Martínez considera que

Paradójicamente las modificaciones introducidas con motivo de la celebración han privado a las mujeres de las protecciones que la legislación anterior mantenía en su favor, colocándolas, en muchas ocasiones, en situación más desventajosa que la que tenían antes de las reformas.³²

Más crítica aún ha sido la opinión de Ramón Sánchez Meda.³³ En general, puede decirse que la doctrina civilista consideró desacertada la mayoría de las pretendidas innovaciones hechas por la reforma mencionada,³⁴ lo cual dio lugar a algunas reformas posteriores que

³² BORJA MARTÍNEZ, Manuel, "La evolución del Derecho civil (1968-1977)", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 10 (1978), tomo I, p. 559.

³³ Ver, por ejemplo, SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *La reforma de 1975 al derecho de familia*, México, 1975. Del mismo autor: *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1979, especialmente pp. 43-84.

³⁴ Ver, por ejemplo, PACHECO E., Alberto, *La familia en el Derecho civil mexicano*, 2a. ed., México, Panorama Editorial, S. A., 1985, pp. 117-118.

pretendieron subsanar algunos de los errores cometidos en la que se comenta.

3.2. La reforma iusprivatista de 1988

En el *Diario Oficial*, del día 7 de enero de 1988, se publicó un decreto que reformó y adicionó diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, las cuales tienen por finalidad primordial la de adaptar dicho ordenamiento a las Convenciones Interamericanas que a la fecha había ratificado México relevantes en Derecho Internacional Privado. La reforma requirió no tan sólo incluir diversas disposiciones de Derecho Internacional Privado, sino también abandonar la teoría subjetiva que en materia de domicilio había acogido el Código. Por otra parte, las disposiciones internacional-privatistas que era necesario introducir podían diferenciarse en dos clases: las que se referían a cuestiones de tipo más general y las disposiciones conflictuales mismas. En la primera categoría se ubican normas tales como la adopción del principio territorialista en forma limitada o atenuada, según el cual la aplicación del derecho extranjero se presenta como una excepción admisible cuando así lo establece la ley o los tratados internacionales, las atinentes a la interpretación del derecho extranjero, a las cuestiones previas, preliminares o incidentales, así como las atinentes al reenvío y a las excepciones que impiden la aplicación del derecho extranjero cuando éste es, en principio, aplicable conforme a las disposiciones nacionales.

En la segunda categoría quedan comprendidas las normas conflictuales generales, de las cuales la reforma adopta cinco, atinentes, respectivamente, al estado y capacidad de las personas físicas, la forma de los actos jurídicos, el régimen de los bienes, los efectos de los actos jurídicos y a las personas jurídicas. De esas cinco, dos siguen en lo fundamental el texto anterior, en tanto las otras tres introducen cambios de importancia.

Dado que el Código Civil de referencia es local del Distrito Federal en materias del orden común, y federal en asuntos del orden federal, debe estimarse que las disposiciones internacional-privatistas son de aplicación a título de derecho local en los asuntos civiles, pero que son también aplicables en todas las materias federales cuando los ordenamientos respectivos que rijan la materia correspondiente no dispongan otra cosa.

Ante la imposibilidad de hacer una exposición y análisis pormenorizados de los diversos aspectos de esta reforma, parece indispensable intentar siquiera una panorámica general de la misma.³⁵

3.2.1. Las normas generales

Nueve son las normas de mayor generalidad adoptadas por el Código Civil, a raíz de la reforma que se estudia, en materia de Derecho Internacional Privado, las cuales se refieren a la adopción de un territorialismo limitado o atenuado, a la aplicación auténtica del derecho extranjero, la aceptación excepcional del reenvío, la independencia de las cuestiones previas, preliminares e incidentales, la atenuación de la excepción de institución desconocida, la aplicación armónica de los derechos y búsqueda de la equidad en el caso concreto; las excepciones de fraude a la ley y orden público a la aplicación del derecho extranjero y, por último, la regulación analógica de los conflictos interestaduales. En materia de calificación la reforma presenta una laguna. Brevemente se hará referencia a cada uno de tales temas.

La propuesta de la Secretaría de Relaciones Exteriores con relación al artículo 12 del proyecto de Código Civil de 1928, al ser aceptada por la Comisión redactora del Código,³⁶ dio lugar a que en las disposiciones del Código se adoptara un territorialismo absoluto o extremo.

Dado que a la Comisión que elaboró el proyecto de reformas pro-

³⁵ Sobre los antecedentes y la reforma misma ver VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, "Comentarios sobre el Nuevo Derecho Internacional Privado Mexicano"; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos (coordinador), *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 16-50; del mismo autor: *El Nuevo Derecho Internacional Privado Mexicano (introducción y fuentes)*, México, Editorial Themir, 1990, capítulos II a V; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, "Reformas de 1988 a la Legislación Civil en Materia de Derecho Internacional Privado"; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos (coordinador), *op. cit.*, pp. 83-96; PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Notas sobre las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de Derecho Internacional Privado"; GARCÍA MORENO (coordinador), *op. cit.*, pp. 97-112; MONTOYA PÉREZ, María del Carmen, "El domicilio en las recientes reformas al Código Civil del Distrito Federal"; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos (coordinador), *op. cit.*, pp. 145-150; ROSALES SILVA, Manuel, "Las reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal ante el Derecho Convencional vigente"; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos (coordinador), *op. cit.*, pp. 239-251. Los estudios publicados en *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, se pueden ver también en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo XXXIX, núms. 163-164-165 (enero-junio, 1989).

³⁶ GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, 2a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1965, p. 77.

mulgadas en 1988 se le indicó que la reforma debía limitarse a las indispensables para hacer compatibles las disposiciones del Código con los compromisos internacionalmente asumidos a través de las Convenciones Interamericanas relevantes, se propuso como texto del artículo 12 del Código Civil el siguiente:

Artículo 12. Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

Tal fue el texto adoptado en la iniciativa presidencial respectiva y en su oportunidad por el decreto reformativo, con lo cual se abandona el territorialismo absoluto que había adoptado el Código Civil, y que había sido fuertemente criticado por la doctrina, tanto nacional como extranjera.

La reforma es cauta, pues no abandona el principio territorialista en forma absoluta, sino que lo limita disponiendo que el derecho extranjero será aplicable cuando así lo prevean las leyes o los tratados o convenciones de que México sea parte.

Lo anterior zanja el problema fundamental, al implicar que, en principio, los Tribunales habrán de resolver toda cuestión conforme al derecho mexicano, pero estarán obligados a aplicar el derecho extranjero en *aquellos casos en que la ley o los tratados o convenciones de que México sea parte así lo establezcan*.

Quizá la tesis adoptada por la reforma parezca criticable a varios sectores de la doctrina, especialmente a quienes defienden posiciones de un internacionalismo extremo, pero es, sin duda, laudable en tanto muestra una apertura frente al territorialismo rígido adoptado originalmente por el Código.

Las demás normas generales atinentes a la aplicación del derecho extranjero están agrupadas en el nuevo texto del artículo 14, en los siguientes términos:

Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez nacional podrá allegarse la información

necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;

II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales características del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;

III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última;

V. Cuando diversos aspectos de una misma relación estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

En su fracción I, la nueva disposición acoge la doctrina más reciente, según la cual el derecho extranjero debe ser aplicado como lo harían los jueces del país correspondiente, es decir, ajustándose a las técnicas de interpretación e integración de tal derecho y tomando en cuenta todas las fuentes —legislativas, jurisprudenciales, doctrinales, consuetudinarias— que deba tomar en cuenta el juez extranjero correspondiente. La disposición está claramente inspirada en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

La segunda parte de la fracción I, según la cual el juez nacional puede allegarse los elementos necesarios para tal función, tiene una consecuencia procesal importante, en tanto implica que las partes no están obligadas a probar el derecho extranjero, consecuencia que se refleja claramente en las reformas introducidas a los códigos procesales civiles federal y del Distrito Federal en forma prácticamente simultánea.

La posición adoptada por la reforma en la fracción II, del artículo 14, es cauta: se niega a rechazar el reenvío como principio absoluto, po-

sición defendida en México por Carlos Arellano García;³⁷ pero tampoco lo acepta como principio absoluto. Adopta, por tanto, una posición moderada, según la cual el reenvío es aceptable tan sólo como excepción, cuando lo justifiquen las especiales características del caso.

Lo importante de la disposición es que la misma muestra una tendencia a abandonar la adopción de criterios conflictuales mecánicos, que no tomen en consideración las exigencias de la equidad en el caso concreto.

La fracción III, del artículo 14, resulta de especial interés, pues muestra el claro deseo de impedir el abuso de la excepción de institución desconocida a grado tal que, en lugar de incluir tal figura entre las excepciones a la aplicación del derecho extranjero, se prefirió señalar tan sólo que tal excepción no es procedente si en el derecho nacional existe una institución análoga. Con ello se pretende, sin duda, evitar el que las diferencias de figuras jurídicas o de procedimientos sirvan de excusa fácil al juzgador para desechar la aplicación del derecho extranjero.

La nueva fracción IV, del artículo 14, claramente adopta la tesis de la independencia de las normas conflictuales aplicables a las cuestiones previas, preliminares o incidentales, con respecto a la cuestión principal y zanja así la controversia doctrinal existente en la materia.

Sin duda, la fracción V, del artículo 14, es una de las mayores innovaciones introducidas al sistema conflictual del Código, pues la misma implica la adopción de dos principios fundamentales:

a) que diversos aspectos de una misma relación pueden estar regidos por derechos diversos, y

b) el abandono de criterios conflictuales meramente mecánicos, para poner como criterio orientador uno de fondo: la equidad en el caso concreto.

El párrafo final del artículo que se viene comentando, hace extensivos los principios anteriores a los casos en que el derecho aplicable fuere el de otra entidad de la Federación, con lo cual se reconoce la existencia de cierta similitud entre los conflictos de leyes internacionales y los interestadales o interprovinciales.

Por su parte, el artículo 15 regula las excepciones contra la aplicación del derecho extranjero en los términos siguientes:

³⁷ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 8a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, p. 704.

Artículo 15. No se aplicará el derecho extranjero:

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión;

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

El artículo 15 reformado del Código Civil prevé, por tanto, únicamente dos excepciones a la aplicación del derecho extranjero: la de fraude a la ley y la de orden público, pero a fin de evitar el abuso de las mismas las acota con cierto rigor, exigiendo en el primer caso que el juez determine la intención fraudulenta y en el segundo exigiendo que la contravención se dé con respecto a "principios o instituciones fundamentales del orden público".

El Código no prevé excepción alguna tratándose del derecho de otra entidad de la Federación.

Las nuevas disposiciones diferencian entre los conflictos de normas internacionales y los interestadales o interestadales, como también los denomina la doctrina, entendiéndose por estos últimos aquellos que se dan cuando la vinculación existe con respecto al derecho de las entidades de la Federación y no con derechos extranjeros.

Dada la similitud entre ambos tipos de conflictos, el texto reformado del artículo 13 establece las normas conflictuales básicas sin diferenciar si el derecho que resulte aplicable es el de un Estado extranjero o el de otra entidad de la Federación. Por otra parte, en el artículo 14 reformado se prevé que los criterios sobre aplicación del derecho extranjero deberán seguirse en el caso de aplicación del derecho de otra entidad de la Federación. Sin embargo, el artículo 15 establece excepciones que se refieren tan sólo a la aplicación del derecho extranjero, mas no a la del de otra entidad de la Federación, y ello precisamente por la intención de restringir las excepciones de aplicación del derecho aplicable conforme a las normas conflictuales a tan sólo aquellos casos en que se ataca a principios o instituciones fundamentales del derecho mexicano o se le evade, lo cual no es susceptible de darse en el caso del derecho de las entidades de la Federación, en tanto que todos los órdenes locales encuentran su fundamento

de validez en una misma Constitución, la cual, asimismo, da los criterios básicos para la solución de los conflictos de leyes interestatales.³⁸

Así pues, la reforma, si bien reconoce la similitud existente entre los problemas conflictuales cuando la situación se encuentra vinculada con sistemas jurídicos de países diversos y cuando tal vinculación se da con los sistemas de las entidades de la Federación, también establece una diferencia importante de tratamiento que tiende a preservar el respeto al derecho de la entidad si éste está de acuerdo con la Constitución, al no permitir que se invoquen en su contra las excepciones previstas en el artículo 15.

Como hace notar Tatiana B. de Maekelt, en CIDIP II, Conferencia en la que se aprobó la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, no fue posible lograr consenso en relación a la elaboración de normas generales referidas a la calificación y al reenvío, por lo que se prefirió no regular tales temas.³⁹

En el caso de la reforma al Código Civil, la Comisión que elaboró el proyecto de reformas tampoco logró llegar a un acuerdo sobre calificación, aunque sí sobre el reenvío, motivo por el cual no se incluyó precepto expreso alguno sobre la calificación. Por el momento, la opinión de la doctrina, tanto nacional cuanto extranjera, está aún lejos de llegar a un consenso sobre materia tan compleja, por lo que parece

³⁸ Ver artículo 121 constitucional. Sobre el tema ARTEAGA NAVA, Elisur, "Análisis de la fracción II, del artículo 121", *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 9-40; TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, "El artículo 121 de la Constitución", *Revista Mexicana de Derecho Público*, 1946 (reeditado en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 8, vol. primero, 1984, pp. 184 y ss.); ROSALES SILVA, Manuel, "Antecedentes doctrinales, legislativos y judiciales del artículo 121..."; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos y Mario Arturo DÍAZ ALCÁNTARA, "Los conflictos de leyes entre entidades federativas en las constituciones de México y Estados Unidos de América"; BELAIR M., Claude, "Los conflictos interestatales en la República Mexicana"; VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, "Los conflictos interfederativos y el artículo 121 constitucional"; FRISCH PHILIPP, Walter, "El artículo 121 constitucional y el derecho mercantil"; CACHEAUX, René, "La competencia judicial civil interestatal", y TRIGUEROS, Laura, "La ejecución de sentencias interestatales en los Estados de la Federación", todos ellos publicados en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 6, segunda parte, 1982. El tema es, además, generalmente abordado en las obras generales mexicanas sobre Derecho Internacional Privado.

³⁹ MAEKELT, Tatiana B. de, "General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach", *Recueil des Cours*, tomo 177, p. 327; de la misma autora: *Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1984, p. 175.

preferible no regular aún el tema, en lugar de correr el riesgo de una regulación inadecuada.

Pereznieto considera que en la fracción primera, del artículo 14, del Código, según texto reformado, se adopta la teoría de la *lex causae*,⁴⁰ pero considero que dicha interpretación no es correcta, ya que tal disposición se refiere a aspectos diversos, especialmente a la determinación de fuentes e interpretación del derecho extranjero. En cuanto a la opinión del mismo autor en el sentido de que la fracción II, del artículo 14, del Código Civil, incorpora elementos de la escuela comparatista en materia de calificación,⁴¹ me parece poco fundada la opinión, pues tal precepto se refiere claramente al problema del reenvío, como el mismo autor señala.⁴²

Tampoco considero que la fracción IV, del artículo 14, del Código, sea relevante en materia de calificación, pues la misma se limita a establecer el principio de independencia de las cuestiones previas, preliminares e incidentales.

3.2.2. Normas conflictuales generales

El texto reformado del artículo 13 establece cuatro normas conflictuales generales que, por lo mismo, no son aplicables cuando existe alguna norma especial.⁴³ Dichas normas generales de naturaleza conflictual⁴⁴ se refieren al estado y capacidad de las personas, a los bienes, a la forma de los actos jurídicos y a los efectos de los actos jurídicos. Por su parte, el artículo 2.736 establece las disposiciones conflictuales generales en materia de personas morales.

En materia de estado y capacidad, se establece como aplicable el derecho del domicilio de la persona, abandonándose así el territorialismo extremo del antiguo artículo 12. El nuevo texto sigue el criterio de la ley personal, pero prefirió el del domicilio a la de la nacionalidad.

Por lo que se refiere a los bienes muebles e inmuebles, se adopta

⁴⁰ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, cuarta edición, México, Harla, S. A. de C. V., 1988, p. 249.

⁴¹ *Id.*, p. 250.

⁴² *Id.*, pp. 258-259.

⁴³ Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 1.593 y siguientes que establecen disposiciones especiales en materia de testamentos otorgados en el extranjero.

⁴⁴ Aunque los artículos 12, 14 y 15 son normas generales de Derecho Internacional Privado, no son de naturaleza conflictual o de remisión, en tanto no determinan el derecho aplicable sino que se refieren a diversos aspectos de la aplicación del derecho extranjero que resulte aplicable conforme a las normas conflictuales.

el tradicional principio de que se rigen por el derecho del lugar de su ubicación, pero se aclara expresamente que tal ley rige "la constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal",⁴⁵ con lo cual se limita —en el caso de inmuebles— la generalidad del precepto antes contenido en el artículo 14, del Código.

La diferencia entre el texto original del artículo 14 y la nueva fracción II, del 13, es de importancia, en tanto éste limita la aplicación de la *lex rei sitiae* a la constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, y a los contratos de arrendamiento y uso temporal de tales bienes, es decir, da un ámbito más limitado a la aplicación de tal ley en comparación al que podía interpretarse daba el texto original del artículo 14.⁴⁶

Es posible que el nuevo texto de la fracción II, del artículo 13, sea compatible con una regulación unitaria de la sucesión, a pesar de que la misma comprenda inmuebles, tema aún muy debatido y en el cual los tribunales mexicanos se han inclinado por la división del derecho aplicable en función del lugar de ubicación de los inmuebles.

En cuanto a la forma de los actos jurídicos, se sigue también el criterio tradicional *locus regit actum*, quizá la norma de remisión de más arraigo y de presencia más constante en nuestros Códigos y proyectos. El principio quedó plasmado en la fracción IV, del artículo 13, en los siguientes términos:

IV. La forma de los actos jurídicos se rige por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal.

⁴⁵ Código Civil, artículo 13.II reformado.

⁴⁶ El texto original del artículo 14 del Código Civil distritense disponía:

Los bienes inmuebles, sitios en el Distrito o Territorios Federales, y los bienes muebles que en ellos se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.

Cómo es fácil comprender, la disposición dio lugar a dudas interpretativas sobre el alcance de la misma. Miguel Ángel Hernández Romo sostuvo una interpretación amplia del precepto ["El régimen jurídico de los inmuebles en el Derecho Internacional Privado mexicano", *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, tomo 2, núm. 2 (julio, 1970), pp. 223-233], mientras otro sector de la doctrina se inclinaba por una interpretación menos amplia misma que fue acogida por la reforma.

El texto reformado mejoró en mucho la redacción del antiguo artículo 15, pues no sólo es más claro sino técnicamente mejor.

Evidentemente, es más correcto hablar del "derecho del lugar en que se celebren" que de las "leyes del lugar donde pasen", ya que los actos jurídicos no "pasan", se celebran, y, por otra parte, el derecho aplicable no es necesariamente legislativo, por lo que resulta preferible hablar del "derecho" que de "las leyes". Por último, resultaba absurdo limitar la posibilidad de ajustarse a las formalidades previstas en el Código o "los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal", ya que ni la nacionalidad ni la residencia son criterios de vinculación relevantes con respecto a la norma de remisión relativa a la forma.

Por lo que se refiere a los efectos de los actos jurídicos, se reconoce la autonomía de las partes para determinar el derecho aplicable y se establece como norma subsidiaria la de que, a falta de designación se aplicará el derecho del lugar de ejecución, lo cual, evidentemente, puede llevar a que un mismo acto se rija, en cuanto a sus efectos, por distintos derechos en función de los diversos lugares de ejecución, con lo cual se abandonó parcialmente la vieja disposición contenida en el viejo artículo 13, del Código, sustituyéndolo con la fracción V, del artículo 13, en los siguientes términos:

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

De lo anterior resulta claro que, por lo que se refiere al nuevo artículo 13, del Código, la reforma es innovadora en tres de las reglas conflictuales generales adoptadas, las atinentes al estado y capacidad de las personas, la relativa al régimen de los bienes en tanto delimita el ámbito de aplicación de la *lex rei sitiae* en el caso de inmuebles y la de los efectos de los actos jurídicos, si bien la norma supletoria en esta última materia es la norma bilateral implícita en el antiguo artículo 13.

El proyecto de Código Civil de 1928 no contenía disposición alguna que reconociera expresamente la personalidad de las personas jurídicas extranjeras, ni que determinara el derecho aplicable a las mismas, como tampoco las contenía el Código Civil mismo, a pesar de que éste se ocupaba de las asociaciones y sociedades extranjeras en sus artícu-

los 2.736 a 2.738. La reforma de 1988 regula el tema mediante la adición de la fracción VII al artículo 25 y del artículo 28 bis y la reforma de los artículos 2.736, párrafo inicial, 2.737 y 2.738, del Código Civil, conforme a los cuales se reconoce la personalidad jurídica de las personas jurídicas extranjeras —“personas morales” en la terminología del Código—, y se prevé la necesidad de autorización previa de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que se establezcan en la República. Por último, el artículo 2.736 determina el derecho aplicable a las mismas y ciertas facultades de sus representantes en los siguientes términos:

Artículo 2.736. La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se reputará que tal representante, o quien lo sustituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.

3.2.3. *El principio de respeto a los derechos adquiridos*

El artículo 13, además, recoge el principio de respeto a los derechos adquiridos en su fracción I, que, si bien es criticado por un fuerte sector de la doctrina, se encontraba ya incorporado en nuestro derecho como artículo 7 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado y que la reforma hace suya en los siguientes términos:

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas.

3.2.4. *Unificación del concepto de domicilio para efectos internos y para efectos internacionales*

Aunque el proyecto de Código Civil se inclinaba por la teoría objetiva de la residencia habitual, debido a las críticas del licenciado García Rojas,⁴⁷ la Comisión redactora modificó los artículos 32 y 33 del proyecto, por los textos que entraron en vigor en 1932, para adoptar la teoría subjetiva que exige el “propósito de establecerse”.

En la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, Uruguay, en abril y mayo de 1979, se hizo patente la tendencia a abandonar la teoría subjetiva del “propósito de establecerse” y adoptó la teoría objetiva para efectos del Derecho Internacional Privado en la Convención correspondiente,⁴⁸ la cual fue aprobada por el Senado, ratificada a nivel internacional y publicada en el *Diario Oficial*, por lo que formaba ya parte del derecho interno. Por lo mismo, se estaba ante una situación peculiar de doble definición: el concepto civil del domicilio —ajustado a la teoría subjetiva del “propósito de establecerse”— y el internacional-privatista, ajustado a la teoría objetiva. El legislador optó, en mi concepto acertadamente, por unificar ambos conceptos modificando al efecto las disposiciones pertinentes del Código Civil.

3.2.5. *Las primeras reacciones ante la reforma*

En el corto tiempo transcurrido entre la promulgación del decreto que reformó al Código Civil que se ha venido comentando, y el momento en que se da a la imprenta este trabajo, la doctrina ya ha empezado a ocuparse de las reformas internacional-privatistas del Código Civil.

Hasta donde tengo conocimiento, el trabajo publicado en primer lugar sobre el tema es el artículo de Patrick Staelens, “El Nuevo Marco Legal de los Conflictos de Leyes en México”,⁴⁹ en el que, como es lógico, dado el propósito de difusión del trabajo, el autor hace una exposición sencilla de la reforma, con el ánimo de difundirla. Sin em-

⁴⁷ GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁸ Ver los artículos 1 y 2 de la Convención Interamericana sobre Domicilio de Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.

⁴⁹ *Alegatos*, órgano de difusión del Departamento de Derecho, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, núm. 8 (enero/abril, 1988), pp. 29-33.

bargo, el autor aventura una opinión de conjunto sobre la reforma, a la que califica de positiva.

La apreciación de Walter Frisch⁵⁰ es también positiva, si bien hace notar que se trata de una reforma parcial y no completa de la materia, y se pronuncia por la conveniencia de ampliarla.

En la cuarta edición de su *Derecho Internacional Privado*, Leonel Pereznieto hace una exposición ordenada de las nuevas disposiciones conflictuales del Código Civil,⁵¹ pero no hace una valoración de la reforma, lo cual es comprensible dada la finalidad de su obra, pero sí la hizo en su comunicación al Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, en la cual considera a la reforma como positiva.⁵² Por su parte, Víctor Carlos García Moreno, a pesar de opinar que la reforma adolece de ciertas fallas, considera que "el saldo es positivo, pues el puro hecho de haber tocado el rígido territorialismo que imperaba en el artículo 12, es un gran logro, un enorme primer paso hacia la modernización de la legislación conflictual mexicana..."⁵³

La doctrina extranjera ha sido algo más crítica, especialmente en el caso de Karl August Von Sachen, quien ha lamentado que la reforma haya sido tan limitada, y no se llevara a cabo una reforma más amplia, como había propuesto la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado.⁵⁴

En lo personal, me parece acertado el punto de vista de Leonel Pereznieto, en el sentido de que los 56 años previos de territorialismo absoluto aconsejaban una reforma cauta, punto de vista que pareció preferible también tanto al Ejecutivo al presentar la iniciativa como al Congreso al aprobarla.

⁵⁰ FRISCH PHILIPP, Walter, "El Derecho Mercantil y el Nuevo Orden del Derecho Internacional Privado en su Reforma de enero de 1988", *El Foro*, órgano de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados, octava época, tomo I, núm. 4 (1988), p. 95.

⁵¹ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, cuarta edición, México, Harla, 1988, pp. 284-297.

⁵² PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Notas sobre las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia del Derecho Internacional Privado"; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos (coordinador), *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Privado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 111-112.

⁵³ "Reformas de 1988 a la Legislación Civil en materia de Derecho Internacional Privado"; GARCÍA MORENO, Víctor Carlos (coordinador), *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 96.

⁵⁴ PRINZ VON SACHEN-GESSAPHE, Karl August, "Neues IPR in Mexico", *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 1989, pp. 111-119.

Otra reacción que debe mencionarse, es la de las Legislaturas de los diversos Estados de la Federación, varias de las cuales han emprendido labores de revisión de las disposiciones iusprivatistas de los Códigos Civiles respectivos, con vistas a su actualización, tarea en la cual, seguramente, la reforma hecha al Código distritense tendrá una influencia importante. Al momento de concluir este trabajo, el Estado de Querétaro ya había reformado su Código Civil siguiendo el modelo distritense.⁵⁵ Y en el Estado de Chihuahua se trabaja en un proyecto al efecto.⁵⁶

4. LA INDEPENDIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

El texto original del artículo 1.916 del Código Civil distritense, único que se refería al daño moral, regulaba en términos tales el tema que, únicamente en el caso de existir daño material podía existir responsabilidad por el daño moral causado, pues la indemnización de éste no podía exceder de la tercera parte de lo que importara la responsabilidad civil.⁵⁷ Situación que fue modificada por una reforma de fines de 1982⁵⁸ que eliminó la vinculación entre la reparación del daño moral y el material. Pero, además, la reforma claramente establece que la obligación de reparar el daño moral existe incluso en el caso de responsabilidad objetiva⁵⁹ e incluyó como posibles responsables al Estado y sus funcionarios, el primero de los cuales había sido expre-

⁵⁵ La reforma fue publicada en *La Sobara de Arteaga. Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, del día 13 de julio de 1989.

⁵⁶ ORNELAS K., Luis Fausto, "Reformas al Código Civil del Estado de Chihuahua para introducir los nuevos principios de Derecho Internacional Privado vigentes en México", *XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado* (en prensa).

⁵⁷ Manuel Borja Soriano claramente sostenía: *En orden a la segunda parte del artículo 1916 de nuestro Código Civil, hay que observar que no podrá haber indemnización de un daño moral si no acompaña a un daño material [Teoría General de las Obligaciones, 3a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1959, tomo I, p. 432; en el mismo sentido GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La compensación por daño moral", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comunicaciones Mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 123; GÓMIS SOLER, José, Derecho Civil Mexicano, México, 1944, tomo III, p. 471; MUÑOZ, Luis, Derecho Civil Mexicano, México, Ediciones Modelo, 1971, tomo III, p. 103; ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, México, Antigua Librería Robredo, 1960, tomo V, vol. II, p. 394].*

⁵⁸ Decreto publicado en el *Diario Oficial*, del 31 de diciembre de 1982.

⁵⁹ La Suprema Corte de Justicia había sostenido que, conforme al texto original de la disposición, la responsabilidad objetiva no implicaba la reparación moral (Cit. por BRISEÑO SIERRA, Humberto, "La reparación del daño moral", *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, octava época, núm. 1, p. 11).

samente excluido conforme al texto original del precepto. Sin duda, esta reforma ha sido una de las más afortunadas que se han hecho al Código.

5. LA REACCIÓN ANTE LA INFLACIÓN

El fenómeno inflacionario que ha vivido México en los últimos años, ha dado lugar a algunas reformas al Código Civil distritense que se sintieron urgentes en virtud del criterio nominalista que campea en el mismo, si bien tal principio se ha mantenido intocado en cuanto al mutuo de dinero. Se hará referencia a algunas de tales reformas, siguiendo el orden numérico de las disposiciones, y no el cronológico, que el lector podrá establecer de los datos respectivos.

En primer lugar, debe mencionarse la reforma hecha al artículo 311, conforme a la cual los alimentos tendrán un aumento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción.⁶⁰

También hay que mencionar la reforma al artículo 730 que establecía el valor máximo del patrimonio de familia en un monto en miles de pesos y que, por reforma de 1976,⁶¹ quedó fijado en una cantidad equivalente al monto de 3,650 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento en que se constituya el patrimonio.

Análogamente, el artículo 1.915 fue adicionado a efecto de que, cuando el daño se cause a las personas, para calcular la indemnización se tome como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región.⁶²

En el caso de arrendamiento de bienes inmuebles, el fenómeno inflacionario llevó a los particulares a pactar las rentas en moneda extranjera, especialmente en dólares estadounidenses.

Aunque algunos arrendatarios pretendieron alegar la invalidez de tales pactos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo consistentemente la validez de los acuerdos sobre rentas en moneda extranjera.⁶³

⁶⁰ Ver reforma publicada en el *Diario Oficial*, del 27 de diciembre de 1983.

⁶¹ Ver *Diario Oficial*, del 29 de junio de 1976.

⁶² Ver reforma publicada en el *Diario Oficial*, del 22 de diciembre de 1975.

⁶³ Ver las jurisprudencias cuyos rubros y datos se dan a continuación: ARRENDAMIENTO EN DÓLARES. A ELECCIÓN DEL ARRENDATARIO, EL PAGO DE LA RENTA PUEDE HACERSE EN ESA MONEDA O EN SU EQUI-

El criterio reiteradamente sostenido por la Suprema Corte dio apoyo a los contratos de arrendamiento en los que la renta se pactaba en moneda extranjera, a lo que se llamó la "dolarización" de las rentas, fenómeno ante el cual el legislador reaccionó mediante una reforma al Código Civil distritense que, entre otras reformas,⁶⁴ estableció como obligatorio que la renta se pacte en moneda nacional en el caso de fincas urbanas destinadas a habitación, mediante la adición del artículo 2.448-D.

Simultáneamente se reformó el régimen del arrendamiento de fincas urbanas para casa habitación. Las nuevas disposiciones han merecido fuerte crítica por parte de la doctrina civilista.⁶⁵

6. LA REFORMA DEL SISTEMA REGISTRAL

Como relata Ramón Sánchez Medal:

El 29 de diciembre de 1978, el Presidente de la Gran Comisión de la Cámara de Diputados declaró a la prensa nacional (*Excelsior*, 30-12-1978) que el Congreso no había tenido tiempo suficiente para estudiar y discutir las últimas reformas al Código Civil, pero que a pesar de ello se había visto en la necesidad de aprobarlas. Fue así como en el mes de enero de 1979, mediante una fulminante y sorpresiva reforma a todos los artículos del Registro Público de la Propiedad en el Código Civil y con la expedición de un nuevo Reglamento del mismo Registro, se sustituyó, de un día para otro, nuestro anterior sistema registral que, a base de libros seriados, numerados y foliados, regía desde

VALENTE EN MONEDA NACIONAL (Jurisprudencia núm. 1, *Informe* de 1987, segunda parte, tercera sala, p. 3); ARRENDAMIENTO. LA FIJACIÓN DEL PRECIO EN DÓLARES CUMPLE CON EL REQUISITO DE SER CIERTO Y DETERMINADO (Jurisprudencia núm. 2, *Informe* de 1987, segunda parte, tercera sala, p. 4); RENTA CONCERTADA EN DÓLARES. ES DETERMINADA DESDE EL MOMENTO DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO (Jurisprudencia núm. 16, *Informe* de 1987, segunda parte, tercera sala, p. 18); RENTA PACTADA EN DÓLARES. CONSTITUYE PRECIO DETERMINADO EN EL ARRENDAMIENTO POR SER UNA SUMA DE DINERO (Jurisprudencia núm. 17, *Informe* de 1987, segunda parte, tercera sala, p. 19).

⁶⁴ Ver el decreto publicado en el *Diario Oficial*, del 7 de febrero de 1985. Para una exposición crítica de las reformas, ver SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *La nueva ley sobre arrendamientos para habitación*, México, 1985; del mismo autor: *De los contratos civiles*, 8a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, pp. 229, 238-239.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 8a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, pp. 229, 240, 241-243.

hacia más de un siglo, por un nuevo sistema de registro a base de folios dispersos u hojas sueltas.⁶⁶

El decreto relativo fue publicado en el *Diario Oficial* del 3 de enero de 1979 y entró en vigor al tercer día de su publicación, plazo que al legislador le pareció suficiente para readaptar el sistema registral que venía operando desde hacía un siglo a un sistema totalmente nuevo.

Si lo anterior parecería suficiente para justipreciar la superficialidad con que se llevó a cabo la reforma del sistema registral, el lector estaría equivocado, pues no sólo se actuó con una celeridad irreflexiva, sino lo que resultó peor, la nueva regulación mostró fallas de fondo tan graves⁶⁷ que ni las reformas hechas en enero de 1988⁶⁸ han logrado devolver al sistema registral, la confiabilidad que tenía antes de las desafortunadas enmiendas hechas en 1979. Si al sistema registral se le mina su confiabilidad en un afán reformista, mejor hubiera sido se ahorraran las reformas.

Ciertamente, uno de los problemas que se pretendía resolver era no sólo real, sino que urgía atención y solución adecuada: la inmatriculación de inmuebles sin antecedentes registrales, pero fue ahí donde la reforma de 1979 fue más desafortunada a grado tal que hizo necesaria la reforma de 1988, que en algo enmendó los desaciertos en tal materia. Pero otros, como la adopción del sistema de folios sueltos sigue vigente⁶⁹ a pesar de las críticas al sistema. Pero, sobre todo, continúa en vigor el texto del artículo 3.009 de la reforma de 1979, que menoscabó enormemente la legitimación registral y con ello debilitó considerablemente la fe pública registral, pues mientras que conforme al texto del original artículo 3.007 *los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro, salvo tratándose de contratos*

⁶⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 8a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, pp. 538-539.

⁶⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 8a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, pp. 546-560.

⁶⁸ Decreto publicado en el *Diario Oficial*, del 7 de enero de 1988.

⁶⁹ El Reglamento vigente del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal fue publicado en el *Diario Oficial*, del 5 de agosto de 1988, y abrogó al anterior, publicado en el *Diario Oficial*, del 6 de mayo de 1980.

gratuitos o de actos o contratos ejecutados violando una ley prohibitiva o de interés público, la disposición introducida por la reforma de 1979 se limita a *proteger los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando se trate de actos o contratos ejecutados violando la ley.*

7. LA ELIMINACIÓN DEL ACTO "MIXTO"

El recorte más reciente al ámbito de aplicación del Código Civil distritense deriva no de una reforma a este ordenamiento, sino de una hecha al centenario *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*,⁷⁰ cuyo artículo 1.050 disponía en su texto original que:

Quando conforme a los expresados artículos 4º, 75 y 76, de las dos partes que intervienen en un contrato, la una celebre un acto de comercio y la otra un acto meramente civil, y ese contrato diera lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este Libro, si la parte que celebra el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandada sea la que celebra un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las reglas del Derecho común.

Este precepto, que se mantuvo intocado hasta la reforma de 1989, planteaba varios problemas interpretativos, ya que si bien preveía que si el demandado era quien había realizado un acto de comercio "la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este Libro", es decir, del libro atinente a los procedimientos mercantiles, con lo cual parecía referirse tan sólo al aspecto procesal, por la otra, establecía que si el demandado había celebrado un acto civil "la contienda se seguirá conforme a las reglas del Derecho común", expresión esta última —la de "Derecho común"— generalmente entendida como Derecho civil, no como el derecho atinente a los procedimientos civiles.

Tal disposición dio lugar a que la doctrina mexicana construyera, con fundamento en la disposición comentada, la doctrina del llamado "acto mixto",⁷¹ el cual es mercantil para una de las partes y civil para

⁷⁰ Centenario, efectivamente, pues el vetusto ordenamiento, que ha sufrido multitud de reformas y mutilaciones, fue promulgado en 1889, si bien, conforme a su primer artículo transitorio, entró en vigor el 1º de enero de 1890.

⁷¹ Ver MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil*, 14a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1974, pp. 72-73, si bien el autor prefiere la denominación

la otra, lo cual planteaba, sin duda, problemas delicados, ya que las disposiciones sustantivas del Código de Comercio difieren de las disposiciones civiles, en ocasiones al grado de ser incompatibles.

Solamente para dar un ejemplo, podría pensarse en los problemas derivados de la distinta regulación en materia del momento de perfeccionamiento de los contratos entre ausentes, pues en tanto el Código de Comercio se apega a la doctrina de la expedición de la aceptación (artículo 80), el Código Civil distritense sigue la de la recepción de la aceptación (artículo 1.807). Los ejemplos podrían multiplicarse.

La reforma de enero de 1989⁷² modifica sustancialmente la situación anterior, al prever que tales actos se rigen por las leyes mercantiles, con lo cual elimina la aplicación del derecho civil, salvo, claro está, como supletorio, restringiendo así el área de aplicabilidad del Código Civil distritense.

8. PROBABLES DESARROLLOS FUTUROS

Desde luego, es difícil predecir los futuros desarrollos en materia de codificación civil, sin embargo, dada la ratificación por parte de México de la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*,⁷³ es posible que se lleve a cabo una reforma en materia de adopción de menores que permita la adopción plena de los mismos, superándose así la figura actual, o sea, la adopción simple.⁷⁴ Como se recordará, conforme al artículo 1º de la

de *actos unilateralmente mercantiles*, y considera que el precepto calla en cuanto al fondo.

⁷² Decreto publicado en el *Diario Oficial*, del 4 de enero de 1989.

⁷³ Decreto aprobatorio del Senado publicado en el *Diario Oficial*, del 6 de febrero de 1987; decreto promulgatorio publicado en el *Diario Oficial*, del 21 de agosto del mismo año.

⁷⁴ Sobre la Convención mencionada pueden verse los estudios de MONTERO DUHALT, Sara, "Comentarios a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción"; PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores", y VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, "La Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado" (pp. 143-145), todos ellos en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989; ROJANO ESQUIVEL, José Carlos, "Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores", *Undécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 9-18; VÁZ FERREIRA, Eduardo, OPERTTI BADAN, Didier y Eduardo TELLECHEA BERGMAN, *Adopción Internacional*, Montevideo, Col. JVS, núm. 24, Fundación Cultura Universitaria, 1984; VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, "Régimen jurídico de la adopción

Convención la adopción plena equipara al adoptado a la condición de hijo, por lo que una interpretación a *contrario* lleva a concluir que la adopción es simple cuando crea el vínculo exclusivamente entre adoptante y adoptado.

Como ya se hizo notar en otra ocasión,⁷⁵ en virtud de la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, México está obligado, entre otras cosas, a:

- 1) permitir que se lleven a cabo en su territorio adopciones *plenas* en el caso de menores con residencia habitual en el país que vayan a ser adoptados por personas domiciliadas en algún Estado que sea parte de dicha *Convención*, y
- 2) reconocer los efectos de las adopciones *plenas* otorgadas en otros Estados que sean parte de la *Convención*, ajustándose a la misma, sin que pueda pretenderse hacer valer la excepción de institución desconocida.⁷⁶

Basta lo anterior para darse cuenta que, en virtud de la *Convención*, forma ya parte del derecho interno mexicano la figura de la *adopción plena*, la cual no está prevista, hasta dónde es, en ninguno de los Códigos Civiles del país, ya que, por razones históricas en México únicamente se había aceptado la *adopción simple*. Sin embargo, como tal figura ha sido incorporada en virtud de la *Convención* su radio de acción es muy limitado. Así, por ejemplo, si una persona domiciliada en el país desea adoptar a un menor con residencia habitual en el mismo, no podrá llevar a cabo una adopción plena a menos de que, después de otorgada la adopción, vaya a establecer su domicilio en otro país que sea parte del multicitado tratado internacional.

Lo anterior da lugar a una situación poco equitativa, pues las adopciones meramente internas tendrán que continuar siendo simples o semiplenas, en tanto las internacionales y aquellas con vocación a in-

ternacional de menores. Aspectos fundamentales de su régimen convencional de origen internacional y algunos problemas que plantea su régimen de origen interno", comunicación al Coloquio sobre los Derechos de la Niñez, celebrado bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), los días 25 a 29 de septiembre de 1989 (en prensa).

⁷⁵ Ver mi trabajo citado al final de la nota anterior.

⁷⁶ El artículo 5 de la *Convención* literalmente dice:

Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho, en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de institución desconocida.

ternacionalizarse serán plenas en los poco frecuentes casos en que la *Convención* sea aplicable.

Como es de todos conocido, en México se ha desarrollado una práctica viciosa en materia de adopción: que la persona que pretende adoptar a un menor, en lugar de seguir los trámites de adopción simplemente lo registre como hijo propio en el Registro Civil.

Aunque se ha pretendido que tal práctica obedece a razones de economía y brevedad de los trámites de registro ante la lentitud y costo del procedimiento de adopción,⁷⁷ en muchas ocasiones las personas prefieren acudir a esa vía porque la adopción simple crea el vínculo exclusivamente entre adoptante y adoptado, pero no con respecto a la familia del primero y deja subsistentes los vínculos con la familia del segundo, a diferencia de lo que sucede en el caso de adopción plena, dándose así lugar, en el caso de adopción simple, a una situación de "hijo de segunda clase", por decirlo del modo en que lo siente la gente.

La *Convención* resuelve parcialmente ese problema en tanto permite la adopción plena, pero tan sólo en los escasísimos casos en que la misma resulte aplicable. Pero en todos en los que no lo sea, los cuales son la mayoría de las adopciones internacionales y la totalidad de las internas,⁷⁸ éstas tendrán que llevarse a cabo bajo el régimen de adopción simple, que es la única existente en los Códigos Civiles del país.

Además, la falta de regulación de la adopción plena en los Códigos Civiles del país crea una cuestión delicada con respecto a la aplicación de la *Convención*. Si por hipótesis debe aplicarse alguno de tales Códigos en algún caso concreto para otorgarse una adopción en los términos de la *Convención*, ¿qué disposiciones habrán de aplicarse? Ante la falta de regulación expresa, tendrían que aplicarse, por analogía, las disposiciones sobre adopción simple, que son las únicas existentes. Pero ello plantea el problema de hasta dónde llegar en la analogía. Así, por ejemplo, ¿es posible constituir la adopción plena con respecto

⁷⁷ Cusi, Ezio, "Una práctica viciada en materia de adopción", *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, quinta época, núm. 15 (julio-septiembre de 1969), pp. 69-72.

⁷⁸ Salvo las que tengan vocación a internacionalizarse, ya que México al ratificar la *Convención*, la hizo extensiva a los supuestos previstos en el artículo 20 de la misma.

a un niño de 15 años, dado que, indudablemente es posible constituir la adopción simple?⁷⁹

Por lo mismo resulta evidente la necesidad de promover la modificación de los Códigos Civiles a fin de regular adecuadamente la adopción plena. Dado que el tema ha venido captando la atención tanto de los particulares como de las autoridades, es previsible que en los próximos años se lleve a cabo una revisión de los diversos Códigos Civiles del país en materia de adopción.

⁷⁹ En el Código Civil distritense no existe limitación alguna en cuanto a la edad de la persona a ser adoptada siempre y cuando se trate de un menor de edad (artículo 390) o bien de un incapacitado, caso este último en que puede tratarse de una persona mayor de 18 años.

LA SUPRESIÓN TOTAL DE TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO *

Francisco Javier Villalón Ezquerro

A los doctores Luis Téllez y Arturo Fernández, impulsores del Análisis Económico del Derecho en México.

SUMARIO: Primera parte: Fe Pública Notarial. Estructura formal del testamento. Análisis económico-jurisprudencial Civil, rubros I a VI, (núms. 1 a 29). I. Introducción: Las razones de la propuesta de Reforma (núm. 1). II. Razones de coherencia del sistema de Fe Pública Notarial (números 2 a 6). III. Principio de unidad del acto (entre Obligación del Sistema Notarial de Fe Pública y Estructura Formal del Testamento) núms. 7 a 15). IV. La determinación de la presencia de testigos como cláusula accidental del testamento: dualidad efectiva testador-Notario unidad y eficacia formal de la misma (núms. 16 a 19). V. Análisis económico del Derecho y desregulación económica de la exigencia de presencia de testigos: El método de análisis económico jurisprudencial civil (núms. 20 a 24). VI. Razones propias de la estructura formal del testamento como negocio jurídico respecto a la supresión de testigos (núms. 25 a 29). Segunda parte: Perspectiva dinámica de la eficacia formal de la fe pública. Razones propias de la evolución histórica del derecho privado y experiencia iuscomparativista. (rubros VIII a XI, núms. 30 a 61). VII. Los testigos en el Testamento Público Abierto en el Código Civil de 1928 y en sus antecedentes directos (núms. 30 a 33). VIII. La función integral de fe pública notarial en su proyección testamentaria (núms. 34 a 43). IX. Proceso histórico de la dogmática iusprivatista y perspectivas iuscomparativistas del siglo XX (núm. 44 a 55). X. Conclusiones (núms. 56 a 60). XI. Colofón de consideración personal (dualidad a elección: sistema jurídico que fomenta un Derecho de juristas de tradición nacional o Derecho de conquista (núm. 61 y 62).

* Este documento es parte de una serie de estudios presentados en 1993 en el proceso de elaboración de la Reforma al Código Civil del D. F. que fuere publicada en el D.O. el 6 de enero de 1994. Se publica tal cual fue presentado salvo

PRIMERA PARTE

EFICACIA FORMAL DE LA FE NOTARIAL

Fe Pública Notarial
Estructura Formal del Testamento
Análisis Económico - Jurisprudencia Civil

Motivación de la Supresión Total de Testigos en el Testamento
 Público Abierto

I. INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DE LA PROPUESTA DE REFORMA

1. La *Supresión total* de testigos en el testamento público abierto es una *medida normativa* (desregulación) *necesaria* por:

- a) Razones de *coherencia* del *Sistema de Fe Pública Notarial*;
- b) Razones de *Desregulación Económica*
- c) Razones propias de la *Estructura Formal del Testamento* como negocio jurídico;
- d) La experiencia de *Derecho Comparado* como razón adicional;
- e) Razones propias de la *Evolución Histórica del Derecho Privado* al respecto.

II. RAZONES DE COHERENCIA DEL SISTEMA DE FE PÚBLICA NOTARIAL

2. Respecto al núm. 1 a) (Razones de coherencia del *Sistema de Fe Pública Notarial*): Por definición la *Fe Pública* no necesita *adición de testigos*; o existe fe pública notarial o no existe fe pública notarial y si esto último, entonces estamos en el indeterminado ámbito de la prueba procesal.

3. Decimos *indeterminado ámbito de la prueba procesal del testi-*

las tres notas añadidas posteriormente y el número 62. La Reforma al Código Civil del D. F. acaba de ser imitada en la codificación civil del Estado de México (agosto de 1994). Agradezco al Consejo del Colegio de Notarios que haya permitido la publicación de este estudio en esta revista.

monio, porque sin Fe Notarial el negocio jurídico se encuentra sometido a:

a) La regla "*testis unus testis nullus*": exigencia procesal de *dualidad* de testimonios para que tengan valor y relevancia; el dicho de un único testigo es irrelevante;

b) La *valoración* de la prueba testimonial está directamente entregado al *criterio* judicial;

c) La amplitud de taches testimoniales es mayor, y su indeterminación por tanto;

d) La *indeterminabilidad de los efectos testimoniales* (la cual se origina, entre otras razones por su *falta de institucionalidad y garantía jurídica*);

e) La obvia *inexistencia* de *práctica profesional* testifical.

f) El testimonio testifical es imperfecto pues requiere de otros elementos de convicción judicial.

g) Por estas razones no se alcanza a configurar con certeza una prueba preconstituida.

4. En cambio la Fe Pública Notarial es:

a) Una *excepción legal* conciente y reflexiva de la regla citada;

b) Tiene *valor de prueba plena y presunción legal de validez* (dicho valor y presunción solamente pueden destruirse por impugnación demostrada así resuelta por el juez);

c) Existen *incompatibilidades y excusas* de actuación de tipo profesional;

d) Los efectos se encuentran *determinados* por la *garantía institucional* de la *configuración legal de la profesión* y sus prohibiciones e incompatibilidades por Ley;

e) La *efectividad* del *régimen legal* está *garantizada* por la *experiencia práctica especializada*.

d) Los efectos se encuentran *determinados* por la *garantía institucional* de la *configuración legal de la profesión* y sus prohibiciones e incompatibilidades por Ley;

e) La *efectividad* del *régimen legal* está *garantizada* por la *experiencia práctica especializada*;

f) En contraste el testimonio notarial integra un *documento perfecto* que no sólo no necesita otros elementos de convicción judicial sino que *incorpora fuerza legal conformadora* al acto que contiene;

h) Por estas razones el documento notarial sí alcanza una *triple finalidad de eficiencia* del orden jurídico.

i) Induce una *adecuada formación de la voluntad jurídica* de un negocio tan trascendente (fase *previa* de asesoría por seguridad jurídica anterior).

ii) Proporciona concomitantemente a la declaración la *forma legal* (fase del negocio en *acto* por seguridad jurídica presente).

iii) Protege con seguridad jurídica posterior (fase de seguridad jurídica posterior).

5. Entre las aplicaciones de este último punto está el contraste que queremos hacer de que el documento notarial sí *preconstituye* una *prueba procesal* y en realidad más que eso: no está en duda como prueba, la duda debe ser rogada e impugnada (tiene la *inercia procesal a su favor* ya que al revés de la prueba testifical se presume su validez antes de la calificación judicial y su impugnación requiere *impulso procesal*).

6. El régimen notarial es *incompatible* con el régimen legal esencial (obligatorio) de testigos procesales en el testamento público abierto por:

- a) La *coherencia* antes dicha;
- b) Razones de *economía procesal*;
- c) La *irrelevancia práctica* de la *función* testifical en virtud del contraste con la fuerza de la Fe Pública en el caso concreto del testamento público abierto;
- d) Por las *dificultades* que implica la *fijación* de la *celebración* del testamento.

DIVISIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

El estudio "la supresión total de los testigos en el testamento público abierto" se divide en dos partes:

I. Eficacia formal de la Fe Pública (perspectiva estática).

II. Perspectiva dinámica de la eficacia formal de la Fe Pública.

Por razones de edición y utilidad del documento no se ha independizado de la primera parte el análisis económico jurisprudencial civil. Sin embargo sabemos que hay razones para mantenerlo dentro de la sede de perspectiva estática de la Fe Pública aunque la ubicación más conveniente es como parte intermedia entre el primero y el segundo estudio. Pues desde luego presenta elementos dinámicos (vendrían a ser tres partes finalmente). Este estudio se efectúa en un medio de crisis jurídica mexicana y de falta de identificación con la tradición jurídica occidental que pensamos que no debe ser vista en forma alar-

mista pero sí desde la inteligencia y severidad de un proceso de evolución jurídica, ni rechazo del cambio ni mera copia de modelos extranjeros. El notariado latino presenta en la propuesta y el estudio que acompañamos un desarrollo propio que lo hará más eficaz y lo *subrayamos* más identificado con su naturaleza y su función misma, y ciertas incomprendiones de nuestro propio sistema jurídico fruto normal del extraordinario proceso de reformas que vivimos, cuya necesidad no se pone en duda, al contrario, únicamente es responsabilidad de los juristas hacer la labor que como tales espera su sociedad. El estudio es motivado para responder una objeción comprensible dentro de este contexto que obedece y refleja de modo ágil dicho Estado y por ello una posición normal y esperada de un abogado; por ello es la necesidad de un estudio sobre el tema tanto como respuesta jurídica como instrumento de apoyo a la reforma ante posiciones semejantes que pudieran encontrar.

III. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ACTO (ENTRE OBLIGACIÓN DEL SISTEMA NOTARIAL DE FE PÚBLICA Y ESTRUCTURA FORMAL DEL TESTAMENTO)

7. La única *relativa razón* de subsistencia de un testigo que honestamente encuentro es la de *constatación directa* del cumplimiento por parte del notario de su obligación legal del *otorgamiento en un solo acto de unidad de acto testamentario* como *garantía indirecta* de la *imposibilidad de influencias* personales en el proceso de conformación de la voluntad testamentaria o de razón de dificultad institucionalmente buscada por esa regulación legal.

8. La *relatividad* de dicha razón la encuentro en que precisamente la *utilidad* de dicha obligación notarial y del principio de unidad de acto del testamento, está *en buena medida relacionada con la presencia de testigos*, pues a pesar de los requisitos legales, éstos no alcanzan a liberar al testador de la *influencia* de los mismos testigos y el proceso subsecuente que impide la *confidencialidad* y el *secreto* del acto con las previsibles consecuencias de inquietud familiar sobre el destino y términos de la disposición (en algunos casos). Al contrario de lo esperado, la institución de testigos ha generado *efectos secundarios en contra* de la finalidad institucionalmente buscada, lo que es *cometido y razón adicional* de la reforma en comento que introduce la supresión total.

9. Como se ve en gran parte el *Principio de Unidad de Acto* dependió en su consagración legal de la escasa fuerza de la intervención notarial de antaño dentro del proceso evolutivo histórico del testamento y su interrelación con el histórico proceso evolutivo de la Fe Pública. Sin embargo, hoy la situación es distinta y la Fe Pública es esencial dentro del *Sistema Latino del Negocio Jurídico*.

10. Como se puede observar es *falsa* la concepción del *Notariado* como *reliquia* histórica; su *existencia* como tal es un *producto refinado de la evolución del Derecho Moderno* a través de una *reinterpretación de la figura histórica del escribano*. La verdadera constitución del notariado como tal en México es de la primera mitad de este siglo (finales del siglo pasado) y el Colegio de Notarios del D. F. (1946). La Asociación Nacional del Notariado Mexicano (1955) la Unión Internacional del Notariado Latino (1948) se crean en el umbral de la segunda mitad del siglo XX.

11. Las interrogantes son: ¿vale la pena *mantener la unidad del acto* en el testamento ya que desaparece una razón fundamental para ello?, ¿es *cuestionable* en teoría civil y en la metodología normativa para esta reforma?

12. Las influencias de hecho pueden darse dentro del proceso de *inducción* notarial de la *voluntad jurídica testamentaria* del testador a partir de la voluntad empírica del cliente a través de las 3 o 4 citas que la praxis notarialista acostumbra dedicar a este proceso de formación de este acto jurídico.

13. Lo cierto hoy día es que parece debe mantenerse el principio, pero *ya no con la rigidez* como se entendía en las conferencias notariales de 1905 en la posición de Borja Serrano, ni probablemente en sede solemne sino con un *sentido atenuado de obligación del notario* en el acto del otorgamiento.

14. La cuestión por decidir entonces sería la *determinación* de este punto con respecto a las *solemnidades* del testamento.

15. La solemnidad consistiría en:

a) El otorgamiento del testamento en escritura pública *liso y llano* o;

b) el otorgamiento del testamento en escritura pública *con unidad de acto* (*vid.* adicionalmente los números 56 y 57 sitios en la segunda parte del Estudio en donde se sostiene debe modificarse el artículo 1519 del c.c. sustituyendo la palabra "*formalidades*" por la de "*solemnidades*").

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA PRESENCIA DE TESTIGOS COMO CLÁUSULA ACCIDENTAL DEL TESTAMENTO: DUALIDAD ELECTIVA TESTADOR-NOTARIO. UNIDAD Y EFICACIA FORMAL DE LA MISMA

16. Las anteriores consideraciones tal vez orillen a la doctrina a modificar la calificación de testamento público *abierto* dejando como género al testamento público y reservando como especie de testamento público abierto el punto *b*) del número anterior (si así se decide, o inclusive solamente como específico testamento público *abierto* al que *decida el cliente* con presencia de testigos en la actualización del *régimen accidental* de testigos en el testamento público que configura la reforma (*vid. infra* siguiente número).

17. De esta manera se establecería, en coherencia con el sistema notarial de Fe Pública la consideración legal y doctrinal *correspondencia* de la *estructura formal* del testamento de la *declaración* del testador y la *forma solemne otorgada en asesoría fedante notarial* con plenas *garantías institucionales de secreto, confidencialidad y eficacia*.

18. La *opción de disposición de cláusula accidental de testigos* debe quedar, además del arbitrio del testador, al *criterio prudencial del notario* para elegir *solicitar* la presencia de testigos o no según las circunstancias del caso, no como norma de actuación sino por *motivos excepcionales* (indicación de *inversión expresa* del *principio de rogación testifical* —en realidad en pleno uso de la obligación de cuidado asesorante del notario pues el principio de rogación y de actuación notarial ya se dio al solicitar el testador el servicio notarial).

19. Las anteriores observaciones se apuntan para la consideración que en su caso pueda hacerse respecto a una *eventual modificación terminológica y regulatoria* en el Código Civil.

V. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y DESREGULACIÓN ECONÓMICA DE LA EXIGENCIA DE PRESENCIA DE TESTIGOS: EL MÉTODO DE ANÁLISIS ECONÓMICO JURISPRUDENCIAL CIVIL

20. Las razones de *desregulación económica* obedecen a un obvio *Análisis Económico del Derecho* de los *costos de transacción* del testamento que en este caso son de tres clases:

- a) del *acto en sí* en cuanto a la intervención del notario;
- b) Del *costo social* de transacción *haciendo obvios costos ocultos*;

c) Del efectivo cumplimiento del marco regulatorio y de sus finalidades de Política Jurídica.

21. Respecto al primer punto (núm. 20 a) la existencia de un requisito del acto no justificable jurídicamente (núms. 1 al 4 c) y demás relativos) hace necesaria la desregulación de dicho requisito, las razones apuntadas de que se trata de un requisito de formalidad exterior y no de formalidad interior del acto indican la ortodoxia desregulatoria de dicha reforma. Las consecuencias de aumento en la eficacia notarial en la conformación de testamentos y sus repercusiones en costos del servicio notarial en general serán beneficios económicos directos de dicha desregulación.

22. Respecto al segundo punto (núm. 20, b) la desregulación se justifica económicamente.

a) Por el ahorro de horas-hombre perdidas por la citada exigencia;
b) Por la repercusión en la economía nacional de tres horas de trabajo perdidas sin utilidad real;

c) Por la corrección de la deformación institucional de dicho servicio notarial originado por la supresión de la externalidad de la exigencia de testigos aplicables con su consecuente costo económico concreto en el acto y difuso en lo general del servicio notarial.

23. Respecto al tercer punto (núm. 20, c) —lo que se conoce como "enforcement" regulatorio— el requisito adicional de presencia de testigos en el testamento público abierto se ha traducido en:

a) La ineficacia social de la institución testamentaria al disminuir sus posibilidades de efectiva realización;

b) La relegación del porcentaje de otorgamientos testamentarios a una reducida expresión no correspondiente a la importancia social, familiar y patrimonial del acto;

c) En un incentivo al constante proceso de desregularización de la tenencia de la tierra por el amplio.

d) En una ampliación del costo social a través de los gastos personales de intestados y en los que incurre la administración de justicia al tener que tramitarlos (sobre todo dada la gratitud legal del sistema de administración de justicia mexicano).

f) En una difusión de la inseguridad jurídica de determinación de titularidades en virtud del fenómeno sucesorio por:

i. La tardanza de trámite del intestado respecto de lo testamentario;
ii. La ausencia de trámite del intestado porque la familia no puede o no quiere llevar una sucesión legítima en trámite legal;

g) El estado regulatorio actual implica, adicionalmente, una externalidad que obliga a un desplazamiento de la función jurídica de la propiedad hacia la posesión, lo que tiene como consecuencia:

i. Aumento del costo de transacción de contratos.

ii. Inseguridad jurídica de la contratación.

iii. Incremento económico del costo asumido por el Estado vía administración de justicia o programas de regularización de tenencia de la tierra.

iv. Decremento de los ingresos estatales (vía derechos de registro e impuestos).

v. En síntesis contribuye a magnificar ineficiencias en el Sistema Mexicano de Asignación de Derechos de Propiedad Inmobiliaria.

24. Las anteriores ineficiencias pueden desarrollarse punto por punto como ahorros, ingresos y eficiencias fruto de la propuesta y ventajas de la reforma respecto al efectivo cumplimiento del marco regulatorio y de sus finalidades de política jurídica, punto que por obviedad nos abstenemos de desarrollar aunque podría desarrollarse para la presentación a autoridades.

VI. RAZONES PROPIAS DE LA ESTRUCTURA FORMAL DEL TESTAMENTO COMO NEGOCIO JURÍDICO RESPECTO A LA SUPRESIÓN DE TESTIGOS

25. Respecto al núm. 1, c) la Sistemática formal normal del testamento público abierto como negocio jurídico no necesita estructuralmente la presencia de testigos.

26. En un estadio evolutivo anterior del testamento, esa necesidad estructural sí existía; por eso se legislaron dichos requisitos; las disposiciones actuales son reminiscencia histórica de dicha función.

27. En la actualidad no es así. Para comprender esto debimos insistir en nuestra distinción entre formalidad interna del testamento y formalidad externa del mismo.

28. La presencia de testigos es una formalidad externa del testamento, un añadido que no tiene función real. Es decir, la función económica social efectiva del testamento no responde a ese aditamento formal de testigos.

29. Las razones de experiencia iuscomparativista y de historia dogmática del derecho privado (núm. 1 d) y e) se desarrollan, por comodidad de lectura en estudio por separado para, quien así lo desee, obvie

su lectura. Únicamente *sugerimos* la lectura y consideración de la sección de *conclusiones* en los números finales de dicho estudio, y si se tiene a bien, el Colofón del texto.

SEGUNDA PARTE

Perspectiva dinámica de la eficacia formal de la fe pública

Razones Propias de la Evolución Histórica del Derecho Privado

Experiencia Iuscomparativista

VII. LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO PÚBLICO ABIERTO EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928 Y EN SUS ANTECEDENTES DIRECTOS

30. El artículo 1511 del *Código Civil de 1928-1932*, sin reforma desde su redacción original, establece como requisito del testamento público abierto la presencia de testigos calificada como formalidad por el artículo 1519 del mismo. Su texto es el siguiente:

"Artículo 1511. Testamento público abierto es el que se otorga ante notario y tres testigos idóneos."

31. El artículo sigue la tradición de los *Códigos de 1870 y 1884* que encabezaban sus respectivos artículos 3768 y 3499 de la siguiente manera:

"El testamento público abierto se dictará de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario..."

32. El texto fue inspirado en el *proyecto Sierra*, que expresó en su artículo 571:

"Artículo 571. El testamento abierto debe ser otorgado ante escribano público y tres testigos domiciliados en el lugar de su otorgamiento y de los cuales uno a lo menos sepa escribir."

33. El texto repite el texto del artículo 565 párrafo segundo del proyecto de García Goyena.

VIII. LA FUNCIÓN INTEGRAL DE FE PÚBLICA NOTARIAL EN SU PROYECCIÓN TESTAMENTARIA

34. *Originalmente* los testigos tenían una *función de formalidad interna* del testamento ya que contribuían a la *identificación* y al juicio de *capacidad* y la función de representar la *presencia solemne* del Pueblo en la aprobación de una "Lex Privata" para la posteridad.

35. Esto se debe a que la fe notarial *no había alcanzado* completamente la *función integral de confianza social, sustrato necesario* de la Fe pública.

36. A la total confianza notarial del Derecho Moderno, sustrato de la Fe Pública Notarial, y *dato congruente del sistema jurídico civil de la forma*, tenemos que por coherencia hacía falta reformar el artículo 1511 del Código Civil para suprimir la exigencia de testigos en el acto testamentario.

37. Multitud de legislaciones así lo han hecho: De entre ellas la más reciente reforma en este sentido en los últimos años ha sido la supresión de los testigos en el *Código Civil Español* en virtud de Ley de 20 de diciembre de 1991 a sus artículos 685 y siguientes (hace menos de 2 años).

38. Se trata de una reforma *largamente requerida* por los juristas españoles tanto por congruencia con la fuerza fedante del notario de tipo latino como por razones desregulatorias y ahorro de pérdidas de horas-hombre de trabajo para los testigos con repercusión para la economía nacional.

39. La *Unión Internacional del Notariado Latino* viene señalando la *ortodoxia notarial de la supresión de testigos* desde hace muchos años dado que es una *mera reminiscencia histórica* sin función dentro del derecho notarial y dentro del negocio jurídico testamentario.

40. *No son válidas* las *pretendidas razones de seguridad jurídica* de la presencia de testigos. Al contrario:

a) En primer lugar Eduardo Pondé, jurista argentino que fuera Presidente de la Unión Internacional del Notario Latino, ha escrito un artículo sobre este tema intitulado *Fútil aporte a la seguridad jurídica*, refiriéndose precisamente a la función de los testigos en el testamento;

b) Se trata de una *aparente* función de seguridad jurídica puesto que se dice que así no podrá el notario *simular* un testamento. La razón no es válida puesto que *igual lo podría* hacer de acuerdo con un tercero;

c) Además se presenta un problema adicional, a quién creer: ¿al notario o al testigo en *testimonios contradictorios*? Es más probable que un testigo falte a su palabra que el mismo notario, quien tiene una *dedicación profesional* a la materia y para el cual el testamento es una de las *múltiples escrituras* que se otorgan ante él. Además se trata de una *posición y vocación permanente* como lo muestra la *efectiva permanencia notarial*, lo que *no se daría* si el notario fuera *empleado o funcionario de una burocracia privada* en la cual, como en toda empresa, habría una *rotación de puestos o salida* de la persona fedante de la empresa y *sustitución por otra*, lo que afectaría necesariamente a la *base de permanencia de la Fe Pública*. De hecho la actitud notarial ha sido la posición de la jurisprudencia en el Derecho Comparado en el tema de testimonios contradictorios notario-testigo cuando todavía se requerían dichos testigos.

41. Por ese tipo de razones el testamento *debe recibir fuerza solemne precisamente de la actividad fedante del notario*: o hay fe o no la hay; así de contundente, así de simple.

42. En el testamento como acto jurídico la *función actual* de la presencia de testigos es una *mera formalidad externa* que hace las veces de solemnidad y *no debe tener ninguna de las funciones fedantes y calificatorias* anejas a la actividad profesional del notario.

43. Dentro de la historia del derecho privado existe un *proceso desregulatorio* de los testigos de orden procesal en virtud de la *regla procedimental "Testis unus testis nullus"*.

IX. PROCESO HISTÓRICO DE LA DOGMÁTICA IUSPRIVATISTA Y PERSPECTIVAS IUSCOMPARATIVISTAS

DEL SIGLO XX

44. Ese proceso comenzó desde las sucesivas etapas del Derecho Romano que en un máximo de solemnidad, testificaba la *asamblea por curias* la existencia de la declaración testamentaria; después se realiza ante cinco testigos y más tarde ante ocho firmas (siete testigos) con Teodosio II en el retraso regulatorio propio del derecho posclásico (438 d.C.).

45. En las *Siete Partidas de Alfonso X el Sabio* (1263-1305) (partida 6a., título I, Ley 1) se exigían igualmente siete testigos siguiendo el Derecho Romano (posclásico) y conforme a un principio de rogación testifical.

46. *El Ordenamiento de Alcalá* de Alfonso XI (1348) deroga la exigencia de tantos testigos y fija en tres el número para el testamento.

47. El *Código Napoleón (1804)* (artículo 971) seguía esa regla que como hemos visto sigue el proyecto de García Goyena.

48. El *Código Civil Italiano de 1902* (Código Mussolini) desreguló un testigo manteniendo sólo dos testigos en el Testamento Público (artículo 603 del C.C. Italiano en relación con el artículo 50 de la Ley del Notariado Italiano).

49. Cuando la Fe Notarial se constituye como tal, rompe la regla procesal "*Testis unus testis nullus*" y hace innecesaria la presencia de testigos. Se trata de otro régimen jurídico; de un régimen en cierta manera *extraprocesal* o más exactamente *preprocesal*, por tratarse de un *Derecho Preventivo de Configuración Autónoma*, que en el testamento puede representarse gráficamente con la pintoresca frase de Margadant que cita a un viejo romanista: "*La mano del muerto que sale de la tumba*". Por todo ello la declaración del testador y la Fe notarial se *identifican* y se *expresan unitariamente* sin necesidad de mediación de testigos.

50. Lo que ha pasado en este punto en que existe un *atraso legislativo* en México que se agrava al contemplar el Derecho Comparado al respecto.

51. Esta historia demuestra lo *singular y lo delicada* que es la *fe pública* y las *necesarias garantías institucionales* de su *imparcialidad*.

52. En *Prognosis Histórica del Derecho Privado* podemos prever la futura evolución de la institución con la advertencia que sigue: *Si se afecta la base de la imparcialidad se afecta la base de la fe pública y se arriesga el sistema jurídico a que haya un regreso a la fase procesal desapareciendo a la larga la fe pública* al otorgar a personas o entes no parciales por un texto legal. Aunque de hecho no se pretenda conscientemente desaparecer la Fe Pública como parece que es el sentido actual propio de tendencias jurídicas que técnicamente deben calificarse de "*Derecho vulgar o decadente*".

53. No admitir la anterior conclusión, es no dar relevancia histórica al *desarrollo evolutivo de las diferencias* de los *sistemas jurídicos* latino-continental y el del *common law*, que se desarrollaron en esa dife-

rente óptica de posiciones jurídicas del jurista en acción ante la conformación del *negocio jurídico* y en el mismo *Rol Constitucional* de lo Jurídico. Seguir exigiendo un testigo sería sólo motivado por esa *incoherente evolución de nuestro sistema* debido a la rigidez del *método de codificación* (petrificación del derecho civil ante la inaccesible consideración del poder Legislativo al verdadero derecho de juristas), o en virtud de desconfianza o incomprensión de la función notarial manifestada en sede concreta testamentaria.

54. La contemporánea *reforma actual española* modifica los artículos 685 y demás del C.C. Español (antes hubo en 1982 un proyecto de reforma que intentó reducir a dos los testigos de testamento y que traducía la posición italiana de 1942 al respecto).

55. Es de hacer notar que esta reforma fue precedida por *previas reformas* de supresión de los testigos testamentarios en testamento público abierto en compilaciones forales de derecho civil durante la década de los años ochentas (Baleares —1985— y Aragón —1987—).

X. CONCLUSIONES

56. Es importante considerar al testamento como *solemne* en forma congruente con otros textos, por lo que se deberá *sustituir* la palabra *formalidades* del artículo 1519 del C.C. por la palabra *solemnidades* para ser congruente con la reforma (dado que en el fondo la función de testigos era formal) y con el fondo testamentario del otorgamiento solemne (como ratifica el artículo 1486 del C.C.).

57. La función del principio de *unidad del acto* tiene un *desplazamiento* desde la estructura formal del testamento hacia una obligación notarial encuadrada exclusivamente dentro de la sistemática de la Fe notarial.

58. La determinación de presencia de testigos es un *elemento accidental* de forma del nuevo testamento público a introducirse por elección individual del testador o del notario.

59. Debe modificarse la redacción del artículo 1504 del código civil para ajustar las funciones de notario y testigos en su respectivo ámbito y jerarquía. (Aplicación conclusiva de los razonamientos del estudio).

60. La desregulación consistente en la supresión total de testigos se justifica por los *cinco* tipos de razones del primer numeral de este es-

tudio según ha quedado demostrado (*vid.* número 1 de la primera parte).

XI. COLOFÓN DE CONSIDERACIÓN PERSONAL

(*Dualidad a elección: Sistema Jurídico que fomenta un Derecho de Juristas de Tradición Nacional o un Derecho de Conquista...*)

61. Como último punto, en consideración de la advertencia al rubro, sólo me queda *dejar una constancia* de la relativa incomprensión del sistema jurídico occidental y de la tradición mexicana dentro de nuestro propio medio jurídico, lo cual ya ha sido diagnosticado hasta por juristas norteamericanos al efectuar, con mayor simpatía con nuestro sistema jurídico que muchos abogados mexicanos, una prevención muy seria contra la americanización del Derecho mexicano (*The Americanization of Mexican Law: non trade issues in the North American Free Trade Agreement* artículo escrito por Stephen Zamora, profesor americano, y publicado en "Law and Policy in International Business (Georgetown University Law Center), de la cual si puedo, como académico, no sin lamentarlo, dar fe. Sin embargo, no estoy por una visión cerrada de la tradición jurídica, la tradición es abierta o no es tradición sino tradicionalismo; su verdadero sentido implica asimilación y recepción inteligente de lo diferente, es decir, ni copia ni rechazo de lo nuevo sino recreación a partir de nuestras propias instituciones y sistema jurídico en función no de extrapolaciones sino de necesidades concretas, es decir, la superación de dicha dualidad.¹

62. Quisiera cerrar con las pertinentes palabras del extraordinario jurista Francesco Carnelutti, muerto hace ya 30 años, que a propósito del testamento, su experiencia y su fenomenología, escribió en esa prosa que admiramos los abogados desde los inicios de nuestros estudios:

"Para hacerse cargo del valor de sus consejos, no hay un ejemplo más convincente que el del testamento. No existe, para mí, una figura de negocio jurídico más importante; y ¿por qué no decir? más fascina-

¹ Véase en este sentido a MONSIVÁIS, Carlos, en su artículo sobre "El Nacionalismo o la norteamericanización de México", en *X Revista Internacional de la Cultura y las Artes en México*, verano 1994, pp. 9 y ss.

dora... La verdad es que se precisa una inteligencia de primerísimo orden para explicarse este milagro del derecho, en virtud del cual la voluntad del hombre le sobrevive. Cada vez que pienso en esto, me parece ver el espíritu del hombre custodiado en una urna de cristal. Un juicio que sirve para regular la vida de los otros después de la muerte de quien lo pronuncia, y así cuando no hay lugar a reconocer el error. El que lo emite debería tener entre las manos una balanza de precisión. El notario, que está a su lado, es esta balanza".²

DERECHO EUROPEO ECONÓMICO Y FISCAL

POR UN SISTEMA UNIFORME DE RESPONSABILIDAD DEL AUDITOR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EUROPEA

WERNER F. EBKE

y MARTÍN ANTONIO DE LA GARZA

SUMARIO: I. Introducción. II. Ventajas en el derecho europeo. 1. *Primer enunciado*. 2. *Segundo enfoque*. III. *La responsabilidad del contador público frente a terceros en el derecho de los estados miembros*. 1. *Alemania*. 2. *Inglaterra*. a) *Principios generales de la responsabilidad causada por negligencia*. b) *Ampliación de la responsabilidad general por causa de negligencia*. c) *El cambio de tendencia*. d) *El fallo del caso Caparo*. e) *Fallos dictados con base en Caparo*. f) *La discusión de reforma conforme al caso Caparo*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La determinación del número de personas frente a las cuales el auditor (o contador público) es responsable por daños patrimoniales causados por negligencia ha alcanzado un significado importante no sólo en el derecho alemán,¹ sino también en el británico.² El sistema legal inglés ha dado ya una respuesta a esta interrogante en el fallo de la Cámara de los Lores en el caso *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners*³ del año 1963, el cual amplió la responsabilidad por ne-

¹ Respecto del derecho alemán *cfr.* EBKE/SCHEEL, "Die Haftung des Wirtschaftsprüfers für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Dritter", WM 1991, 389; HOPT, "Haftung des externen Prüfers", en: "Handwörterbuch der Revision, 2. Aufl. 1992, S. 793; *idem*, "Die Haftung des Wirtschaftsprüfers". Rechtsprobleme zu § 323 HGB (§ 168 AktG a.F.) und zur Prospektund Auskunftshaftung, FS für Pleyer 1986, 341 = WPg 1986, 461 und 498; MÜLLER, "Grenzen und Begrenzbarkeit der vertragsrechtlichen Dritthaftung für Prüfungsergebnisse", FS für Forster 1992, 451.

² EHRLE, "Die Dritthaftung des 'Accountant' im englischen Recht", Diss. Konstanz, 1993; QUICK/NIEMANN, "Die Dritthaftung von gesetzlichen Abschlußprüfern in Großbritannien", RIW, 1992, 836; VON BAR, "Negligence, Eigentumsverletzung und reiner Vermögensschaden. Zu den Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden in der neueren Entwicklung des Common Law", RabelsZ 56 (1992), 410.

³ *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners* [1964], A.C. 465. Esta decisión analizó la responsabilidad de un banco frente a terceros. En la decisión de fondo

² CARNELUTTI, Francesco, *La figura jurídica del notario*, Madrid, A.A.M.N., Editorial Reus, 1954, p. 21.

glicencia. La decisión del mencionado caso *Hedley-Byrne* sirvió de precedente para ampliar la responsabilidad del auditor según el Derecho Consuetudinario ("Common Law") de los Estados Unidos de Norteamérica (en lo sucesivo "Estados Unidos").⁴ Sin embargo, desde finales de los ochenta se ha perfilado en el más alto nivel del poder judicial de los Estados Unidos y Gran Bretaña una tendencia a limitar la responsabilidad por negligencia del auditor. Como ejemplos están el fallo de la Cámara de los Loes en el caso *Caparo*⁵ y el del Tribunal Superior de Justicia del Estado de California en el caso *Bily*.⁶ La evolución de esta materia en los Estados Unidos y Gran Bretaña es opuesto al desarrollo del derecho alemán, donde los tribunales amplían de manera continua la responsabilidad del auditor por negligencia frente a terceros; desde luego, los auditores ocupan en este contexto una posición privilegiada. Resulta de gran interés y es fácil reconocer la corriente que tiende a limitar la responsabilidad del auditor tanto en el sistema jurídico inglés como en el norteamericano en vista de las gestiones de la Comunidad Económica Europea (CEE) por nivelar las disposiciones relativas a la responsabilidad del mismo.

A continuación analizaremos el campo de acción comercial en que el derecho europeo permite que el sistema jurídico de los estados miembros de la CEE ("estados miembros") se aplique en lo referente a la responsabilidad del contador público (II). Después de esto esbozaremos la evolución en el derecho alemán de la responsabilidad del auditor e interpretaremos la corriente contraria seguida por el poder judicial en Gran Bretaña (III). Por último examinaremos las doctrinas que se desprenden de la contribución del derecho inglés al derecho de la CEE (IV).

II. VENTAJAS EN EL DERECHO EUROPEO

En 1972 la Comisión de la CEE (la "Comisión") elaboró una primera iniciativa de disposiciones que regulan la responsabilidad civil del auditor.

se determinó la responsabilidad del auditor por haber actuado negligentemente y haber causado daños patrimoniales.

⁴ Para mayor especificación *cfr.* EBKE, "Wirtschaftsprüfer und Dritthaftung", 1983, S. 142-179; *idem*, "In Search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and the Independent Auditor's Responsibilities", 79 Nw. U. L. Rev. 663 (1984).

⁵ *Caparo Industries v. Dickman and others* [1990], 1 All. E. R. 568.

⁶ *Bily v. Arthur Young & Co.*, 11 Cal. Rptr. 2d 51, 834 P. 2d 245 (Cal. 1992); al respecto *cfr.* EBKE, "Der Oberste Gerichtshof von Kalifornien weist der Revi-

1. Primer enunciado

Se propuso un quinto lineamiento sobre la estructura de la sociedad anónima ("Aktiengesellschaft") y las facultades y obligaciones de sus órganos.⁷ El proyecto prevé que expertos independientes revisen el resultado.⁸ En cuanto a la responsabilidad civil se comparó la responsabilidad entre los órganos directivos y de vigilancia.⁹ Dicho proyecto establece las siguientes ventajas para los estados miembros en lo referente a la mencionada responsabilidad: la responsabilidad frente a la sociedad de los accionistas o terceros será ilimitada y dependerá de la culpa y las restricciones a la responsabilidad del contador.¹⁰ Esta responsabilidad se ha venido ampliando con la esperanza de adoptar un plazo mínimo de prescripción.¹¹ El proyecto modificado del decreto que contiene el Estatuto para la Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaea*) de abril de 1975 sigue el mismo sentido.¹² El proyecto aplica una responsabilidad ilimitada del auditor frente a la sociedad, sus accionistas y terceros por causa de infracciones dolosas.¹³ Además, existe una regla sobre la carga de la prueba, o bien, una presunción de culpabilidad: el contador debería poder "librarse" de la responsabilidad, "en caso de demostrar que no es culpable".¹⁴

Ciertas reglas que la Comisión ha propuesto en algunos de los estados participantes de la CEE van más allá del derecho en vigor de

sionshaftung neue Wege", Der Schweizer Theuänder 68 (1993) (que se publicará próximamente). En el mismo sentido *cfr.* la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Reves v. Ernst & Young*, 1993 WL 52169 (US) (referente a la responsabilidad del auditor según la Ley contra Organizaciones Corruptas de los Estados Unidos (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act-RICO).

⁷ Propuesta sobre una quinta línea de conducta para coordinar las disposiciones protectoras que los países miembros han previsto de conformidad con el artículo 58 párrafo 2 del Contrato en Interés del Socio y de Terceros en relación con las facultades y obligaciones de sus órganos, ABIEG Nr. C 131 v. 13. 12. 1972, S. 49; impreso por Lutter, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1979, S. 99-114.

⁸ Artículo 52 del Proyecto de Reglas ("Richtlinienvorschlag") (Fn. 7).

⁹ El fundamento legal se encuentra en el artículo 62 del proyecto de ley (Fn. 7); las disposiciones sobre responsabilidad en lo referente a órganos de vigilancia y dirección se encuentran en los artículos 14-21 del proyecto de ley.

¹⁰ Artículo 14, párrafos 1 y 2 del proyecto de ley (Fn. 7).

¹¹ El artículo 21 del proyecto de ley (Fn. 7) establece un plazo mínimo de tres años.

¹² Proyecto reformado de decreto para un estatuto sobre sociedades anónimas de fecha 30.4.1975, Boletín de la CEE, Suplemento 4/75; impreso por Lutter (Fn. 7), pp. 278-357.

¹³ Artículo 209, párrafo 1 del proyecto de decreto (Fn. 12).

¹⁴ Artículo 209, párrafo 2, p. 2 del proyecto de decreto (Fn. 12).

dichos estados miembros.¹⁵ En Alemania se hace válido con la introducción de la auditoría obligatoria que hace que el auditor esté obligado en principio sólo frente a la sociedad auditada por dolo y negligencia.¹⁶ Esta responsabilidad se amplió cuidadosamente en 1965: según el artículo ("§") 168 de la Ley de Sociedades Anónimas (en lo sucesivo "AktG") de 1965, las empresas asociadas podían recurrir al auditor siempre que la empresa auditada cumpla con determinados requisitos. Este reglamento se aceptó sin modificaciones en la Ley sobre Directivas para Balances Financieros de 1986 (§ 323 párrafo 1 p. 3 HGB o Código de Comercio (en lo sucesivo "HGB")). El § 323 párrafo 1 p. 3 HGB se volvió impráctico al igual que su precursor. La responsabilidad por negligencia del auditor alcanza ahora hasta los DM 500,000 por auditoría (§ 323 párrafo 2 HGB). Cabe hacer notar que esta limitación es válida cuando en la auditoría han participado otros contadores públicos (§ 323 párrafo 2, p. 2 HGB). La responsabilidad del auditor frente a terceros se ajusta al derecho de la responsabilidad civil (artículo ("§§") 823-853 BGB). Según opiniones impugnadas,¹⁷ pero que se han emitido de manera correcta,¹⁸ existe una responsabilidad del contador público frente a terceros por negligencia según los principios de responsabilidad contractual o derecho análogo al de los contratos.

2. Segundo enfoque

Las propuestas de la Comisión no pudieron imponerse debido a que los esfuerzos de la misma por armonizar el derecho de los estados miembros no encuadraban con la competencia ajustada de la CEE. Las disposiciones que se han propuesto para dicha responsabilidad en opinión de varios de los estados miembros rebasan la autorización otor-

¹⁵ En el derecho francés *cfr.* QUICK/RENAULT, "Die zivilrechtliche Haftung des französischen Wirtschaftsprüfers", RIW, 1993, 305. Para una demostración de las reglas en otros sistemas jurídicos europeos *cfr.* EBKE (Fn. 4), p. 6; sobre el nuevo derecho suizo *cfr.* EBKE, "Revision und Revisionshaftung im neuen schweizerischen Aktienrecht", RIW, 1992, 823.

¹⁶ EBKE, (Fn. 4), pp. 35-36.

¹⁷ HOPT (Fn. 1), p. 798; STAHL, "Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen", 1989, pp. 198-199.

¹⁸ EBKE (Fn. 4), pp. 38-44 y 56-60; EBKE/FECHTRUP, JZ, 1986, 1112, 1116; EBKE/SHEEL (Fn. 1); MÜLLER (Fn. 1), p. 459; VON BAR, "Buchbesprechung", AcP 192 (1992), 441, 444 (Fn. 10); NANN, "Wirtschaftsprüferhaftung - geltendes Recht und Reformüberlegungen", 1985, p. 139.

gada por la CEE en el artículo 54, párrafo 3, inciso g del Tratado de la CEE (en lo sucesivo el "Tratado"). Según la mencionada disposición la competencia ajustada de la comunidad abarca una coordinación de las "disposiciones protectoras vigentes en los estados miembros (...) en interés del socio, así como de terceros". La Comisión intenta, con base en las directivas estructurales y del Estatuto para la Sociedad Anónima Europea, no sólo armonizar las disposiciones relativas al derecho corporativo de los estados miembros, sino también el área del derecho civil relativa a la responsabilidad profesional, las cuales, en efecto, ya no están cubiertas por el artículo 54, párrafo 3, inciso g del Tratado.¹⁹

El proyecto modificado para una quinta directiva de 1983 ha tomado en cuenta dichas interrogantes. Dicho proyecto regula la responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada;²⁰ el reglamento de la responsabilidad civil del contador público frente a accionistas y terceros no lo trata expresamente. En efecto, la Comisión aclara en el artículo 19 la referida propuesta modificada sobre directivas estructurales, y que dicho reglamento contiene las directivas sobre responsabilidad del auditor frente a la sociedad, más "no interpreta ninguna limitación a la responsabilidad individual (...) frente a accionistas o terceros según los principios del derecho civil de los estados miembros". El proyecto de 1990 de dicho reglamento fue adoptado sin cambios.²¹

¹⁹ *Cfr.* también SONNENBERGER, "Rechtsangleichung als Aufgabe und Problem der Europäischen Gemeinschaft (dargestellt an Beispielen aus der Angleichung des Gesellschaftsrechts)" ZfRV 16 (1974), 244, 251; SONNENBERGER/COESTER, "Feststellung und Prüfung des Jahresabschlusses der Aktiengesellschaft im Gemeinsamen Markt". Propuesta de la Comisión de un quinto lineamiento para ajustar el derecho de la comunidad, AG, 1974, 177, 183; EBKE (Fn. 4), pp. 2-4. Otro tipo de crítica en Geisendörfer, "Die Entwicklung des Wirtschaftsprüferberufs im Hinblick auf den Europäischen Binnenmarkt 92", WPg, 1989, 667, 671; HARBERS, "Stellung und Aufgaben des Wirtschaftsprüfers in den Harmonisierungsrichtlinien der EG", WPg, 1978, 313, 316-317.

²⁰ *Cfr.* Propuesta Modificada para un Quinto Lineamiento de fecha 19.8.1983 ("Geänderter Vorschlag einer fünften Richtlinie - Strukturrichtlinie"), impreso en Lutter, "Europäisches Gesellschaftsrecht", 2. Aufl. 1984, pp. 145-158.

²¹ *Cfr.* artículo 62 en relación con el artículo 19 de la segunda reforma al Proyecto para un Quinto Lineamiento del Consejo según el artículo 54 del Tratado acerca de la estructura de la sociedad anónima, así como de las facultades y obligaciones de sus órganos, KOM (90), 692 final, ABIEG núm. C7 de 11.1.1991, p. 4.

El segundo proyecto modificado del Estatuto para la Sociedad Anónima Europea de agosto de 1989,²² así como el proyecto modificado de Estatuto para la *Societas Europaea* de mayo de 1991,²³ tampoco contienen disposiciones relativas a la responsabilidad del contador público. Conforme al artículo 7, párrafo 1, inciso a) del proyecto de estatuto de mayo de 1991, las cuestiones que no estén expresamente previstas por el decreto se interpretarán conforme a los principios generales de derecho sobre los que se funda el mismo.²⁴ En caso de que los principios generales no den la solución, se resolverá la cuestión de acuerdo a lo establecido en las normas para sociedades anónimas en vigor en el domicilio de la *Societas Europaea*.²⁵ Al interpretar correctamente el alcance del decreto sobre responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada, se entiende que se deja sin efecto la aplicación de la ley del domicilio de la *Societas Europaea* en lo relativo a la responsabilidad del auditor por falta de principios generales de derecho.²⁶ Sin embargo, falta aclarar cuál es el derecho aplicable en relación con la responsabilidad del contador público frente a terceros. Lo que falta aclarar en relación con las disposiciones que regulan la responsabilidad del contador público frente a terceros son las normas prioritarias de colisión de la *lex fori*. Además, para la elección, deben tomarse en cuenta sobre todo la Ley de Sociedades Mercan-

²² Segundo proyecto modificado para un ordenamiento sobre el Estatuto que regule la Sociedad Anónima Europea de 25.8.1989, en Lutter, "Europäisches Unternehmensrecht", 3a. ed., 1991, pp. 561-588.

²³ Proyecto modificado para un ordenamiento (CEE) del consejo de 16.5.1991 sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, ABIEG núm. C 176/1 de 8.7.1991, pp. 1-68.

²⁴ Artículo 7, párrafo 1, inciso a) del segundo proyecto reformado del decreto sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, editado por Lutter (Fn. 22), p. 563.

²⁵ Artículo 7, párrafo 1, inciso b) del segundo proyecto reformado del decreto sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, editado por Lutter (Fn. 22).

²⁶ La propuesta para un lineamiento del consejo en relación con la responsabilidad en la prestación de servicios (ABIEG núm. C 12/8 de fecha 18.1.1991) no cambia la posición del derecho europeo. Con posterioridad a la versión actual del proyecto el patrimonio no forma parte de los bienes jurídicos protegidos. Por lo tanto, dicha directiva no guarda ninguna relación con la responsabilidad del contador público. Para una descripción más detallada de las directivas sobre prestación de servicios cfr. TAUPITZ, "Europarechtliche Rahmenbedingungen des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie", en: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), "Haftung der Dienstleistungsberufe. Natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung", 1993, p. 1.

tiles, la Ley de Contratos y el Estatuto sobre Responsabilidad Civil.²⁷ Tomando en cuenta los diferentes reglamentos existentes en los estados miembros sobre responsabilidad del auditor frente a terceros, subsiste el riesgo de que se generalice la búsqueda de la jurisdicción que más convenga ("forum shopping") en la CEE.

Hay que hacer notar que el derecho societario en la CEE pretende armonizar solamente las reglas sobre responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada. Toda cuestión distinta a la responsabilidad se deja al criterio de los estados miembros. El proyecto de directivas estructurales refleja el estado actual del derecho de los estados miembros. En caso de que dichas directivas estructurales entren en vigor en su versión actual, surgirían necesidades comerciales en Alemania: se tendrían que eliminar la restricción —que ha venido ampliándose— a la responsabilidad del auditor frente a la sociedad auditada (§ 323 párrafo 2, p. 1 HGB).

III. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTADOR PÚBLICO FRENTE A TERCEROS EN EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. Alemania

En Alemania no existe ninguna reglamentación sobre la responsabilidad del contador público frente a terceros; no se requiere autorización de las empresas asociadas (§ 323, párrafo 1, p. 3 HGB). Los terceros sin vínculo contractual acuden al derecho de la responsabilidad civil. Hoy en día se interpreta como fundamento válido de dicha responsabilidad civil el artículo 323 HGB.²⁸ Sin embargo, las restricciones a la responsabilidad conforme al artículo 323, párrafo 2, p. 1 HGB no se aplican a la responsabilidad civil.²⁹

En cuanto a los hechos generadores de responsabilidad civil que nos conciernen sólo el artículo 826 BGB alcanza un significado práctico.³⁰ El artículo 823, párrafo 1 BGB no considera al patrimonio como parte integrante de los bienes protegidos. La aplicación del artículo 823, párrafo 2 BGB no se adhiere a la regla que establece que las dispo-

²⁷ STAUDINGER-GROßFELD, "Internationales Gesellschaftsrecht", 12a. ed., 1981, Rz. 265, 266; MÜNCHKOMM-EBENROTH, "Kommentar zum BGB", vol. 7, 2a. ed., 1990, conforme al artículo 10 Rdnr., 347-348.

²⁸ Cfr. EBKE (Fn. 4), p. 43.

²⁹ EBKE (Fn. 4), pp. 37-43.

³⁰ EBKE/SHEEL (Fn. 1), p. 389.

siones penales protectoras del patrimonio³¹ requieren de una conducta dolosa por parte de dicho auditor. Existen disposiciones tales como el artículo 18 KWG o los artículos 2, 43 y 48 WPO que prescriben una obligación de indemnizar en caso de infracción negligente, para la cual, sin embargo, la administración de justicia no tiene todavía disposiciones protectoras adecuadas. No ha sido posible establecer un lineamiento en la teoría de las obligaciones que proteja el patrimonio con base en la responsabilidad del contador público.³² Finalmente entra en acción el artículo 826 BGB: en caso de "dolo" y "mala fe" los tribunales salen al encuentro de terceros que pretenden obtener indemnización utilizando el artículo 826 BGB como fundamento: para los tribunales basta con que se cumpla con el requisito de la mala fe para considerar que el contador público ha obrado imprudentemente o sin escrúpulos.³³ El contador público sabe que hay terceros que confían en su dictamen para efectuar una compra con la salvaguarda de no sufrir ningún menoscabo, ya que de lo contrario se cumpliría con el requisito de dolo.³⁴

La estrechez de las disposiciones de responsabilidad civil provoca que varios autores caigan en el error y piensen que se trata de una cuestión de política jurídica. Dichos autores utilizan el derecho contractual para crear una figura en torno a la responsabilidad y llegar así a una responsabilidad por daños patrimoniales causados por negligencia.³⁵ También se ha sostenido que no pueden aplicarse ni los principios generales de responsabilidad civil a la teoría de los contratos ni la responsabilidad especial del derecho privado con base en el artículo 141, párrafo 1, p. 3 AktG 1937 y su precursor.³⁶ A partir de la reforma a las disposiciones accionarias de 1937 ha surgido una nueva

³¹ GRAFE/LENZEN/RAINER, "Steuerberaterhaftung", 2a. ed., 1988, Rz. 486 bis 511.

³² Cfr. también HUBER, "Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens", FS für v. Caemmerer, 1978, p. 359; VON BAR, "Verkehrssicherungspflichten, Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht", 1980; MÜNCHKOMM-MERTENS, "Kommentar zum BGB", 2a. ed., 1986, Bd. 3/2. Halbb., § 823 BGB Rdnr. 475 ff.

³³ BGHZ 10, 228, 233; BGH MDR, 1957, 29, 39; BGH NJW, 1986, 180, 181; BGH WM, 1987, 257, 258.

³⁴ BGH MDR, 1957, 29, 30; LANG, "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer und anderer Sachverständiger", WM, 1988, 1001, 1003 m.w.N. Sobre disposiciones en materia de seguros cfr. EBKE/SCHEEL (Fn. 4), p. 42.

³⁵ El desarrollo de la responsabilidad del contador público está explicado detalladamente por EBKE (Fn. 4), pp. 57-60. Comparar con EBKE/SCHEEL (Fn. 1), pp. 390-394; LANG, "Zur Dritthaftung der Wirtschaftsprüfer", WPg, 1989, 57.

³⁶ EBKE (Fn. 4), p. 57.

corriente que pretende generar derechos más amplios a favor de terceros con base en tales disposiciones accionarias, las de responsabilidad civil y la teoría de los contratos.³⁷ Hoy en día se sostiene a menudo que al artículo 323 HGB no se opone a la ampliación de la responsabilidad del contador público frente a terceros conforme a los principios generales del derecho contractual o teorías conexas.³⁸ Esta doctrina se contrapone al artículo 323 HGB que establece que la responsabilidad del auditor debería limitarse al ámbito personal conforme al derecho accionario. Dicha doctrina se opone al espíritu de los artículos 823, 826 BGB, según los cuales los derechos patrimoniales de terceros sólo gozan de una protección limitada con base en la responsabilidad civil.³⁹

Por lo tanto, los auditores no responden frente a terceros por daños patrimoniales causados con negligencia conforme a principios contractuales o similares. Dichos auditores están obligados en el ámbito personal al pago de indemnización por los daños ocasionados conforme a los artículos 823, párrafo 2 y 286 BGB. No se han aceptado las propuestas de reforma para la expansión de la responsabilidad causada por negligencia. Desde el punto de vista del derecho comparado se recomienda no ir más allá del *status quo*. Los ordenamientos jurídicos tales como los de los Estados Unidos e Inglaterra han hecho valer por muchos años una responsabilidad amplia en caso de negligencia del contador público frente a terceros, mas buscan en este momento criterios lógicos que limiten dicha responsabilidad. Lo anterior es más claro en el derecho inglés.

2. Inglaterra

No existe en el derecho inglés un ordenamiento jurídico que de manera expresa regule la responsabilidad del contador público.⁴⁰ La solución se encuentra en el "Common Law" ("derecho consuetudinario"). Mientras que el derecho alemán se ayuda en parte de los principios contractuales para llegar a la responsabilidad civil, en el derecho

³⁷ En relación con las normas precursoras del artículo 323 HGB cfr. EBKE (Fn. 4), 40-43.

³⁸ Cfr. pies de página [Fn.] 17 y 18.

³⁹ Sobre responsabilidad profesional cfr. HOPT, "Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich. Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung", AcP 183 (1983), 608.

⁴⁰ Cfr. EHRLE (Fn. 2); QUICK/NIEMANN (Fn. 2).

inglés dicha problemática se resuelve con la responsabilidad civil del derecho consuetudinario ("torts"). Existen dos principios en el derecho inglés que son la doctrina de la causa o motivo ("consideration")⁴¹ y la doctrina de la obligatoriedad contractual ("privity of contract"),⁴² los cuales impiden que dicha obligación se extienda más allá de las partes contratantes. De ahí que, por ejemplo, el contrato en favor de terceros no se reconozca hoy en día en el derecho inglés de los contratos.⁴³ De manera conjunta, las dos reglas mencionadas excluyen derechos contractuales o semejantes de terceros contra el contador público al auditar a una sociedad, y remiten exclusivamente la responsabilidad del mismo frente a terceros al derecho de la responsabilidad civil. En Inglaterra se maneja el deber de información como parte integrante de la responsabilidad por negligencia ("negligence").⁴⁴

a) Principios generales de la responsabilidad causada por negligencia

La "negligencia" se reconoció por primera vez en 1932 en el fallo de la Cámara de los Lores en *Donoghue v. Stevenson*.⁴⁵ El caso *Donoghue* coloca la primera piedra en materia de responsabilidad civil por negligencia en el derecho inglés. La fórmula de la previsibilidad (conocida en inglés como "foreseeability") del hecho que genera el daño tiene su origen en dicho fallo. En primer lugar se recurrió a la "previsibilidad" sólo para determinar el alcance de la referida responsabilidad, y posteriormente como fundamento de la responsabilidad misma. Por mucho tiempo⁴⁶ fue imposible recuperar daños patrimo-

⁴¹ Cfr. TREITEL, "The Law of Contracts", 7a. ed., 1987, p. 52 ff.

⁴² Sobre los problemas de la responsabilidad civil cfr. MARKESINIS, "Doctrinal Clarity in Tort Litigation: A Comparative Lawyer's Viewpoint", 25 *International Lawyer* 953 (1991); *idem*, "Expanding Tort Law: Price of a Rigid Contract Law", *L.Q.R.*, 1987, 354; *Law Commission*, "Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties, Consultative Paper No 121", 1991.

⁴³ TREITEL (Fn. 41), p. 56.

⁴⁴ Pueden también sostenerse hechos generadores de responsabilidad con base en "declaraciones negligentes" ("negligent misrepresentation") en los casos de responsabilidad del contador público por "engaño" ("action of deceit") y por el delito de "fraude"; cfr. la decisión del Estado de California en *Bily v. Arthur Young* (Fn. 6).

⁴⁵ *Donoghue v. Stevenson* [1932], A.C. 562 (H.L.). Compárese con DIAS/MARKESINIS, "Tort Law", 2a. ed., 1989, pp. 62-64.

⁴⁶ Desde la decisión del caso *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337 hasta el caso *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partner* [1964], A.C. 465. Compárese con DIAS/MARKESINIS (Fn. 45), p. 253 f.

niales con base en la responsabilidad civil por negligencia siguiendo *Donoghue* y no podía obtenerse ninguna indemnización. Esta posibilidad apareció por primera vez en 1963 con la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partner*.⁴⁷ Cabe hacer mención al voto discrepante del Ministro *Dennning* en el caso *Candler v. Crane, Christmas & Co.* de 1951.⁴⁸

b) Ampliación de la responsabilidad general por causa de negligencia

La responsabilidad por negligencia sufrió un cambio en los años setenta con las decisiones de los casos *Dutton*⁴⁹ y *Anns*.⁵⁰ Ambos casos se basan en hechos similares. Existe un pleito entre el dueño de una casa y la autoridad laboral del municipio. La parte actora sostuvo que la autoridad había causado daños a su casa por falta de cuidado en los planos y permisos de construcción, y solicitó indemnización por costos de reparación, o una compensación por pérdida de valor de la misma. Dichas acciones resultaron exitosas. Los casos *Dutton* y *Anns* han sido también de gran significado para la responsabilidad del contador público debido a la repercusión de la acción de negligencia. *Lord Wilberforce* en su considerando en el caso *Anns* plantea un "Examen de Dos Fases" ("Two-tier-test") para determinar la responsabilidad por negligencia. En la primera fase es necesario averiguar si existe una "relación suficientemente cercana" ("sufficient relationship of proximity"). Al plantearse una relación suficientemente cercana entre el que sufre el daño y quien lo ocasiona, responderá en principio la parte que lo ocasiona. Cualquier limitación a dicha responsabilidad se genera a partir de una consideración de tipo político ("policy"), que resulta en una consideración jurídico-política, y de la cual el juez se ocupará en la segunda fase del referido examen. Los elementos que se toman en cuenta para realizar dicha valoración dependen de las circunstancias del caso particular y no son objeto de sistematización.

⁴⁷ *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partner* [1964], A.C. 465.

⁴⁸ *Candler v. Crane, Christmas & Co.* [1951], K.B. 164, 170. Cfr. además EBKE (Fn. 4), pp. 167-168 m.w.N.

⁴⁹ *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council* [1972], 1 All E.R. 908 (C.A.).

⁵⁰ *Anns v. Merton London Borough* [1977], All E.R. 492 (H.L.).

1. *JEB Fasteners v. Marks, Bloom & Co.*

Vale la pena analizar el fallo en el caso *JEB Fasteners v. Marks, Bloom & Co.*⁵¹ El caso es útil para entender cómo se transfiere la teoría de las dos fases a la responsabilidad profesional del contador público. El señor Ministro Woolf descuida casi completamente el criterio de "cercanía" ("proximity") en su fallo y analiza, en su lugar, la carga pesada que es la previsibilidad del daño. Los auditores han hecho una valoración errónea del inventario de su mandante en los estados financieros de dicho ejercicio. Los auditores bien sabían que su mandante estaba en busca de inversionistas. La actora participó en la sociedad auditada y se fió en los estados financieros de la empresa que se habían dado a conocer al público inversionista. Al aplicar las reglas sobre responsabilidad del caso *Anns*, el Ministro Woolf consideró que ya no era necesario probar la existencia de una "relación especial" ("special relationship") entre los auditores y la parte actora. Woolf sólo sostuvo que la sociedad auditadora puede prever que el resultado del ejercicio sería de gran importancia para las decisiones de los inversionistas. Por lo que toca a las restricciones de la responsabilidad, Woolf examinó únicamente argumentos de la segunda fase para resolver si la parte actora había confiado en el dictamen de manera "razonable y honrada" ("reasonable reliance").⁵²

2. *Twomax Ltd. v. Dickson, McFarlane & Robinson*

Dentro de la misma línea está el fallo escocés de *Twomax Ltd. v. Dickson, McFarlane & Robinson*.⁵³ El despacho de auditores demandado en este caso no conocía concretamente que la sociedad auditada estuviera en busca de inversionistas. Sin embargo, los inversionistas se abren paso haciendo valer su derecho de indemnización por los daños ocasionados; dicha acción se basaba en los estados financieros objeto de la litis, que resultaron fraudulentos. El deber de cuidado del auditor frente a inversionistas potenciales se basó en que los auditores

⁵¹ *JEB Fasteners Ltd. v. Marks, Bloom & Co.* [1981] 3 All E.R. 289; fallo ratificado por la Corte de Apelación en [1983] 1 All E.R. 583.

⁵² La decisión niega, sin embargo, la existencia de responsabilidad por parte del contador público ya que, en opinión del juez, la parte actora habría efectuado dicha inversión en caso de que se hubieran elaborado dichos estados financieros de manera correcta.

⁵³ *Twomax Ltd. v. Dickson, McFarlane & Robinson* [1983], S.L.T. 98; ratificado en [1984] S.L.T. 424.

deberían haber sabido, por circunstancias conocidas, que la sociedad necesitaba mayores capitales. También les era bien sabido que generalmente los inversionistas potenciales tienen a su disposición los estados financieros al terminar el ejercicio y, que con base en ellos, se encuentran obligados frente a terceros.⁵⁴

c) *El cambio de tendencia*

La Cámara de los Lores se aparta del fallo *Anns* de manera expresa en el caso de *Murphy v. Brentwood*.⁵⁵ En raros casos se han apartado la Cámara de los Lores de alguno de sus fallos.⁵⁶ Lo anterior pone de relieve el significado de *Murphy v. Brentwood*.⁵⁷ En dicho caso se tomó en cuenta la creciente crítica que durante los años ochenta sufrió la Teoría de las Dos Fases.⁵⁸ Los hechos de los casos *Dutton*⁵⁹ y *Anns*⁶⁰ son similares. Sin embargo, la Cámara de los Lores rechaza la Teoría de las Dos Fases y falla a favor de la empresa constructora. Los fallos en los casos *Murphy* y *Caparo* han causado que el caso *Anns* esté ya pasado de moda en lo relativo a la responsabilidad del contador público.⁶¹ Se ha señalado que los antiguos fallos eviden-

⁵⁴ Otros casos sobre el deber de información son *Ross v. Caunters* [1979], 3 All E.R. 589 (responsabilidad de un abogado frente a la sucesión por un testamento erróneo) y *Yianni v. Edwin Evans & Sons* [1981], 3 All E.R. 592 (un perito experto en inmuebles que elaboró para una institución bancaria de construcción un dictamen con errores se considera responsable frente a un acreedor hipotecario).

⁵⁵ *Murphy v. Brentwood District Council* [1990], 2 All E.R. 908. Comparar además con *O'Dair, Hurphy v. Brentwood District Council: "A House with Firm Foundations?"*, 54 M.L.R. 561 (1991); WALLACE, "Anns Beyond Repair", 107 L.Q.R. 228 (1991).

⁵⁶ Hasta 1966 el "Common Law" extendió el deber de indemnización a la Cámara de los Lores. La declaración ("Practice Statement" o "Judicial Precedent") sirve de fundamento para la revisión ("overruling"), la cual deja sin efecto el deber que existe.

⁵⁷ Con más detalle *cfr.* VON BAR (Fn. 2), pp. 413, 422-425.

⁵⁸ En lo referente a los críticos de la Cámara de los Lores se distingue *Lord Keith. Cfr., e.g.*, el fundamento de su fallo en *Rowling v. Takaor Properties Ltd.* [1988], 1 All E.R. 163, 172; compárese también MARKESINIS/DEAKIN, "The Random Element of their Lordships Infallible Judgement: An Economic and Comparative Analysis of the Tort of Negligence from *Anns* to *Murphy*", 55 M.L.R. 620 (1992) m.w.N. *Cfr.* WALLACE, "Negligence and Defective Buildings, Confusion Confounded?", 105 L.Q.R. 46 (1989).

⁵⁹ *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council* [1972], 1 All E.R. 908.

⁶⁰ *Anns v. Merton London Borough* [1977], All E.R. 492 (H.L.).

⁶¹ Se anulan expresamente *Anns* y todos los casos que plantearon el mismo razonamiento. *Cfr.* *Lord MacKay LC* [1990], 2 All E.R. 908, 912.

temente se encontraban fuera de contexto como una "pequeña filtración que contenía un examen de previsibilidad que, como ahora puede verse, había sido interpretado de manera equivocada".⁶²

d) El fallo del caso *Caparo*

Los fallos en los casos *Murphy v. Brentwood*⁶³ y *Caparo v. Dickman*⁶⁴ no surgieron de la nada ni de manera repentina. Ya se hacía sentir la "nueva tendencia conservadora"⁶⁵ en la administración de justicia con respecto a la responsabilidad por negligencia en los casos *Yuen Kum Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*,⁶⁶ así como un fallo del Consejo Estatal "Privy Council"⁶⁷ y en el caso de *Clarke v. Bruce Lane & Co.*⁶⁸ En *Yuen Kum Yeu* el Consejo Estatal criticó con lenguaje muy claro la Teoría de las Dos Fases de Lord Wilberforce y se volvió a concentrar en el criterio de la "relación suficientemente cercana y directa".⁶⁹ *Caparo*⁷⁰ sustituyó el Examen de las Dos Fases del caso *Anns* por la responsabilidad del contador público. La decisión *Caparo* se publicó antes del caso *Murphy*. Los jueces ya no tenían que seguir lo establecido en el caso *Anns*. Así fue como el fallo

⁶² "[B]rief flirtation with a test of mere foreseeability which now is seen to have been clearly misguided". BAKER, "Tort", 5a. ed. 1991, p. 94.

⁶³ *Murphy v. Brentwood District Council* [1990], 2 All E.R. 908.

⁶⁴ *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990], 1 All E.R. 568.

⁶⁵ Cfr. VON BAR (Fn. 2), p. 425.

⁶⁶ *Yuen Kum Yeu and Others v. Attorney-General of Hong Kong* [1988], A.C. 175 (sobre la responsabilidad de un organismo frente a inversionistas al afectar dichos inversionistas las obligaciones de inspección y auditoría frente a una institución bancaria de depósito ["deposit-taking company"]).

⁶⁷ Los jueces de la Cámara de los Lores dictan sus fallos en última instancia formando el "Privy Council" para algunos países de la Comunidad Británica de Naciones ("Commonwealth"), en este caso para la colonia establecida en Hong Kong. Esta sentencia no participa formalmente en la teoría inglesa de las consecuencias causadas por perjuicio. En lo referente a la igualdad personal es de gran significado el criterio del colegio de jueces ("persuasive authority"). Cfr. al respecto *Halsbury's Laws of England*, 4a. ed., Stand, 1992, tomo 10, §§ 767-771.

⁶⁸ *Clarke v. Bruce Lane & Co.* [1988] 1 All E.R. 364 (sobre la responsabilidad de un abogado frente a la sucesión por redactar equivocadamente un testamento).

⁶⁹ "Sufficiently close and direct relationship". Los fallos anteriormente mencionados, junto con *Peabody Donation Funds v. Parkinson & Co.* [1984], 3 W.L.R. 953 y *Leigh & Silvan v. Aliakmon Shipping Co.* [1986] Q.B. 350, se consideran limitaciones de la doctrina *Anns*.

⁷⁰ *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990], 1 All E.R. 568.

en el caso *Caparo* anticipó los argumentos discutidos en el caso *Murphy*. La sentencia en el caso *Caparo* puede considerarse a partir de entonces, por lo que toca a la responsabilidad del contador público, como un antecedente del caso *Murphy*.

La actora en el caso *Caparo* detenta acciones de Fidelity plc, una de las más importantes empresas cotizadas en la Bolsa de Londres. Sin embargo, al fin del ejercicio fiscal Fidelity refleja, al 31 de marzo de 1984, una ganancia muy por debajo de los pronósticos que se habían publicado. Después de esto, el curso accionario bajó de manera notable. La actora había adquirido acciones de Fidelity plc con posterioridad a la publicación de los estados financieros y en el transcurso del año hizo un ofrecimiento para adquirir la parte restante de Fidelity plc. Después de la exitosa adquisición, la sociedad adquirente reclamó que el despacho de auditores de Touch Ross había dictaminado con falsedad los estados financieros de la referida sociedad. En vez de obtener la ganancia de 1.2 millones de libras esterlinas netas después de impuestos reflejada en los mismos, resultó una pérdida de 400,000 libras. Debía decidirse como cuestión preliminar ("preliminary question")⁷¹ si existía un deber de cuidado de los auditores para con la actora. Los jueces se opusieron a la aplicación de la Teoría de las Dos Fases del caso *Anns*⁷² y se concentraron en el deber de cuidado para resolver si de la regla de derecho corporativo sobre auditorías se podía reducir que el contador público se encuentra obligado frente a los accionistas con base en los estatutos sociales de la empresa

⁷¹ En este tipo de procedimientos se decide primero una interrogante jurídica o de facto. No es sino hasta que dicha interrogante se decide a favor de la actora que se lleva el caso al juez de primera instancia ("trial judge") como parte principal del proceso. En el asunto de *Caparo* se manejó la cuestión relativa al deber de cuidado que los auditores deben a la parte actora como una cuestión preliminar ("preliminary question"). La demandada actuó con negligencia y el juez de conocimiento se preguntó si dicha demandada debería indemnizar por el daño causado. Se negó la existencia de un deber de cuidado y así dejó de formar parte del procedimiento principal. Cfr. acerca de dicho procedimiento *Halsbury's Laws of England*, 4a. ed., 1992, tomo 37, §484.

⁷² Cfr. el fundamento de *Lord Bridge* para dicho fallo [1990], 1 All E.R. 568, 573-575 y de *Lord Roskill* [1990], 1 All E.R. 568, 581 ("no simple fórmula or touchstone").

("statutory duty").⁷³ El Tribunal de Apelación⁷⁴ resolvió que el auditor tenía un deber de cuidado para con cada accionista ("actual shareholder"), y no frente a todo inversionista potencial observando la calidad de la parte actora, primero como accionista de Fidelity, y segundo como inversionista potencial ("actual" o "potential shareholders"). Esta opinión nos lleva a pensar que una sociedad adquirente que cuenta ya con los estados financieros auditados de la empresa a adquirir ("sociedad objetivo") se encuentra en una mejor posición frente a las disposiciones de responsabilidad civil que una sociedad adquirente que todavía no ha mostrado interés alguno por dicha sociedad objetivo.

La Cámara de los Lores rechazó este privilegio de los accionistas frente a inversionistas potenciales. Por un lado, la Corte de Apelación establece que no todo inversionista potencial se encuentra facultado para reclamar el pago de indemnización debido a que el auditor no tiene para con ellos ningún deber de cuidado: "El auditor de las cuentas de una sociedad cotizada en bolsa no tiene ningún deber de cuidado frente a los miembros del público en general que confiaron en dichas cuentas para comprar acciones de la misma".⁷⁵ Por el otro lado, la Cámara de los Lores rechazó el criterio de la Corte de Apelación que establece que la parte adquirente está facultada para reclamar el pago de indemnización: "En su calidad de adquirente de acciones adicionales con base en el reporte del auditor, no se encuentra en una situación distinta de la de los demás miembros del público inversionista frente a los cuales el auditor no se encuentra obligado".⁷⁶ La Cámara de los Lores basa su opinión en que las sociedades auditadas

⁷³ En especial *cfr. Lord Roskill* [1990], 1 All E.R. 568, 583-584. Por supuesto que sorprende uno de los argumentos de la Cámara de los Lores. El tribunal se equivoca al declarar que "no existía razón para sostener que al expedir disposiciones estatutarias el parlamento se basó en disposiciones que regulan la información requerida para la adquisición de acciones". Este es el motivo del legislador, como lo demuestra *Mills*, "The Caparo Case: A Victorian View, Accountancy", septiembre de 1991, 25; para mayor detalle *cfr. Ehrle* (Fn. 2), pp. 164-165.

⁷⁴ [1989] 1 All E.R. 798, opinión contraria de *Bingham, Taylor LJ, O'Connor LJ*. El fallo de la Corte Superior ("High Court") *cfr. [1988] BCLC 387*, de *Sir Neil Lawson*.

⁷⁵ "The auditor of a public company's accounts owed no duty of care to a member of the public at large who relied on the accounts to buy shares in the company". [1990] 1 All E.R. 568, 569.

⁷⁶ "As a purchaser of additional shares in reliance on the auditor's report, he stands in no different position from any other investing member of the public to whom the auditor owes no duty". *Lord Bridge* [1990], 1 All E.R. 568, 581.

al término del ejercicio fiscal no tienen como función servir como fundamento para la toma de decisiones por parte de los inversionistas. El juzgado analiza posteriormente la responsabilidad ilimitada del contador público, la cual tendría por consecuencia conceder un derecho de indemnización al titular de dicha participación.

Así se definen los parámetros: el auditor no es responsable frente a los inversionistas potenciales ni frente a los accionistas, sino sólo para con la sociedad auditada. Lo anterior se plasmó en el artículo 323 HGB a raíz del fallo de la Suprema Autoridad Judicial en Inglaterra por lo que toca al titular del derecho. La Teoría de las Dos Fases del caso *Anns* ya no es el criterio dominante en lo relativo a la previsibilidad del daño, que es la base de la responsabilidad del contador público frente a accionistas e inversionistas. Con el fallo *Caparo*, la Cámara de los Lores ha impedido definir la responsabilidad por daños a terceros causados con negligencia, utilizando la regla del caso *Anns* en relación con la Teoría de las Dos Fases. En apoyo a lo anterior, la Cámara de los Lores cita una declaración idéntica del señor Ministro *Brennan* en una decisión del Tribunal Superior de Australia y da a entender que los tribunales deberían desarrollar criterios relativos a la responsabilidad del auditor caso por caso.⁷⁷ Siguiendo el caso *Caparo*, el contador público resulta responsable frente a terceros con base en circunstancias determinantes de la responsabilidad.

El fallo del caso *Smith v. Bush*⁷⁸ también puede invocarse siguiendo el caso *Caparo*. En dicho caso se condenó a un perito valuador de inmuebles a indemnizar a un comprador por no elaborar correctamente su dictamen. El referido perito sabía que había adquirentes potenciales del inmueble que recibirían su dictamen y que se basarían en el mismo para tomar una decisión. En caso de que un inversionista demostrara encontrarse en circunstancias similares, no podría descartarse el derecho a indemnización conforme a *Caparo*.⁷⁹ Existen casos

⁷⁷ *BRENNAN J.*, en *Sutherland Shire Council v. Heyman*, Tribunal Superior de Australia (1985), 60 ALR 1, 43; citado por *Lord Bridge* en el fallo del caso *Caparo* [1990], 1 All E.R. 570.

⁷⁸ *Smith v. Eric S. Bush, Harris and Another v. Wye Forest District Council and Another* [1989], 2 W.L.R. 790. *Cfr.* también el fundamento de *Lord Bridge* [1990], 1 All E.R. 568, 577-579 y el de *Lord Roskill* [1990], 1 All E.R. 568, 589-593.

⁷⁹ *Smith v. Bush* [1989], 2 W.L.R. 790, resulta interesante desde otro punto de vista. El perito había utilizado en su contrato una cláusula que lo liberaba de toda obligación. Sin embargo, el tribunal lo aclaró con base en la Ley sobre Terminología Nula en los Contratos ("Unfair Contract Terms Act") del año de 1977. En

basados en *Smith v. Bush* en los que pudo hacerse valer un deber de cuidado ("duty of care") del contador público frente a terceros.⁸⁰ La responsabilidad afectó en primer lugar a los casos de auditoría voluntaria, en que se harían llegar a terceros los estados financieros auditados para su uso en transacciones particulares.⁸¹ del caso *Caparo*.⁸²

e) Fallos dictados con base en *Caparo*

Cabe mencionar dos fallos más relativos a la responsabilidad del contador público, los cuales concretizan la nueva sentencia de fondo

1) *James McNaughton Papers Group Ltd. v. Hicks Anderson & Co.*⁸³

La cuestión principal en el fallo en *McNaughton* fue la adquisición pacífica de una empresa. Durante la negociación de dicha adquisición los auditores de la sociedad objetivo pusieron a disposición de los compradores los estados financieros provisionales de la empresa. De conformidad con la constatación hecha por el juzgado dicho balance se realizó de manera incorrecta. La demandada había actuado con negligencia. El comprador reclamó que se le indemnizara por el daño ocasionado por dicha valoración errónea. La Corte Superior inglesa ("High Court") dio curso a la demanda por indemnización del daño en la primera instancia de conformidad con el caso *Caparo*. Mientras *McNaughton* se ventilaba en el tribunal de alzada, la Cámara de los Lores dictó la sentencia definitiva en el caso *Caparo*. La Corte de Apelación falló a favor del auditor con base en *Caparo*.

adelante se vigilaron las reglas sobre las limitaciones a la liberación de responsabilidad de los peritos.

⁸⁰ El litigio en el caso *Caparo* continúa conforme a la sentencia de la Cámara de los Lores con un nuevo planteamiento. Ahora la sociedad adquirente demanda a Fidelity, y la sociedad inspeccionada demanda a Touch Ross. En caso de llegar a un acuerdo extrajudicial surgirá una oportunidad en proporción a la precisión con que sean descritas las obligaciones del contador público. Cfr., "Touch Ross Faces New Writ", "Accountancy", mayo de 1991, p. 10.

⁸¹ EBKE, Auditors' Liability to Third Parties: Adventures in Comparative Law", 1989-1990, *Obiter* 9, 19-44.

⁸² Cfr. PERCIVAL, "After Caparo - Liability in Business Transactions Revisited", 54 M.L.R. 739 (1991). Cfr. también *Al-Nakib Investments (Jersey) Ltd. v. Longcroft* [1990], 3 All E.R. 321.

⁸³ *James McNaughton Papers Group Ltd. v. Hicks Anderson & Co.* [1990], 1 All E.R. 134 (C.A.).

2) *Morgan Crucible Co. plc v. Hill Samuel Bank Ltd.*⁸⁴

La parte actora en este procedimiento fue uno de los postores para una adquisición violenta ("hostile takeover") que resultó en la adquisición definitiva de la sociedad objetivo. Durante el proceso de adquisición la administración de la empresa objetivo se defendió contra la escandalosa adquisición publicando los pronósticos de ganancias. La administración de la empresa preparó dicha publicación junto con un banco y la sociedad auditora demandada.⁸⁵ Una vez publicados los referidos pronósticos, la parte actora subió su oferta para la adquisición de las demás acciones de la sociedad objetivo. La administración de la sociedad objetivo recomendó a sus asociados que aceptaran la oferta y así fue como se efectuó la adquisición de la sociedad. La actora, Morgan Crucible, alegó que durante el proceso de adquisición se utilizaron documentos falsos de la sociedad objetivo y de los auditores, lo cual le ocasionó un daño. La corte de apelación dictó una sentencia interlocutoria ("preliminary ruling")⁸⁶ que concedía un derecho a la actora en caso de que ésta pudiera probar que la sociedad demandada de auditores no había actuado con el cuidado necesario. Sin embargo, lo anterior no volvió a invocarse debido a que las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial.⁸⁷ Conforme a la opinión del juez lo anterior es deplorable, y de ahí que todavía quede por resolverse cuáles son los requisitos que el auditor debe llenar para responder frente a un adquirente hostil que ha decidido invertir con base en los referidos pronósticos de ganancias.⁸⁸

La diferencia esencial entre *Caparo* y *Morgan Crucible* consiste en la previsibilidad de todo aquel que confía en el análisis realizado

⁸⁴ *Morgan Crucible Co. plc v. Hill Samuel Bank Ltd.* [1991], 1 All E.R. 148 (C.A.); Vorinstanz [1990], 3 All E.R. 330 dictado por el Ministro Hoffman.

⁸⁵ Además, el "City Code" relativo a Adquisiciones y Fusiones de empresas crea una obligación para la administración de la sociedad objetivo; compárese con PERCIVAL (Fn. 82), p. 740. Es cuestionable si de las disposiciones del "City Code" resultan ciertos deberes frente a los postores o únicamente frente a accionistas de la sociedad objetivo. Cfr. además al Ministro Hoffman en *Morgan Crucible v. Hill Samuel* [1990], 3 All E.R. 330, 336.

⁸⁶ Sobre este procedimiento cfr. Fn. 71.

⁸⁷ PERCIVAL (Fn. 82), p. 742.

⁸⁸ Teniendo en cuenta los riesgos que se acarrearán con un procedimiento judicial hasta la sentencia definitiva, surge cada vez más frecuentemente la negociación y los convenios extrajudiciales. Ello impide la evolución de un sistema de derecho casuístico. Compárese con DARNILL, "Should Auditors Fight Legal Cases?", *Accountancy*, May 191, p. 20.

por el auditor. En *Caparo* se presentan los estados financieros auditados antes de que se tome la decisión para invertir. De manera contraria, los fundamentos que se usaron para confirmar el fallo en *Morgan Crucible* se dividieron al principio, justo en el momento en que Morgan Crucible estaba listo para participar como postor: "Así que se realizaron con la clara intención de realizar dicha oferta".⁸⁹ El juzgado de primera instancia no aceptó el deber de cuidado con base en *Caparo* ya que quería evitar que se ampliara la responsabilidad.⁹⁰ La corte de apelación se opone no dejando valer dicho argumento de carácter económico: "No dejaremos sin efecto un caso discutible que no pueda analizarse con base en motivos económicos".⁹¹

f) La discusión de reforma conforme al caso *Caparo*

La sentencia definitiva de la Cámara de los Loes en el caso *Caparo*⁹² dió más elementos en Gran Bretaña para discutir los requisitos y función de la auditoría. Para el auditor, dicho fallo representa una disminución del riesgo de incurrir en responsabilidad,⁹³ aunque acarrea consigo nuevos problemas. El auditor enfrenta dicho fallo de diversas maneras.⁹⁴ En caso de que, en el mundo de los negocios, se extendiera la idea de que el auditor no es responsable frente a terceros o que sólo lo es en casos determinados, podría esto resultar, desde un punto de vista profesional, perjudicial a largo plazo creando derechos de responsabilidad civil incalculables y exagerados. La reputación profe-

⁸⁹ "They were therefore clearly made with that identified bidder in mind". *Slade* L.J. [1991], 1 All E.R. 148, 154.

⁹⁰ [1990] 3 All E.R. 330-335.

⁹¹ "We would not think it right by reference to economic considerations to dismiss as unarguable an otherwise arguable case". *Slade* L.J. [1991], 1 All E.R. 148, 161.

⁹² *Caparo Industries plc v. Dickman and others* [1990], 1 All E.R. 568.

⁹³ La Secretaría de Industria y Comercio había encargado en 1988 un informe relativo a la responsabilidad profesional, en particular la del auditor. El reporte presentado en 1989 por *Lieikerman (Department of Trade and Industry, "Professional Liability: Report of the Study Teams", HMSO 1989)* analiza la situación presente de la responsabilidad del auditor (pp. 21-27), acepta particularmente la disponibilidad y el costo del seguro de responsabilidad profesional (pp. 30-34), y propone diferentes medidas para mejorar la situación relativa a la responsabilidad del auditor (pp. 39-40). Por supuesto, estas propuestas no pudieron imponerse hasta la fecha: "Government Rejects Proposals", *Accountancy*, diciembre de 1990, p. 8.

⁹⁴ *Caparo*: "The Cloud Behind the Silver Lining", *Accountancy*, marzo de 1990, p. 1; "Call for *Caparo* to be Reversed", *Accountancy*, abril de 1992, p. 9.

sional del contador público no depende de la intención que éste tenga en responder por la prestación de sus servicios.

La anterior confusión ha generado que se recurra a la "defensa propia". Cabe resaltar el caso específico de los inversionistas institucionales y procuradores de crédito que tratan de protegerse mediante la celebración de contratos con los contadores ("privity letters", en lo sucesivo "cartas contrato").⁹⁵ Los inversionistas permiten que se determine en el texto de estas cartas contrato quién es el auditor, así como una cláusula en que se especifique que se puede confiar en la auditoría realizada por el contador.⁹⁶ No ha sido satisfactorio el aumento de las cartas contrato. De ahí que desde un punto de vista profesional hayan aumentado las peticiones porque se extienda el deber de cuidado del auditor más allá del ámbito personal, tal y como se establece en el caso *Caparo*, así como elaborar lineamientos generales que describan el contenido de dichas obligaciones y, en su caso, de las disposiciones legales conducentes. Se ha aceptado que el deber de cuidado sólo debería ampliarse para contrarrestar mayores limitaciones a dicha responsabilidad.⁹⁷ La opinión de los profesionistas respecto de la nueva interpretación de *Caparo* se plasma en un artículo de noviembre de 1992 intitulado "El Desarrollo de la Auditoría en el Futuro" publicado por el Consejo de Prácticas en materia de Audi-

⁹⁵ "Banks Insist Auditors Take Wider Duty of Care", agosto de 1990, p. 9; "Banks Go for Duty of Care", *Accountancy*, agosto de 1990, p. 9.

⁹⁶ PERCIVAL (Fn. 82), p. 744; CUTHBERT/BERG, "After *Caparo*: Can Banks Rely on Audited Financial Statements?", *International Financial Law Review*, abril de 1990, p. 17. CUTHBERT/BERG presentan una "carta contrato modelo" ("model responsibility letter") para un banco para comprobar que los estados financieros realizados por el auditor a la empresa deudora han sido elaborados correctamente, incluyendo las siguientes cláusulas:

"6. We should be grateful if you would confirm that, for all purposes relating to the facilities, [...] each bank may rely (a) on the auditors' report which you issued in respect of the individual and group accounts of Borrower plc for the financial year ended 31 December, 1989; and (b) each such auditors' report for subsequent financial years which you issue on or before the facility's final repayment date in respect of the individual and group accounts of Borrower plc. [...]

8. The above confirmation will relate to the correctness of the relevant auditors' reports only as at their respective dates. This confirmation will not place your firm under any responsibility with regard to a matter occurring after the date of an auditor's report; except in so far as the matter is relevant to a subsequent auditors' report which has been signed."

⁹⁷ Se piensa en un "capping" (una nueva limitación de la responsabilidad como una variedad jurídica en relación con los honorarios del auditor) de conformidad con el modelo australiano o a la admisión contractual de diversas limitaciones a la responsabilidad. *Cfr.* además *Lieikerman-Report* (Fn. 93), p. 29, 39-40.

toría.⁹⁸ La propuesta hace alusión a una ampliación y contiene una disposición relativa a los derechos de quien recibe dicho servicio por parte del auditor. Junto con los patrones y los acreedores, se mencionan los terceros no accionistas ("stakeholders"), incluyendo accionistas potenciales, clientes y proveedores.⁹⁹ Sin embargo, existe una restricción: "Antes de ampliar el papel y alcance de la auditoría (...) debe encontrarse una solución a la amenaza financiera que resulta de los riesgos que las empresas auditoras corren por juicios ventilados con base en el derecho en vigor".¹⁰⁰

Los auditores ingleses han estado expuestos a las crecientes críticas.¹⁰¹ Se escuchan términos tales como "periodo de incertidumbre"¹⁰² o "periodo de búsqueda"¹⁰³ en sus reuniones. El informe del Consejo de Prácticas en materia de Auditoría sugiere, entre otras cuestiones, una ampliación del derecho a indemnización para contrarrestar la desconfianza en el público. Además, se ha pensado fortalecer al contador público para que no dependa de la administración de la sociedad auditada; e.g. con la introducción del sistema de rotación de auditores, la disposición del auditor por un turno más largo¹⁰⁴ y una influencia mayor de los accionistas en relación con el encargo del auditor y el proceso de auditoría.¹⁰⁵ Se pretende alcanzar un compromiso razonable

⁹⁸ En inglés: "The Future Development of Auditing" publicado por el *Auditing Practices Board*, en *Accountancy*, enero de 1993; pp. 88-96. Las primeras reacciones se relatan en Editorial, *Accountancy*, febrero de 1993, p. 1; COHEN, "Auditors' Liability for Negligence?: A Time for Reform", *J. Int'l Banking Law*, 1993, 133.

⁹⁹ [P]otential shareholders, customers and suppliers". Inciso 3.20-3.25 del informe, pp. 8-9.

¹⁰⁰ Before the role and scope of audit can be widened (...) a solution must be found for the financial threat posed by risks to auditing firms arising from litigation in the current legal framework". Inciso 3.25 del reporte de discusión, p. 9.

¹⁰¹ Al respecto han contribuido pleitos notables como el de *Polly Peck* y el de *Robert Maxwell*.

¹⁰² [E]xpectation gap", en inglés. Cfr. SINGLETON-GREEN, "Auditors and the Expectation Gap", *Accountancy*, abril de 1990, p. 62, conforme a la del estudio elaborado por KPMG Londres, "Audits and Auditors - What the Public Thinks?"; *idem*, "Bridging the Gap", *Accountancy*, octubre de 1990, p. 79; JENKINS, "Auditor's Guide to Bridging the Gap", *Accountancy*, octubre de 1990, p. 22; GODSELL, "Auditors Guide to Bridging the Gap", *Accountancy*, octubre de 1990, p. 22; GODSELL, "Auditors Legal Liability and the Expectation Gap", *Australian Accountant*, febrero de 1991, p. 22.

¹⁰³ En inglés: "perception gap". Cfr. WOOLF, "Legal Liabilities of Practicing Accountants", 1984, p. 7.

¹⁰⁴ La práctica actual de rotar a los auditores en Alemania se describe en el estudio realizado por COENENBERG/MARTEN, "Der Wechsel des Abschlussprüfers", *DB*, 1993, 101.

¹⁰⁵ Las propuestas relativas a la rotación del auditor se orientan a proponer un

entre las disposiciones relativas a la responsabilidad profesional y aquellas en que la responsabilidad civil puede resultar en la ruina financiera del contador público. Se ha tratado de evitar una situación como la sucedida en los Estados Unidos durante los años ochenta.¹⁰⁶ En caso de no darse una solución legal y que el poder judicial se posible una intervención del legislador: "Los contadores podrán suspirar tranquilamente, pero si las cortes continúan restringiendo la responsabilidad de los contadores públicos frente a terceros es posible que los legisladores intervengan en el asunto".¹⁰⁷ Las reacciones plasmadas en publicaciones en materia de economía concentradas en el análisis de la responsabilidad del contador público¹⁰⁸ se plantean en el mismo sentido: "Es necesario contar con nuevas leyes para que quede sin efecto el caso *Caparo* y se limite la responsabilidad del auditor".¹⁰⁹

IV. CONCLUSIÓN

En el derecho alemán, los hechos del caso *Caparo* se han considerado los de una auditoría obligatoria de la manera descrita en el artículo 316, párrafo 1 HGB y se han interpretado en los términos del artículo 323 HGB. También se ha fijado un límite a la responsabilidad del contador público frente a empresas auditadas que asciende a DM 500,000 marcos alemanes, siempre que dicho auditor no haya actuado de manera dolosa.¹¹⁰ Existen también ciertos accionistas que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 323 HGB. De ahí que en los tribunales alemanes se haya rechazado la demanda y no se haya permitido que el caso se decidiera con base en el artículo

quinto lineamiento jurídico para coordinar las disposiciones protectoras que se han dictado en los países miembros, en que dichas sociedades se localizan conforme al artículo 58, párrafo 2 del Contrato para Accionistas y Terceros relativo a las facultades y obligaciones de sus órganos, ABIEG núm. C 131 de fecha 13 de diciembre de 1972, p. 49; editado por *Lutter* (Fn. 7), pp. 99-114.

¹⁰⁶ La dimensión de los problemas causados a los profesionistas en lo relativo a la responsabilidad civil e insolvencia se explica en LÜCK/HOLZER, "Die Krise des wirtschaftsprüfenden Berufsstandes in den USA", *DB*, 1993, 237.

¹⁰⁷ "Accountants may sigh with relief, but if the courts carry on restricting auditors' liability to third parties the chances are that Parliament will step in". ARNHEIM, "Auditors Fate in the Crucible?", *Accountancy*, mayo de 1991, p. 95.

¹⁰⁸ Cfr., e.g., "Auditing the Auditors", *The Economist*, de 28 de noviembre de 1992, p. 16 y "Bridge Building", *The Economist*, de 28 de noviembre de 1992, p. 91.

¹⁰⁹ "Bridge Building" (Fn. 99), p. 91.

¹¹⁰ Cfr. VON BAR (Fn. 2), p. 425.

lo 826. Tampoco se ha aceptado como prueba ningún tipo de responsabilidad contractual o similares. La decisión en el caso *Caparo* permite la existencia de las auditorías obligatorias en el derecho alemán. En Inglaterra existe una corriente que sostiene la responsabilidad del auditor con base en una conducta negligente que ocasione daños patrimoniales a terceros. La sentencia de la Cámara de los Lores no abarca la responsabilidad en los casos en que debe presentarse una auditoría obligatoria. *Smith v. Bush* indica el camino a seguir. Es de esperarse que se modifique la postura del derecho inglés por la del derecho alemán en casos de responsabilidad del auditor, exceptuando los casos en que la auditoría es obligatoria. La postura de los tribunales ingleses respecto de una "relación suficiente de proximidad" ("sufficient relationship of proximity") entre el auditor y terceros asociados lo da a entender.

El nuevo desarrollo del derecho inglés en lo relativo a la responsabilidad del auditor tiene una importancia jurídico-política en la CEE. La referida Comisión actuó de manera correcta al poner de relieve la responsabilidad del auditor frente a terceros en cuanto a lo jurídico y, más específicamente, en el Estatuto para la Sociedad Anónima Europea, así como considerar de competencia de los estados miembros las cuestiones relativas a la misma. El acercamiento del derecho inglés al derecho alemán en lo referente a la responsabilidad del auditor frente a terceros (§ 323 HGB) demuestra que es posible llegar a un acuerdo sobre el alcance de la responsabilidad profesional del auditor. Por supuesto que los terceros podrían estar interesados en que los estados miembros cuenten con disposiciones jurídicas relativas a la responsabilidad del auditor frente a terceros en los casos de negligencia. Será difícil que lo anterior se aplique mediante un ajuste de las disposiciones de responsabilidad en los estados miembros. El artículo 54, párrafo 3, inciso g del Tratado de la CEE no introduce las pautas que la CEE debe seguir en materia de competencia. El artículo 100 del Tratado de la CEE podría eliminarse como norma permisiva para ajustar las disposiciones de responsabilidad del auditor frente a terceros, debido a que tal ajuste no se hace necesario para el buen funcionamiento del mercado interno. Así parece que la CEE ajusta las disposiciones relativas a la responsabilidad del contador público, siempre que no se trate de auditorías obligatorias, pero deja a la vez sin respuesta la interrogante relativa a la necesidad de armonizar dichas disposiciones.

EL TLC, ¿UN TRATADO DE LIBRE INVERSIÓN?

C. CHRISTOPHER BERCAW

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación de inversión extranjera en los países del TLC*. A. *Regulación de la inversión extranjera en Canadá*. 1. *Revisión de inversiones bajo la Ley de Inversiones de Canadá*. 2. *Registro de Inversiones Extranjeras*. 3. *Sectores Restringidos*. B. *Regulación de la inversión extranjera en México*. 1. *La Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento*. 2. *Autorización de Inversiones Extranjeras*. 3. *Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*. 4. *Sectores restringidos*. 5. *Adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles*. 6. *Constitucionalidad del reglamento*. C. *Regulación de la inversión extranjera en Estados Unidos*. 1. *La Ley "Exon-Florio"*. 2. *Registro de inversiones extranjeras*. 3. *Sectores restringidos*. III. *El capítulo de inversiones extranjeras del TLC*. A. *Ámbito de aplicación y cobertura*. B. *Trato no discriminatorio*. C. *Eliminación de requisito de desempeño*. D. *Transferencias*. E. *Expropiaciones y compensación*. IV. *Los efectos del TLC sobre la regulación de la inversión extranjera en Norteamérica*. 4. *Autorización de la inversión extranjera*. 1. *Canadá*. 2. *México*. 3. *Estados Unidos*. B. *Requisitos de desempeño*. C. *Registro de inversiones extranjeras*. D. *Sectores restringidos*. 1. *Canadá y Estados Unidos*. 2. *México*. V. *Conclusión*. *Apéndice A*. *Apéndice B*.

I. INTRODUCCIÓN

"Este es más un tratado de inversión extranjera que un tratado de libre comercio... un tratado de libre inversión, de libre explotación de los recursos naturales y de libre explotación de la mano de obra y del ambiente mexicano."¹

Si bien, el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLC) puede significar tanto una grave amenaza para la soberanía de México, como el camino a la prosperidad económica, o ambas perspectivas, uno de sus objetivos principales ha sido, sin duda, la promoción de la

¹ Intervención del senador Porfirio Muñoz Ledo, "Audencia de Información sobre la Negociación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte: Intervención ante el Senado de la República, 27 de noviembre de 1992 (versión estenográfica).

inversión extranjera. Al ser ratificado,² el TLC no sólo eliminará barreras al movimiento transfronterizo de bienes y servicios, sino también quitará obstáculos al flujo de capitales de inversión entre los países miembros.

El capítulo de inversiones extranjeras del TLC (capítulo XI) establecerá un nuevo marco legal para la regulación de la inversión extranjera en México, Canadá y Estados Unidos (las Partes). Las disposiciones del capítulo XI otorgarán mayor protección a los inversionistas extranjeros mediante reglas sustantivas respecto al trato a la inversión, requisitos de desempeño, transferencias y expropiación y compensación, así como un procedimiento novedoso para la solución de controversias entre los inversionistas extranjeros y los países anfitriones.

Mientras Canadá y Estados Unidos ya han acordado reglas similares en varios convenios internacionales, por ejemplo el Acuerdo de Libre Comercio de Canadá y Estados Unidos (ALC Canadá-EU),³ hasta ahora México se ha inhibido de participar en convenios internacionales en materia de inversión extranjera. Sin embargo, la necesidad de atraer capitales foráneos para financiar el desarrollo económico, aunada a la competencia aguda en los mercados internacionales de capitales frente a los "tigres" del Lejano Oriente y la irrupción de las nuevas economías de mercado de Europa del Este, han provocado un gran cambio en la política mexicana. Hace dos décadas, México era líder del movimiento latinoamericano en contra de la dependencia de la inversión extranjera. Ahora México se encuentra a la vanguardia de la política de apertura tan de moda en la región.

Bajo el liderazgo del Presidente Carlos Salinas de Gortari, México ha instituido una serie de reformas jurídicas y económicas que han creado un ambiente más hospitalario para la inversión extranjera en

² Los jefes de Estado de Canadá, México y los Estados Unidos firmaron el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (edición de SECOFI, 1992) (el "TLC" en lo sucesivo) el 17 de diciembre de 1992. Sin embargo, los cuerpos legislativos de los tres países todavía no lo han ratificado. Se espera que el TLC entrará en vigor en enero de 1994.

³ Ver el capítulo 16 del Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre Canadá y los Estados Unidos, firmado el 22 de diciembre de 1987 y 2 de enero de 1988, en vigor para ambas partes desde el 1º de enero de 1989 (el "ALC Canadá-EU" en lo sucesivo). Además, Canadá y los Estados Unidos han celebrado tratados bilaterales de inversión con varios países en vías de desarrollo. Ver STEVENS, Margrete y RUVAN de ALWIS, "References on Bilateral Investment Treaties", *ICSID Review*, vol. 7, 1992, p. 229.

México. El TLC significa la culminación de esta estrategia de financiamiento del crecimiento económico mediante la inyección de capitales y tecnologías extranjeros. Por el hecho de incluir reformas jurídicas tan profundas como parte de un tratado de libre comercio, el gobierno del Presidente Salinas ha asegurado que será económica y políticamente difícil dar marcha atrás a la liberalización de la economía mexicana en el futuro.

Asimismo el TLC asegurará el acceso de inversionistas mexicanos a las economías de Canadá y de Estados Unidos. Obviamente la comunidad empresarial mexicana tiene mucho más interés en exportar bienes y servicios que en invertir en el exterior. No obstante, un creciente número de empresas mexicanas han establecido operaciones en el extranjero.⁴ El TLC protegerá a aquellos inversionistas mexicanos contra la adopción en el futuro de medidas proteccionistas en Canadá y Estados Unidos.

Con el propósito de examinar los efectos del TLC sobre la regulación de inversión extranjera directa en América del Norte, se comienza en este estudio haciendo una descripción general de los regímenes de inversión extranjera de cada una de las Partes. A continuación se analizarán las disposiciones principales del capítulo XI del TLC. Finalmente, se estudiará el impacto del TLC sobre las leyes de inversión extranjera de las Partes. En virtud de que se dedica un capítulo específico del TLC (capítulo XIV) a la regulación de los servicios financieros, no se tocará la inversión extranjera en el sector financiero en este estudio.

II. LA REGULACIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA EN LOS PAÍSES DEL TLC

Para comprender el impacto del TLC sobre la regulación de la inversión extranjera directa (IED)⁵ por las Partes, hay que familiarizarse

⁴ Ver LEDESMA URIBE, Bernardo y Juan Francisco TORRES LANDA, "La Inversión Mexicana en el Extranjero", *Expansión*, 11 de noviembre de 1992, p. 175; y WALSH SANDERSON, Susan and Robert HAYES, "México - Opening Ahead of Eastern Europe", *Harvard Business Review*, septiembre-octubre de 1990, p. 32.

⁵ La inversión directa, a diferencia de la inversión de "portafolio", se refiere a la inversión de dinero, bienes o servicios en un proyecto de intervención empresarial, ordinariamente a través de la constitución de empresas subsidiarias, la participación en el capital social de empresas con facultades de administración y control (25% o más), o préstamos de largo plazo con tasas de intereses bajas que conlleven la participación en el capital social. En cambio, las inversiones de "por-

zarse con el régimen actual de la IED en cada país. Aunque las Partes emplean diversos grados de regulación de la IED, tienen tres tipos de regulación en común: la revisión de proyectos de IED; el registro obligatorio de IED con el gobierno; y la prohibición o restricción de la IED en ciertos sectores sensibles de la economía, por ejemplo, las industrias de transportación y telecomunicaciones, y la explotación de recursos naturales.

A continuación se hará una síntesis de los regímenes de inversión extranjera en los tres países.

A. Regulación de la inversión extranjera en Canadá

Aunque históricamente los canadienses han visto la inversión extranjera con suspicacia y, a veces, con franca hostilidad, el capital foráneo siempre ha tenido un papel importante en la economía canadiense. La inversión inglesa dominó la economía hasta el siglo XX, en que fue reemplazada por la inversión procedente de Estados Unidos.⁶ Durante ese tiempo, no hubo restricciones amplias a la IED hasta la promulgación de la Ley de Revisión de Inversiones Extranjeras (FIRA según sus iniciales en inglés) en 1974.⁷

Con el fin de defender la soberanía cultural y económica de Canadá, la FIRA creó la Agencia de Revisión de Inversiones Extranjeras para evaluar toda adquisición directa o indirecta del control de empresas canadienses y la constitución de nuevas empresas por extranjeros. Solamente se permitían las inversiones extranjeras que daban "beneficios significativos" a Canadá, de acuerdo con la FIRA. Este estándar de revisión era contrario a los inversionistas extranjeros, quienes veían en la FIRA un claro mensaje de que el capital foráneo no era bienvenido en Canadá.⁸

tafolio" se llevan a cabo en el mercado de valores sin intervención empresarial (por ejemplo, la adquisición de instrumentos de renta fija, la participación en el capital social sin tener el control de la empresa, y préstamos bancarios). Voss, Jürgen, "The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 31, octubre de 1982, p. 686.

⁶ Ver HACKETT, Sheila, "United States-Canada Free Trade Agreement", *University of Detroit Law Review*, vol. 67, 1990, p. 295.

⁷ "Foreign Investment Review Act", *Canadian Statutes*, cap. 46, 1973-1974, reformada por *Can. Stat.* 1976-1977, cap. 52 ("FIRA" en lo sucesivo).

⁸ Ver RABY, Jean, "The Investment Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement: A Canadian Perspective", *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, p. 396.

Un cambio de gobierno en 1984 produjo una modificación tajante en la política de inversión extranjera en Canadá. El gobierno del Primer Ministro Brian Mulroney abrogó la FIRA y la reemplazó con una ley más moderada, la Ley de Inversiones de Canadá (ICA según sus iniciales en inglés) en 1985.⁹ Actualmente, la ICA, en conjunto con varias leyes federales y provinciales aplicables a ciertos sectores de la economía canadiense, regulan la IED en Canadá.

1. Revisión de inversiones bajo la Ley de Inversiones de Canadá

La ICA implica una política muy distinta a la de la ley anterior. Mientras el propósito básico de la FIRA era el de restringir la inversión extranjera, la ICA se promulgó para promover y facilitar la IED y revisar sólo las inversiones de mayor importancia.¹⁰

Pese a este cambio de filosofía, el concepto básico de la FIRA quedó intacto en la ICA: se requiere la autorización del gobierno antes de la adquisición, por un "no canadiense",¹¹ del control de una empresa canadiense,¹² si el valor de los activos de la empresa sobrepasan un monto establecido por la Ley, o si la empresa es una industria cultural.¹³

Los proyectos de IED están sujetos a revisión por "Inversiones de Canadá" ("Investment Canada"), la agencia gubernamental competente para la administración de la ICA, en los siguientes casos:

- 1) Cuando haya adquisición directa del control de una empresa canadiense por activos equivalentes a 5 millones de dólares canadienses [N\$12 millones] o más;

⁹ "Investment Canada Act", *Con. Stat.*, cap. 20, 1985 ("ICA" en lo sucesivo).

¹⁰ *Idem*, art. 2.

¹¹ Un "no canadiense" es una persona física, gobierno o entidad que no es canadiense. "Canadiense" significa un ciudadano canadiense o residente permanente, una entidad o agencia gubernamental de Canadá, o una entidad controlada por canadienses, artículos 3 y 26 de la ICA.

¹² Una "empresa canadiense" implica cualquier empresa ubicada en el Canadá, sin importar el lugar de su constitución, *idem*, artículo 3.

¹³ Se consideran las siguientes actividades como industrias culturales: la publicación, distribución y venta de libros, revistas, periódicos, diarios o música impresa o legible por máquina; o la producción, distribución, venta o exhibición de grabaciones de cine o video, o de grabaciones musicales en audio o en video. Reglamento de la ICA, SOR/DORS/85-611, schedule 4, *Canadian Gazette Part II*, 1985, p. 3027.

- 2) Cuando se produzca la adquisición indirecta del control de una empresa canadiense mediante la adquisición de su sociedad matriz, si la empresa canadiense tiene activos de 50 millones de dólares canadienses [N\$120 millones] o más;
- 3) Cuando se dé la adquisición indirecta del control de una empresa canadiense con activos equivalentes a \$5 millones de dólares canadienses o más, que representen más del 50 por ciento del valor de los activos de todas las entidades adquiridas en la transacción; y
- 4) Cuando haya adquisición o constitución de una empresa canadiense relacionada con "la herencia cultural canadiense o la identidad nacional", siendo de "interés público" tal revisión, sin importar el monto de la inversión.¹⁴

"Inversiones de Canadá" no practicará la revisión de la constitución de una nueva empresa canadiense, ni la expansión de una inversión existente, salvo en el caso de que se trate de una industria cultural.¹⁵

Los inversionistas de Estados Unidos disfrutan de un trato especial bajo la ICA debido al ALC Canadá-EU. Conforme a una reforma de la ICA en 1988, las inversiones de personas físicas y morales estadounidenses no serán revisados por "Inversiones de Canadá", excepto en el caso de la adquisición directa de una empresa canadiense con activos superiores a 150 millones de dólares estadounidenses (paridad constante en dólares de 1992) y tratándose de cualquier inversión que implique una industria cultural.¹⁶ El mismo monto se aplica a los no canadienses que adquieran una empresa controlada por un estadounidense.¹⁷ Las adquisiciones indirectas de inversionistas estadounidenses no están sujetas a la revisión de "Inversiones de Canadá".¹⁸

Si un proyecto de inversión es revisable de acuerdo con lo establecido por la ICA, el inversionista debe hacer una solicitud ante "Inversiones de Canadá". El Ministro competente de la ICA (actualmente, el Ministro de Industria, Ciencia y Tecnología) tiene 45 días a partir de la fecha de la solicitud para determinar si la inversión es susceptible de representar un "beneficio neto para Canadá" con base

¹⁴ Artículos 14, 15 y 28 de la ICA.

¹⁵ *Idem*, artículo 15.

¹⁶ *Idem*, artículo 14.1.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*, artículo 14.1(3).

en una serie de criterios establecidos por la ICA.¹⁹ La importancia de los criterios del "beneficio neto" podrá variar según el proyecto, la industria, la ubicación de la inversión y los compromisos que ofrece el solicitante. Por ejemplo, el compromiso de emplear o capacitar trabajadores, realizar trabajos de investigación y desarrollo, o utilizar proveedores locales, serían suficientes para convencer a "Inversiones de Canadá" de que el proyecto de inversión es de beneficio neto para Canadá.²⁰

Sin embargo, en el caso de los inversionistas de Estados Unidos, el ALC Canadá-EU prohíbe que el gobierno canadiense exija compromisos para exportar a un cierto nivel, utilizar proveedores locales o alcanzar un nivel mínimo de productos de fabricación nacional.²¹

Si el Ministro a cargo de la ICA determina que la inversión no es de beneficio neto para Canadá, podrá prohibir que se lleve a cabo el proyecto o forzar la venta de la porción adquirida por extranjeros en una transacción ya realizada.²² Las resoluciones definitivas del Ministro no son impugnables.²³

2. Registro de Inversiones Extranjeras

Un inversionista no canadiense que constituye una nueva empresa en Canadá o que adquiere el control de una empresa canadiense existente, deberá notificar a "Inversiones de Canadá" dentro de los treinta días siguientes a la realización de la inversión, salvo que la inver-

¹⁹ *Idem*, artículo 21. Los criterios incluyen *i*) el efecto de la inversión sobre el nivel y la naturaleza de la actividad económica, incluyendo el efecto en el empleo, lógico e innovación y variedad de productos en Canadá; *iv*) el efecto de la inversión en el aprovechamiento de recursos naturales, en la utilización de partes, componente de la inversión sobre la productividad, eficiencia industrial, desarrollo tecnológicos y servicios producidos en Canadá, y sobre las exportaciones de Canadá; *ii*) el grado e importancia de la participación de canadienses en la inversión; *iii*) el efecto de la inversión sobre la competencia dentro de Canadá; *v*) la compatibilidad de la inversión con las políticas industriales, económicas y culturales nacionales; y *vi*) la contribución de la inversión para que Canadá compita en los mercados mundiales. *Idem*, artículo 20 (traducción del autor).

²⁰ Ver RABY, *ob. cit.*, p. 399.

²¹ Artículo 1603.1 del ALC Canadá-EU.

²² Artículo 24 de la ICA.

²³ ARNETT, E. y W. ROSE, "Regulation of Foreign Investment" en *Doing Business in Canada*, eds. H. Strikeman y R. Elliot, Matthew Bender & Co., Nueva York, vol. 1, § 3.02[7].

sión esté sujeta a revisión, conforme a lo dispuesto anteriormente (ver *supra*, II, A, 1).²⁴

A diferencia de los requisitos de registro vigentes en México y Estados Unidos (que se describirán *infra*, respectivamente, la ICA solamente requiere una única notificación, la cual debe contener la información básica sobre la inversión.²⁵ Se mantendrá la confidencialidad respecto a toda información obtenida por "Inversiones de Canadá", con excepción de ciertas circunstancias muy determinadas en la ICA.²⁶

3. Sectores Restringidos

Además de las disposiciones generales de la ICA, el gobierno canadiense ha anunciado normas especiales sobre la IED respecto a sectores delicados de la economía, tales como la publicación de libros, cine, telecomunicaciones, petróleo y otros hidrocarburos y uso y explotación de minerales radioactivos.

Todo proyecto de inversión sobre la industria editorial está sujeto a la aprobación de "Inversiones de Canadá", que generalmente exige que la inversión se realice mediante una coinversión controlada por canadienses.²⁷ Se prohíbe la adquisición de empresas distribuidoras de películas,²⁸ en tanto que la IED en empresas de telecomunicaciones queda limitada a un monto del 20 por ciento del capital social.²⁹ En el caso del petróleo y otros hidrocarburos, los inversionistas extranjeros no pueden adquirir el control de una empresa canadiense con activos superiores a 5 millones de dólares canadienses, salvo en el caso de que dicha empresa se encuentre en serios problemas financieros; en ese supuesto, "Inversiones de Canadá" permite la adquisición si el inversionista adquiere determinados compromisos relativos a la participación extranjera, el monto de la inversión y la generación de empleos (ver *supra* II, A, 1).³⁰ Finalmente, en el caso del uso y explotación de minerales radioactivos, los inversionistas extranjeros

están limitados a una participación minoritaria en empresas dedicadas a dicha industria.³¹

Las leyes federales y provinciales también restringen la IED en ciertas industrias, por ejemplo, agricultura, pesca, comunicaciones, minería y transportación.³² La mayoría de las provincias canadienses limitan la inversión extranjera en bienes inmuebles agrícolas y recreativos.³³

B. Regulación de la inversión extranjera en México

Desde el comienzo de su régimen en 1988, el Presidente Carlos Salinas de Gortari ha implantado una serie de medidas con el fin de abrir la economía mexicana al comercio e inversión extranjeros. Esta política de apertura, iniciada en los últimos años del sexenio del Presidente Miguel de la Madrid, ha cambiado drásticamente el ámbito de regulación de la IED en México.³⁴ Ahora el gobierno mexicano considera que la inversión extranjera es una parte esencial de su programa de desarrollo nacional, suplementaria del ahorro nacional.³⁵

No obstante este cambio de política, México ha mantenido una multitud de restricciones a la IED; como en el caso de Canadá, ciertas inversiones están sujetas a la aprobación previa del gobierno mexicano. Asimismo, la ley mexicana hace obligatorio el registro de la mayor parte de la IED en México, circunscribe la participación extranjera a ciertos sectores de la economía y restringe la adquisición de bienes raíces por inversionistas extranjeros. Sin embargo, con motivo de atraer la IED, el gobierno mexicano autoriza que los inversionistas extranjeros eviten muchos de los límites legales aplicables a la inversión a través de la inversión indirecta por medio del fideicomiso.

²⁴ Carta de Michael Wilson a James Baker III (mayo 12, 1988), en *Doing Business in Canada*, *ob. cit.*, apéndice 3-16-1.

²⁵ Ver *Doing Business in Canada*, *ob. cit.*, § 3.03.

²⁶ *Idem*, § 3.03(19).

²⁷ Estos cambios incluyen la abrogación de la Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y la Explotación de Patentes y Marcas; y la promulgación del Reglamento de la Ley de Inventiones y Marcas (publicada en *Diario Oficial de la Federación* de 30 de agosto de 1988); el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (DOF de 16 de mayo de 1989); la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (DOF de 27 de junio de 1991); y la Ley Federal de Competencia Económica (DOF de 24 de diciembre de 1992).

²⁸ Ver Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, *Programa Nacional de Modernización Industrial y del Comercio Exterior: 1990-1994*, 15 de enero de 1990, p. 30.

²⁴ Artículo 3 de la ICA.

²⁵ Ver el formulario de notificación de Inversiones Canadá en *Doing Business in Canada*, *ob. cit.*, apéndice 3-8-2.

²⁶ Artículo 36 de la ICA.

²⁷ RABY, *ob. cit.*, p. 414.

²⁸ *Idem*.

²⁹ RABY, *ob. cit.*, p. 415.

³⁰ Ver *Doing Business in Canada*, *ob. cit.*, § 29.07[7].

1. *La Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento*

La herramienta más importante para la regulación de la inversión extranjera en México es la Ley para Fomentar la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (LIE).³⁶ La LIE y su Reglamento³⁷ regulan todas las inversiones realizadas en México por personas físicas y morales extranjeras, y por las empresas mexicanas controladas por éstas.³⁸ La LIE es aplicable a la inversión en el capital social de empresas que operen en México, a la adquisición de propiedad inmobiliaria en México, y a cualquier otra actividad mencionada en la Ley.³⁹

De acuerdo con la LIE, se requiere la autorización previa del gobierno para realizar ciertos proyectos de inversión extranjera y se debe registrar toda la inversión extranjera ante el Registro Nacional de Inversión Extranjera (RNIE). La LIE, en conjunto con otras leyes, también restringe la participación extranjera en actividades estratégicas, tales como la explotación de recursos naturales, telecomunicaciones y transportes. Finalmente, la LIE requiere que todos los inversionistas extranjeros se sometan a la llamada "Cláusula Calvo", bajo la cual ellos convienen en considerarse como nacionales mexicanos respecto a sus inversiones en México y en "no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllas, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido".⁴⁰

2. *Autorización de Inversiones Extranjeras*

La LIE establece la regla general de que los inversionistas extranjeros podrán participar en el capital social y en la administración de

³⁶ Ley para Fomentar la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, DOF, de 9 de marzo de 1973 (la "LIE" en lo sucesivo).

³⁷ Reglamento de la Ley para Fomentar la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, DOF de 16 de mayo de 1989 (el "Reglamento de la LIE" en lo sucesivo).

³⁸ Artículo 2º de la LIE. Para un análisis más profundo de la legislación mexicana en materia de inversión extranjera, ver ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, *El Régimen Jurídico y la Política en Materia de Inversiones Extranjeras en México*, México, Edit. Themis, 1990; y GÓMEZ PALACIO, Ignacio, *Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento Comentados*, México, Edit. Themis, 1989.

³⁹ *Idem*, artículo 2º.

⁴⁰ *Idem*, artículo 3º.

empresas mexicanas en un porcentaje máximo de hasta un 49 por ciento, a menos que se obtenga el permiso previo de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) para adquirir o controlar en un porcentaje diferente.⁴¹ Esta "regla 49/51" se aplica también a la constitución de nuevas sociedades, la adquisición del capital o los activos de una empresa ya existente, y la ampliación de inversiones existentes.⁴²

La regla 49/51 representó un obstáculo importante a la IED, hasta su reforma, en 1989, mediante el nuevo Reglamento de la LIE. De acuerdo con este Reglamento, la IED podrá alcanzar el 100 por ciento en la mayor parte de las industrias, sin necesidad de la autorización previa por parte de la CNIE, siempre y cuando la empresa mexicana no se dedique a una actividad incluida en las reglas de "Regulación específica y general para la IED con base en la Clasificación Mexicana de Actividades y Productos" (misma que forma parte integrante del propio Reglamento como anexo; la "Clasificación" en lo sucesivo)⁴³ y que cumpla además con seis requisitos marcados en el Reglamento cuando por la naturaleza de la actividad resulten aplicables.⁴⁴

Tampoco se requiere la autorización previa de la CNIE en el caso de que los inversionistas extranjeros participen en cualquier porción del capital social de empresas que realicen actividades de maquila u otras actividades industriales o comerciales para exportación, de conformidad con las disposiciones administrativas correspondientes.⁴⁵ En la mayoría de los casos, los inversionistas también podrán ampliar sus inversiones en empresas establecidas, sin necesidad de la revisión de

⁴¹ *Idem*, artículo 5º.

⁴² *Idem*, artículos 5º y 8º.

⁴³ "Regulación específica y general para la IED con base en la Clasificación Mexicana de Actividades Económicas y Productos", anexo del Reglamento de la LIE (la "Clasificación" en lo sucesivo).

⁴⁴ Los requisitos son: 1) efectuar inversiones en activos fijos hasta un monto de 250 millones de nuevos pesos; 2) financiar las inversiones con recursos provenientes del exterior; 3) ubicar establecimientos industriales fuera del Distrito Federal y los municipios de Guadalajara y Monterrey; 4) mantener un saldo de equilibrio en la balanza de divisas acumulado, durante los primeros tres años de operación; 5) generar empleos permanentes y establecer programas continuos de entrenamiento y adiestramiento para los trabajadores; y 6) utilizar tecnologías adecuadas y cumplir con las normas en materia ecológica. Artículo 5º y artículo cuarto transitorio del Reglamento de la LIE; Regla 2 de la Resolución General número 2 de la CNIE, DOF de 21 de junio de 1989.

⁴⁵ Artículo 6º del Reglamento de la LIE.

la CNIE.⁴⁶ Sin embargo, la IED en forma mayoritaria respecto a las "industrias clasificadas" (en los casos que sean permitidas por la LIE) requieren aun la autorización previa por parte de la CNIE.⁴⁷

La CNIE está integrada por los titulares de siete Secretarías del Gobierno Federal, así como un Secretario Ejecutivo designado por el Presidente de la República.⁴⁸ En la evaluación de los proyectos de IED, la CNIE toma en cuenta preponderantemente los siguientes criterios: si el proyecto de IED es complementario a la inversión nacional; si tiene un efecto positivo sobre la balanza de pagos y el incremento de las exportaciones; si genera empleos, si contribuye al desenvolvimiento de las zonas de menor desarrollo económico relativo, y si contribuye a la investigación y desarrollo de la tecnología en el país.⁴⁹ La CNIE tiene un plazo de 45 días hábiles a partir de la fecha de solicitud para emitir su resolución.⁵⁰ Transcurrido este plazo sin que el Secretario Ejecutivo de la CNIE emita la resolución correspondiente, se considera que la CNIE ha concedido la autorización que se hubiere solicitado.⁵¹ Se pueden impugnar las resoluciones finales de la CNIE por medio del juicio de amparo.

Desde la promulgación del nuevo Reglamento en 1988, la gran mayoría de los proyectos de inversión registrados en México no ha requerido autorización previa de la CNIE.⁵² Casi la mitad de dichos proyectos se apegaron al régimen automático previsto en los artículos 5º y 6º del Reglamento (4,551), ya que la mayor parte de los restantes eran coinversiones con participación extranjera minoritaria (2,658) o realizados mediante fideicomiso (3,559).⁵³ De los 1,306 proyectos sometidos a la CNIE para evaluación, se aprobaron todos, excepto 14.⁵⁴ La CNIE no ha rechazado ningún proyecto de inversión desde 1990.⁵⁵

⁴⁶ *Idem*, artículos 27-29.

⁴⁷ Artículo 7º de la LIE.

⁴⁸ *Idem*, artículo 11.

⁴⁹ Artículo 13 de la LIE y artículo 82 de su Reglamento.

⁵⁰ Artículo 2º del Reglamento de la LIE.

⁵¹ *Idem*.

⁵² SECOFI, Dirección General de Inversión Extranjera, *Evolución de la Inversión Extranjera en México*, marzo de 1993, cuadro núm. 7 (de los 10,560 proyectos registrados desde 1989, solamente 1,306 requirieron previa aprobación de la CNIE).

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

3. Registro Nacional de Inversiones Extranjeras

Casi todo acto de inversión extranjera en México debe inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (el RNIE, que depende de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI). Los inversionistas extranjeros deben notificar al RNIE en el caso de que adquieran o arrienden más del 49 por ciento de los activos fijos de una empresa mexicana; establezcan u operen una empresa, sucursal o agencia en México; arrienden una empresa mexicana; o inviertan indirectamente en una empresa mexicana mediante la adquisición de los derechos de fideicomisario derivados de un fideicomiso.⁵⁶ También deben inscribirse las empresas mexicanas en que participen extranjeros, en el monto que sea, así como los fideicomisos constituidos para facilitar la inversión extranjera en forma indirecta.⁵⁷

Tanto los inversionistas extranjeros como las sociedades mexicanas con inversión extranjera, deberán proporcionar al RNIE información extensiva para obtener su inscripción inicial y en forma anual en lo sucesivo, que incluya la identificación de los inversionistas, los estados financieros y otros datos contables de la empresa, así como el monto de las inversiones.⁵⁸ Los inversionistas que pueden recurrir al sistema de autorización automática previsto en el Reglamento deberán proporcionar información detallada en cuanto a la balanza de divisas, la generación de empleo, la utilización de tecnología y otros asuntos.⁵⁹

Sólo podrán consultar los expedientes del RNIE quienes sean partes interesadas o tengan un interés jurídico en la información.⁶⁰

4. Sectores restringidos

La LIE y otras leyes restringen la participación de la IED en un amplio campo de actividades económicas en México. Ciertas actividades están reservadas exclusivamente al Estado⁶¹ o a mexicanos y

⁵⁶ Artículo 23 de la LIE y artículo 52 de su Reglamento.

⁵⁷ Artículo 23 de la LIE y artículos 57 y 63 de su Reglamento.

⁵⁸ Artículos 52-62 del Reglamento de la LIE.

⁵⁹ *Idem*, artículo 61.

⁶⁰ *Idem*, artículo 44.

⁶¹ Petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; explotación de minerales radioactivos y generación de energía nuclear; minería en los casos a que se refiere la ley de la materia; servicio público de electricidad (sin embargo una empresa privada podrá generar y vender electricidad a la Comisión Federal de Electricidad de acuerdo con una última reforma a la Ley correspondiente en 1992);

sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros.⁶² Además, conforme a la Clasificación de actividades restringidas del Reglamento, la participación de la IED en ciertas actividades económicas está limitada a ciertos grados de participación minoritaria.⁶³ En la Clasificación, se incluye además un cuarto grupo de actividades en las cuales los inversionistas extranjeros únicamente podrán participar hasta el 49 por ciento sin previa autorización de la CNIE.⁶⁴

Con el propósito de promover un aumento de inversión en ciertos sectores restringidos, el Reglamento crea un mecanismo llamado de "inversión extranjera temporal" mediante el cual, los inversionistas extranjeros podrán superar los límites a la IED establecidos en la LIE mediante un fideicomiso en ciertas circunstancias.⁶⁵ Una empresa me-

ferrocarriles; comunicaciones telegráficas y radiotelegráficas; y las demás que fijen las leyes específicas (p. ej., emisión de billetes y acuñación de monedas; servicio público de correos; establecimiento, operación y control de satélites). Artículo 4º de la LIE; artículos 27 y 28 de la Constitución Mexicana; artículo 11 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, *DOF* de 19 de febrero de 1940; artículo 3 de la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica, *DOF* de 22 de diciembre de 1975, modificada el 23 de diciembre de 1992.

⁶² Radio y televisión; transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales; transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal; distribución de gas; y las demás que fijen las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal (p.ej., uniones de crédito, casas de cambio y otros servicios financieros; servicios de notarias públicas y de agencias aduanales; y administración de puertos marítimos, lacustres y fluviales). Artículo 4º de la LIE y la Clasificación.

⁶³ Se admitirá la IED hasta un porcentaje máximo de hasta un 40% en las siguientes actividades: fabricación de productos petroquímicos secundarios y de componentes de vehículos automotrices. Artículo 5º de la LIE y la Clasificación. Cabe mencionar que la IED podrá alcanzar el 100% del capital social de una empresa mexicana que califique como un "Proveedor Nacional" conforme al Decreto para el Fomento y Modernización de la Industria Automotriz, *DOF* de 11 de diciembre de 1989. El monto máximo de IED es 49% para las siguientes actividades: extracción y beneficio de minerales; pesca; fabricación de explosivos y fuegos artificiales; fabricación de armas de fuego y cartuchos y la comercialización de los mismos; transporte fluvial y lacustre y en el interior de puertos; telecomunicaciones; y arrendadoras financieras. Artículo 5º de la LIE y la Clasificación.

⁶⁴ Agricultura, ganadería y caza; edición de periódicos y revistas; fabricación de derivados del carbón mineral; construcción e instalaciones industriales; transporte marítimo de altura y alquiler de embarcaciones turísticas; servicios jurídicos y de contaduría y auditoría; servicios educativos prestados por el sector privado; servicios auxiliares al transporte aéreo y terrestre; y ciertos servicios financieros. Artículo 5º de la LIE y la Clasificación.

⁶⁵ Los artículos 23-26 del Reglamento de la LIE establecen el mecanismo de "Inversión Extranjera Temporal" para las siguientes actividades restringidas: transporte aéreo y marítimo nacional y distribución de gas (reservados a mexicanos);

xicana que se dedique a una actividad restringida podrá recibir inversión extranjera temporal que exceda los topes de la LIE, a través de la aceptación de acciones, activos fijos u otros bienes, transferidos a un fideicomiso a favor del inversionista extranjero, en dos casos: 1) cuando la empresa se encuentre en situación de extremo desequilibrio financiero o 2) cuando la empresa requiera llevar a cabo nuevas inversiones de capital para aumentar su producción total de bienes y servicios, o para modernizar tecnológicamente establecimientos que opere o los activos fijos que utilice, a fin de destinar mayoritariamente para exportación la producción adicional.⁶⁶ Como fideicomisarios de estos fideicomisos, los inversionistas extranjeros gozarán de los mismos derechos de una inversión directa, salvo que no serán titulares de las acciones. Este tipo de fideicomiso tiene un plazo máximo e improrrogable de 20 años y requiere autorización previa de SECOFI y de la CNIE.⁶⁷

5. Adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles

La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros también se encuentra restringida en México. El artículo 27 constitucional prohíbe que los extranjeros adquieran el dominio directo sobre las tierras y aguas de la "Zona Prohibida", o la "Zona Restringida", como se le ha llamado en este sexenio.⁶⁸ La Zona Restringida comprende "una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas" del país.⁶⁹ Por lo tanto, únicamente los mexicanos y las sociedades mexicanas que tengan cláusula de exclusión de extranjeros podrán adquirir bienes inmuebles dentro de la Zona Restringida.⁷⁰

Aunque los inversionistas extranjeros no pueden comprar propiedad inmobiliaria en la Zona Restringida, pueden arrendarla durante un plazo hasta de diez años⁷¹ o invertir en forma indirecta a través de

explotación y aprovechamiento de sustancias minerales, productos secundarios de la industria petroquímica y fabricación de componentes de vehículos automotrices (IED máxima de 40%); y las que señalan las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal.

⁶⁶ Artículo 23 del Reglamento de la LIE.

⁶⁷ *Idem*, artículos 23 y 26.

⁶⁸ Artículo 27, fracción I de la Constitución Mexicana.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Artículo 7º de la LIE.

⁷¹ Artículo 37 del Reglamento de la LIE.

un fideicomiso sobre bienes inmuebles ubicados en la Zona.⁷² La LIE permite que los inversionistas extranjeros adquieran "certificados de participación inmobiliarios" emitidos con base en un fideicomiso, previa autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores.⁷³ Dichos fideicomisos pueden tener una duración de hasta treinta años y son renovables.⁷⁴

Las personas físicas extranjeras pueden adquirir libremente bienes inmuebles fuera de la Zona Restringida, siempre y cuando se sometan a la Cláusula Calvo y obtengan la autorización previa de la Secretaría de Relaciones Exteriores.⁷⁵ Empero, las personas morales extranjeras únicamente podrán adquirir bienes inmuebles en vía indirecta, mediante fideicomiso o participación en una empresa constituida en México, que sea titular de bienes raíces.⁷⁶

6. Constitucionalidad del Reglamento

No cabe duda que el nuevo Reglamento de la LIE ha abierto nuevos caminos de IED en México por el hecho de permitir que los inversionistas extranjeros puedan sortear ciertas restricciones establecidas en la LIE. Sin embargo, muchos de estos nuevos mecanismos, tales como la inversión extranjera temporal y la autorización automática de participación extranjera mayoritaria en industrias no clasificadas, contradicen el texto y espíritu de la LIE y posiblemente violan la Constitución mexicana.⁷⁷

Aunque no es probable que se interponga amparo contra el Reglamento, los inversionistas extranjeros podrían verse afectados frente a un cambio radical de política del gobierno mexicano. Cabe aclarar que las inversiones realizadas por los inversionistas no se verán perjudicadas por una ley posterior en virtud de que la misma no podrá aplicarse en forma retroactiva. A pesar de ella, deberán seguir la elección presidencial de 1994 muy de cerca, ya que podrían cambiar el régimen en materia de inversión para futuras inversiones.

⁷² Artículos 18-22 de la LIE y artículos 12 y 16-22 de su Reglamento.

⁷³ Artículos 18-22 de la LIE.

⁷⁴ Artículos 20 y 21 del Reglamento de la LIE.

⁷⁵ Artículo 7º de la LIE.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Ver ÁLVAREZ SOBERANIS, *ob. cit.*, pp. 217-218; GÓMEZ PALACIO, "The New Regulation on Foreign Investment in Mexico", *Houston Journal of International Law*, vol. 12, 1990, pp. 259-262; TORRES LANDA R., Juan Francisco, "Necesario. Reformar la Ley de Inversión", *Expansión*, 16 de octubre de 1991, p. 141.

C. Regulación de la inversión extranjera en Estados Unidos

De acuerdo con su política tradicional de mantener la "puerta abierta" a la IED, Estados Unidos no cuenta con una ley general para regular la inversión extranjera y, por lo general, permite la IED ilimitada en casi todos los sectores de la economía estadounidense. De hecho, la dependencia de Estados Unidos del capital foráneo ha crecido considerablemente en los últimos años por la necesidad de financiar su crecimiento económico y su enorme déficit presupuestal. Este apetito insaciable de capitales ha convertido a Estados Unidos en el mayor receptor de capitales del mundo.⁷⁸

Aunque la economía de Estados Unidos sigue siendo una de las más abiertas del mundo, una sensación creciente de proteccionismo ha producido varias barreras a la IED que se asemejan a las restricciones empleadas por Canadá y México. Por ejemplo, hay restricciones directas a la IED en ciertas industrias sensibles así como barreras indirectas en forma de la revisión discrecional de adquisiciones de empresas que proporcionen suministros a instituciones militares de Estados Unidos, la aplicación intensiva de la legislación antimonopólica y el registro obligatorio de la inversión extranjera.

1. La Ley "Exon-Florio"

En 1988, el Congreso de Estados Unidos aprobó un esquema legal, conocido como la Ley "Exon-Florio", la cual dio facultades al Presidente para impedir las adquisiciones por extranjeros de empresas en el territorio de Estados Unidos cuando representasen una amenaza a la seguridad nacional.⁷⁹ Esta legislación fue motivada por una creciente inquietud ante las adquisiciones de empresas estadounidenses por extranjeros y, en particular, por el intento de una empresa japonesa por adquirir una compañía fabricante de semiconductores.⁸⁰ El propósito de la Ley Exon-Florio es el de mantener una infraestructura nacional de industrias estratégicas para la defensa e impedir la exportación de tecnología militar.

⁷⁸ BALE, Jr., Harvey E., "The United States Policy Toward Inward Foreign Direct Investment", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 18, 1985, p. 203.

⁷⁹ Sección 721 de la "Defense Production Act", *United States Code App.*, vol. 50, artículo 2170 (la "Ley Exon-Florio" en lo sucesivo).

⁸⁰ Ver HOLMER, Alan, Judith BELLO y Jeremy PRIESS, "The Final Exon-Florio Regulations on Foreign Direct Investment", *Law & Policy in International Business*, vol. 23, 1992, p. 593.

Conforme a la Ley Exon-Florio, el Presidente tiene facultades de impedir o requerir que una "persona extranjera" venda una inversión que represente el control de una "empresa estadounidense" si 1) hay "pruebas fidedignas que lleven al Presidente a concluir que los intereses extranjeros que controlan la empresa podrían comportarse de tal forma que pudiesen constituir una amenaza o poner en peligro la seguridad nacional" y 2) no existen otras leyes que puedan "otorgar al Presidente la autoridad o competencia adecuadas para proteger la seguridad nacional".⁸¹

El Presidente puede revisar no sólo las adquisiciones de empresas controladas por estadounidenses, sino también las adquisiciones de las sucursales o subsidiarias de empresas *extranjeras*.⁸² En cambio, la constitución de nuevas empresas no queda sujeta a revisión presidencial, conforme a la Ley Exon-Florio.⁸³

La Comisión de Inversión Extranjera en Estados Unidos (CIEEU), es el organismo competente para ejercer el procedimiento de evaluación de inversiones extranjeras previsto en la Ley Exon-Florio; está facultada para iniciar una investigación a iniciativa propia o a partir de una solicitud o notificación voluntaria hecha por un inversionista extranjero interesado.⁸⁴ En el caso de que se comience el procedimiento por notificación voluntaria, la CIEEU y el Presidente deberán actuar dentro de 90 días o la inversión será autorizada automáticamente.⁸⁵ En los demás casos, la CIEEU podrá iniciar la investigación de inversiones ya realizadas en cualquier momento. Las decisiones finales del Presidente bajo la Ley Exon-Florio no estarán sujetas a recursos judiciales.⁸⁶

⁸¹ Ley Exon-Florio, artículo 2170(d)-(e) (traducción del autor).

⁸² "Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons", *Code of Federal Regulations*, vol. 31, 1992, artículo 800.220 ("Reglamento de la Ley Exon-Florio" en lo sucesivo).

⁸³ Reglamento de la Ley Exon-Florio, artículo 800.301(b) (4).

⁸⁴ *United States Code App.*, vol. 50, artículo 2170(a); Orden Ejecutiva núm. 12661 del 27 de diciembre de 1988, *Code of Federal Regulations*, vol. 3, 1988, p. 618. Se creó la CIEEU por decreto ejecutivo en 1975 para vigilar la IED en los Estados Unidos. Está integrada por representantes de las Secretarías de Relaciones Exteriores, Tesoro, Defensa y Comercio; por el Representante de Comercio de los Estados Unidos y por el Presidente del Consejo de Asesores Económicos. Decreto Ejecutivo núm. 11858 del 7 de mayo de 1975, *Federal Register*, vol. 40, p. 20263, reformada por Decreto Ejecutivo núm. 12188 del 2 de enero de 1980, *Federal Register*, vol. 45, p. 989.

⁸⁵ Ley Exon-Florio, artículo 2170(a) y (d).

⁸⁶ *Idem*, artículo 2170(e).

Hasta ahora, el Presidente ha utilizado la Ley Exon-Florio para impedir sólo un caso de adquisición de una empresa estadounidense⁸⁷ y la CIEEU ha llevado a cabo investigaciones completas en sólo 15 casos.⁸⁸ No obstante, esta política podría cambiar en cualquier momento. La Ley Exon-Florio y su Reglamento dejan imprecisos ciertos términos claves como "control" y "seguridad nacional", con la intención de darle al Presidente la mayor flexibilidad para aplicar la Ley.⁸⁹ A pesar de que la Ley sugiera criterios para el procedimiento de revisión, los futuros presidentes podrían aprovecharse de la ambigüedad de la Ley para impedir las adquisiciones escasamente vinculadas con la seguridad nacional. Además, es posible que el Congreso sucumba al creciente sentimiento proteccionista prevaleciente en Estados Unidos y optara por ampliar la Ley Exon-Florio hasta abarcar otros tipos de inversiones, por ejemplo, los que amenazaran la "seguridad económica" de Estados Unidos.⁹⁰

2. Registro de inversiones extranjeras

Como en los casos de Canadá y México, Estados Unidos tiene un sistema de registro obligatorio de la inversión extranjera. La Ley de Registro de Inversión Internacional y de Comercio de Servicios en 1976 (LRIICS) requiere que el Presidente obtenga y analice datos sobre la inversión extranjera directa e indirecta en Estados Unidos.⁹¹ Asimismo, otras leyes federales requieren el registro de la IED en propiedad agrícola y en sociedades anónimas registradas en bolsa de valores.⁹²

⁸⁷ NOWAK, Gerald, "Above All, Do No Harm: The Application of the Exon-Florio Amendment to Dual Use Technologies", *Michigan Journal of International Law*, vol. 13, 1992, p. 1011.

⁸⁸ El Presidente Bush invocó la Ley Exon-Florio para obligar a la venta forzada de la adquisición de una fábrica de partes para aeronaves por parte de un agente de compras de la República Popular de China. Ver MENDENHALL, Jim, "Executive Authority to Divest Acquisitions under the Exon-Florio Amendment-The MAMCO Divestiture", *Harvard International Law Journal*, vol. 32, 1991, p. 286.

⁸⁹ Comentar'io Oficial al Reglamento de la Ley Exon-Florio, *Code of Federal Regulations*, vol. 31, pp. 703-705.

⁹⁰ Ver HOLMER, BELLO y PREISS, *ob. cit.*, pp. 614-617.

⁹¹ "International Investment Survey and Trade in Services Act of 1976", *United States Code*, vol. 22, artículos 3101-3104 (la "LRIISC" en lo sucesivo).

⁹² Ver "Agricultural Foreign Investment Disclosure Act of 1978", *United States Code*, vol. 7, artículos 3101-3108; Securities Exchange Act of 1934, *United States Code*, vol. 15, artículo 78m(d).

De acuerdo con la LRIICS y su Reglamento, todas las empresas estadounidenses con participación extranjera del 10 por ciento o más en su capital social deberán entregar al Departamento de Comercio, cuestionarios con datos sobre la identidad y origen del inversionista extranjero, el monto de su inversión, los estados financieros de la empresa, generación de empleos, pago de impuestos y gastos para investigación y desarrollo.⁹³ Se requiere de una inscripción inicial y posteriormente deben de presentar la información de los cuestionarios mencionados en forma trimestral, anual y cada cinco años.⁹⁴

El acceso a la información contenida en los cuestionarios está estrictamente limitado. Únicamente se podrá divulgar al público o al Congreso los datos estadísticos en forma agregada y cualquier exhibición de información individual no autorizada se sancionará con multa hasta de 10,000 dólares estadounidenses.⁹⁵

3. Sectores restringidos

Estados Unidos también cuenta con una serie de leyes federales y locales que imponen límites a la IED en ciertos sectores de la economía.⁹⁶ La mayoría de estas restricciones se aplican a las industrias de comunicaciones, explotación de recursos naturales y transportes. Además, algunos estados restringen la adquisición por extranjeros de bienes inmuebles o imponen requisitos de nacionalidad para la integración de los consejos de administración y los gerentes de sociedades constituidas conforme a sus leyes. Un resumen de algunas de esas restricciones aparece en el Apéndice "C" de este artículo.

III. EL CAPÍTULO DE INVERSIONES EXTRANJERAS DEL TLC

El capítulo XI del TLC establece un marco legal e institucional para la regulación de la IED en Norteamérica. Además de establecer reglas generales para proteger a los inversionistas en contra del trato

⁹³ Reglamento de la LRIISC, *Code of Federal Regulations*, vol. 15, artículo 806.15(j).

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ LRIISC, artículo 3104(c)-(e).

⁹⁶ Para una descripción más amplia de las restricciones a la inversión extranjera en ciertos sectores de la economía estadounidense, ver *Foreign Direct Investment in the United States* de American Bar Association National Institute, octubre de 1988 y *Manual of Foreign Investment in the United States*, Marans, Williams, Griffith y Pattison, eds., 1984, supp. 1989.

desigual, requisitos de desempeño, obstáculos a la transferencia de recursos y expropiaciones, dicho capítulo también crea un mecanismo institucional para resolver las controversias entre inversionistas y los gobiernos de las Partes.

A. Ambito de aplicación y cobertura

Los beneficios del capítulo XI del TLC redundarán, tanto en los inversionistas de las Partes, como en sus inversiones, "Inversionista" significa una Parte o un nacional o empresa de una Parte que "pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión".⁹⁷ Todas las empresas constituidas u organizadas de conformidad con las leyes de una Parte, incluyendo las que sean controladas por inversionistas de un país que no sea parte del TLC, están protegidas por las disposiciones del TLC, siempre que lleven a cabo "actividades empresariales sustanciales" en el territorio de la Parte.⁹⁸ Cabe mencionar que dos artículos del capítulo XI se aplican a toda inversión en el territorio de una Parte, no obstante el origen del inversionista.⁹⁹

El TLC adopta un concepto amplio de "inversión", el cual abarca empresas, acciones de empresas, ciertos préstamos y títulos de deuda, y cualquier participación en una empresa que permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de las empresas o de su haber social en caso de una liquidación.¹⁰⁰ "Inversión" también incluye todos los tipos de propiedad tangible e intangible (contratos de transferencia de tecnología o de franquicia), así como contratos que implican la propiedad de un inversionista en el territorio de una de las Partes para el desarrollo de una actividad económica (las concesiones, los contratos "llave en mano" y los contratos de construcción)".¹⁰¹

Sin embargo, el TLC no abarca las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales por la venta de bienes o la prestación de servicios, ni otorgamiento de créditos en relación con una transacción comercial (excepto aquéllos mencionados en el párrafo anterior), ni tampoco otros asuntos relacionados con la inver-

⁹⁷ Artículo 1139 del TLC.

⁹⁸ *Idem*, artículo 1113.2.

⁹⁹ *Idem*, artículos 1106 (requisitos de desempeño) y 1114 (medidas ambientales).

¹⁰⁰ *Idem*, artículo 1139.

¹⁰¹ *Idem*.

sión, tratados en otros capítulos del TLC, tales como compras del sector público (cap. X), comercio transfronterizo de servicios (cap. XII), monopolios y empresas del Estado (cap. XV), servicios financieros (cap. XVI), y protección de la propiedad intelectual (cap. XVII).¹⁰²

B. *Trato no discriminatorio*

La obligación de trato no discriminatorio es el principio fundamental del capítulo XI. Las Partes han convenido en otorgar lo mejor del "trato nacional" y del "trato de nación más favorecida" a los inversionistas de las otras Partes, lo que significa que las Partes otorgarán a los inversionistas de los Estados signatarios el mismo trato que confieren a sus propios inversionistas y a inversionistas de otros países (en caso de que tal trato sea mejor que el trato otorgado a sus nacionales), cuando se encuentren en situaciones similares, y respecto a inversiones en sus territorios.¹⁰³ Además, las Partes han acordado adoptar un estándar mínimo de trato, respecto a los inversionistas, de acuerdo con el derecho internacional, asegurándoles un trato "justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" para sus inversiones.¹⁰⁴

Las obligaciones de trato no discriminatorio se aplican también a los estados y provincias, las cuales deberán brindar un trato no menos favorable que el más favorable otorgado por ese estado o provincia, en circunstancias similares, a los inversionistas de otros estados o provincias de su país.¹⁰⁵ Las empresas del estado y "monopolios de propiedad privada" (término utilizado en el TLC) también deberán otorgar un trato no discriminatorio a los inversionistas de las Partes.¹⁰⁶ Sin embargo, las compras del estado y los subsidios y subvenciones de las Partes están exentos de la obligación de trato igualitario del capítulo XI.¹⁰⁷

Las Partes han negociado una larga lista de reservas a la obligación de trato nacional, las cuales se encuentran en los primeros tres

¹⁰² *Idem*, artículos 1101, 1108 y 1139.

¹⁰³ *Idem*, artículos 1102-1104.

¹⁰⁴ *Idem*, artículo 1105.

¹⁰⁵ *Idem*, artículo 1102.3.

¹⁰⁶ *Idem*, artículos 1502.3 y 1503.2-3.

¹⁰⁷ *Idem*, artículo 1108.7. Las compras del sector público están reguladas por el capítulo X del TLC.

anexos del TLC. En el anexo I, las Partes han descrito las medidas discriminatorias que cada una observará frente al TLC o que irá eliminando gradualmente. Los estados y provincias de las Partes cuentan con dos años a partir de la entrada en vigor del TLC, para especificar sus reservas en el anexo I.¹⁰⁸ Las Partes han incluido en el anexo II, las reservas permanentes que les permitirán adoptar medidas nuevas o más restrictivas en ciertos sectores. Finalmente, el anexo III, que solamente se aplica a México, contempla las excepciones constitucionales para las actividades económicas reservadas al Estado mexicano. Un resumen de estas reservas aparece en los tres apéndices de este artículo.

De manera parecida, otro anexo contempla las reservas al principio de la nación más favorecida. El anexo IV indica los sectores en los cuales las Partes no estarán obligadas a otorgarse entre sí los beneficios contenidos en convenios internacionales celebrados antes de los dos años siguientes a la entrada en vigor del TLC y cualquier convenio celebrado en el futuro en materia de aviación, pesca, telecomunicaciones y del sector marítimo.

C. *Eliminación de requisitos de desempeño*

De acuerdo con el principio de la no discriminación, las Partes han convenido en eliminar una amplia variedad de los llamados "requisitos de desempeño" (requisitos para el desarrollo de la inversión) que comúnmente se imponen a los inversionistas extranjeros. El artículo 1106 del TLC prohíbe que las Partes exijan de los inversionistas, que alcancen un nivel mínimo de exportación o del uso de productos de fabricación nacional, que se dé preferencia a bienes de producción local o a servicios prestados en territorio nacional, que tengan una balanza positiva de divisas o comercial, o que transfieran tecnología, así como que los inversionistas lleguen a actuar como proveedores exclusivos de un mercado regional o mundial.

En cambio, las Partes podrán condicionar la recepción de privilegios (incentivos para la inversión) respecto a la ubicación de la producción, prestación de servicios, capacitación de trabajadores o generación de empleos, construcción o ampliación de instalaciones particulares, o la realización de investigación y desarrollo en su territorio.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Idem*, artículo 1108.1.

¹⁰⁹ *Idem*, artículo 1106.3.

Asimismo, las Partes han acordado excluir de este principio cualquier medida que sea necesaria para hacer cumplir las leyes y reglamentos, para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal, y la preservación de los recursos naturales no renovables.¹¹⁰ Sin embargo, esas medidas no pueden aplicarse de manera arbitraria o injustificada, ni pueden constituir restricciones encubiertas al comercio o a la inversión extranjera.¹¹¹

El artículo 1107 del TLC establece una prohibición contra el requisito de que la directiva de una empresa de un Estado Parte ostente alguna nacionalidad en particular. No obstante, las Partes podrán exigir que la mayoría de los miembros del consejo de administración sea de cierta nacionalidad o se trate de residentes en su territorio, siempre que el requisito no impida materialmente la capacidad del inversionista para ejercer el control sobre su inversión.

D. Transferencias

El artículo 1109 tiene el propósito de garantizar la libre transferencia de recursos entre los países parte del TLC. Las Partes han acordado no obstaculizar la remisión de ganancias, dividendos, intereses, pagos de regalías, gastos por administración y asistencia técnica o administrativa, productos derivados de la venta o liquidación de la inversión, y ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión. Además, las Partes permitirán que las transferencias se realicen sin demora y en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de transferencia.

Este artículo tiene importancia especial en el caso de México, que hace poco eliminó el control de cambios, mientras la mayor parte de los países latinoamericanos siguen centrando su política regulatoria en las limitaciones a las transferencias al exterior.¹¹² De acuerdo con el artículo 1109 del TLC, México y las otras Partes únicamente podrán imponer el control de cambios frente a una crisis de la balanza de pagos, conforme a un programa aprobado por el Fondo Monetario Internacional.¹¹³ Asimismo, se podrá impedir la realización de trans-

¹¹⁰ *Idem*, artículo 1106.6.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² Ver HEFTYE ETIENNE, Fernando, "El Capítulo de Inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica", en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, México, Ediciones y Publicaciones Losal, 1993, p. 37.

¹¹³ Artículo 2104 del TLC.

ferencias en caso de quiebra, infracciones penales o administrativas, o para garantizar el cumplimiento de una sentencia judicial.¹¹⁴

E. Expropiación y compensación

El artículo 1110 del TLC protege a los inversionistas de las Partes contra los actos de nacionalización o expropiación, o la adopción de medidas equivalentes a los mismos, por parte de los gobiernos de las Partes. Aunque las Partes siguen manteniendo el poder soberano de expropiar las propiedades de los inversionistas de las Partes en su territorio, únicamente podrán hacerlo por causa de utilidad pública, basado en el principio de no discriminación con apego al principio de legalidad, y mediante la indemnización adecuada.

El aspecto más novedoso de estas reglas para la expropiación son las reglas de indemnización. Conforme al TLC, la Parte que realice la expropiación deberá pagar una indemnización equivalente al justo valor prevaleciente en el mercado antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo.¹¹⁵ Los criterios de valuación implican el valor corriente del bien y el valor de los activos, incluyendo el valor catastral. La valoración no deberá reflejar una alteración del valor por causa del conocimiento anticipado de las intenciones de expropiar el bien. El pago de la indemnización se hará sin demora con la posibilidad de transferirse libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación. La indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable, computados hasta la fecha de pago al inversionista.

Canadá y Estados Unidos ya han aceptado las reglas para la expropiación en el ALC Canadá-EU, las cuales son casi idénticas a las del TLC.¹¹⁶ En cambio, México ha compartido la postura común en la mayoría de los países en desarrollo, consistente en que la indemnización debe fijarse conforme a su derecho interno.¹¹⁷ La Ley de Expropiación de México dispone que el precio que se fijará como indemnización por el bien expropiado, debe basarse en el valor catastral y no en el justo valor de mercado, y permite el pago a plazos de

¹¹⁴ *Idem*, artículo 1109.4.

¹¹⁵ *Idem*, artículo 1110.2.

¹¹⁶ Ver artículo 1605 del ALC Canadá-EU.

¹¹⁷ Ver artículo 2(c) de la Carta de Derechos y Deberes de los Estados, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1974.

la indemnización durante un periodo de hasta 10 años.¹¹⁸ El haber aceptado el estándar de indemnización "expedita, adecuada y líquida" del TLC, significa que México ha cedido a la posición de los países industrializados en materia de expropiación.

F. Solución de controversias

El TLC establece un mecanismo especial para la solución de controversias que puedan surgir del incumplimiento de las disposiciones del capítulo XI por alguna de las Partes. Cualquier inversionista de una Parte podrá, a su juicio, reclamar el incumplimiento del capítulo XI ante los tribunales de la Parte anfitriona o mediante el mecanismo de arbitraje "inversionista-Estado" del TLC. A diferencia del TLC, el ALC Canadá-EU solamente prevé el arbitraje entre Estados de controversias en materia de la inversión extranjera, faltando un mecanismo especial de solución para los inversionistas particulares.¹¹⁹

Se podrá someter al arbitraje inversionista-Estado del TLC, tanto a una entidad del gobierno federal, provincial o estatal de una Parte, como a un monopolio o empresa del Estado de una Parte, que incumpla con una obligación establecida en el capítulo XI o el capítulo XV del TLC, en su caso.¹²⁰ Los mecanismos de solución previstos en los capítulos XI y XX del TLC no se aplicarán a una decisión que resulte de la revisión de una inversión conforme a las disposiciones de la Ley de Inversiones de Canadá, de la Ley de Inversiones Extranjeras de México o de la Ley Exon-Florio de Estados Unidos.¹²¹

Las Partes han convenido en someterse al mecanismo de arbitraje inversionista-Estado para resolver cualquier controversia que surja del capítulo XI.¹²² En cambio, los inversionistas de las Partes deberán someterse expresamente a un arbitraje conforme al TLC y, a la vez, renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial de la Parte anfitriona.¹²³ Esta elección de recursos obligatoria no será necesaria en caso de reclamaciones que no impliquen el pago de daños (por ejemplo, los procedimientos

¹¹⁸ Artículos 10 y 19 de la Ley de Expropiación, *DOF* de 25 de noviembre de 1936. . .

¹¹⁹ Ver artículo 1608 del ALC Canadá-EU.

¹²⁰ Artículos 1116 y 1117 del TLC.

¹²¹ *Idem*, artículo 1138.1 y anexo 1138.2.

¹²² *Idem*, artículo 1122.

¹²³ *Idem*, artículo 1121.

tos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario.¹²⁴ Por ejemplo, Estados Unidos y Canadá, al no haber interpuesto ninguna reserva, al declarar una medida expropiatoria ésta puede ser impugnada ante sus tribunales nacionales y la reclamación de los daños y perjuicios simultáneamente podrá exigirse mediante el mecanismo de arbitraje Estado-inversionista del Capítulo XI.¹²⁵ Sin embargo, México estableció una reserva mediante la cual inversionistas de las otras Partes, se ven impedidos a acudir en forma simultánea a los tribunales nacionales y al procedimiento arbitral.¹²⁶

El capítulo XI también establece reglas sobre el procedimiento arbitral, incluyendo reglas novedosas sobre la designación de árbitros, las reglas procesales, la acumulación de procedimientos, la participación de una tercera Parte, la designación de peritos, las medidas provisionales de protección y la ejecución del laudo definitivo.¹²⁷ Un tribunal arbitral solamente podrá conceder indemnización por daños pecuniarios y los intereses correspondientes o la restitución de la propiedad (permitiéndole a la Parte contendiente la opción de pagar daños pecuniarios en lugar de restituir la propiedad), y no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo.¹²⁸

El hecho de incluirse un mecanismo de arbitraje inversionista-Estado en el TLC, implica un cambio de política significativo por parte de México. Hasta ahora, México no ha estado dispuesto a someter las controversias en materia de inversión al arbitraje internacional. Aunque México ha aceptado el arbitraje en controversias que se suscitan entre Estados extranjeros y sus paraestatales o bien en materia de deuda, se ha opuesto al arbitraje Estado-inversionista en instrumentos como los tratados bilaterales de inversión y las convenciones del MIGA, CIADI y OPIC.¹²⁹

¹²⁴ *Idem*, artículo 1121.1(b).

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ *Idem*, anexo 1120.1.

¹²⁷ *Idem*, artículos 1123-1137. Ver HEFTYE, *ob. cit.*, pp. 29-41; y PRICE, Daniel M., "Major Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement", en *The North American Free Trade Agreement: Provisions and Implications*, Asociación Internacional de Jóvenes Abogados, Bruselas, 1993, pp. 49-57.

¹²⁸ Artículo 1135 del TLC.

¹²⁹ El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA); el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); y la "Overseas Private Investment Corporation" de Estados Unidos (OPIC). Ver BERCAW, C. Christopher, "¿Y tú México?" El abandono de la Doctrina Calvo como

La resistencia de México frente al arbitraje inversionista-Estado se atribuye comúnmente a la "Doctrina Calvo", según la cual los extranjeros deben considerarse como nacionales del país anfitrión respecto a sus inversiones y sujetarse a las leyes del país anfitrión y a la jurisdicción exclusiva de sus tribunales.¹³⁰ De ahí surge la Cláusula Calvo, que es una manifestación concreta de la Doctrina Calvo y que pretende prohibir la invocación por parte del inversionista extranjero de la protección diplomática con respecto a una reclamación en contra del país anfitrión.¹³¹

Aunque México ha cedido en su insistencia por la jurisdicción exclusiva sobre una controversia que surja entre un inversionista de otra Parte y el gobierno mexicano, aún no ha abandonado por completo la Doctrina Calvo.

México seguirá exigiendo que los inversionistas de las otras Partes acuerden la Cláusula Calvo respecto a sus inversiones en México. Esta situación obedece a que el mecanismo del capítulo XI es un mecanismo Estado-inversionista y no un mecanismo Estado-Estado, como lo es el de protección diplomática. Lo cierto es que a través del mecanismo del capítulo XI disminuirán los procedimientos de protección diplomática y los inversionistas de las Partes no tendrán que agotar recursos internos, con lo cual el objetivo primordial de la Cláusula Calvo parece ser que se verá desvirtuado.

Cabe apuntar, que en el caso de incumplimiento del laudo arbitral emitido de acuerdo a la Subsección B del capítulo XI, podrá acudir el Estado Parte afectado al procedimiento del capítulo XX, sin que se requiera en este caso tampoco agotar los recursos internos.¹³²

obstáculo a la resolución de controversias entre inversionistas extranjeros y los Países Latinoamericanos", *Estudios Jurídicos* (Escuela Libre de Derecho), 1993, p. 39; ORTIZ, Loreta, "Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera", en *Jurídica*, núm. 21, Anuario de la Universidad Iberoamericana, 1992, México, pp. 386 y ss.; y SIQUEIROS, José Luis, *El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada*, Fondo para la Difusión del Derecho, Escuela Libre de Derecho, Porrúa, México, 1992, pp. 15-21, 38-53.

¹³⁰ Ver ROFFE, Pedro, "Calvo y su vigencia en América Latina", en *Revista SEPÚLVEDA, César, Curso de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., México, Porrúa, *del Derecho Industrial*, vol. 6, núm. 17, Argentina, mayo-agosto de 1984, p. 255; 1991, pp. 248-250; y SIQUEIROS, *op. cit.*, p. 40.

¹³¹ Ver, p.ej., artículo 27 de la Constitución Mexicana y artículo 3º de la LIE.

¹³² Artículo 1136.5 del TLC.

IV. LOS EFECTOS DEL TLC SOBRE LA REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN NORTEAMÉRICA

La ratificación del TLC implicará gran avance del marco legal de la IED en Norteamérica. Los inversionistas de las Partes no sólo tendrán mayor protección para sus inversiones bajo las reglas del TLC, sino también mayor acceso a las economías de los países del TLC. Cada una de las Partes ha acordado liberalizar sus restricciones a la inversión extranjera con respecto a los inversionistas de las otras Partes. Las restricciones que permanecen están descritas en detalle en los anexos del TLC, dando mayor transparencia y certidumbre a las leyes de inversión extranjera de cada Parte.

A. Autorización de la inversión extranjera

Aunque los mecanismos de revisión de cada Parte quedan exentos del principio de no discriminación del capítulo XI, Canadá y México liberalizarán significativamente su política de revisión con respecto a los inversionistas de las otras Partes. Estados Unidos seguirá revisando adquisiciones bajo la Ley Exon-Florio, pero no podrá aplicar la Ley a inversiones no relacionadas con la seguridad nacional. No se someterán las decisiones de los mecanismos de revisión de ninguna de las Partes a los procedimientos para la solución de controversias previstos en los capítulos XI y XX del TLC.¹³³

1. Canadá

Canadá se ha reservado el derecho de seguir revisando las adquisiciones de empresas canadienses y las inversiones nuevas conforme a las disposiciones de la Ley de Inversiones Canadá. Sin embargo, en el caso de la adquisición de una empresa canadiense por un inversionista estadounidense o mexicano, se aplicarán los topes más altos establecidos en el ALC Canadá-EU. Por lo tanto, se revisarán las adquisiciones directas por estadounidenses y mexicanos solamente cuando los activos de la empresa adquirida excedan de 150 millones de dólares (con ajustes anuales por la inflación, a diferencia de los 5 millones de dólares canadienses de la LIC, y no se revisarán sus adquisiciones indirectas. Estos topes más altos únicamente se aplica-

¹³³ *Idem*, artículo 1138.1 y anexo 1138.2.

rán a los inversionistas que sean nacionales o entidades controladas por nacionales de México o de Estados Unidos.¹³⁴

Quedará sujeta a revisión bajo la LIC toda inversión en las industrias culturales. Tampoco se aplicarán los topes más altos a los siguientes sectores: producción y explotación de uranio, petróleo y gas, servicios financieros y servicios de transporte.¹³⁵

2. México

México también ha hecho una reserva en relación con la revisión de la IED por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. La CNIE seguirá revisando la IED en los sectores restringidos de la economía mexicana, conforme a los anexos de México.¹³⁶ Con respecto a los sectores no restringidos, la CNIE únicamente revisará:

“la adquisición, directa o indirecta, realizada por un inversionista de otra Parte de más del 49 por ciento de la participación en una empresa establecida en México que sea propiedad o esté controlada, directa o indirectamente, por mexicanos dentro de un sector no restringido, si el valor de los activos brutos de la empresa establecida en México no sea [*sic*] inferior al monto de los umbrales [topes] aplicables”.¹³⁷

El tope aplicable a los inversionistas de Canadá y de Estados Unidos será de 25 millones de dólares estadounidenses en los primeros tres años a partir de la fecha de entrada en vigor del TLC, y aumentará cada tres años hasta un monto máximo de 150 millones de dólares estadounidenses a partir del décimo año del TLC, con ajustes anuales de los topes de acuerdo con la inflación.¹³⁸

Esto significa una liberalización importante de la política de revisión de inversiones en México. Primero, la CNIE no revisará la constitución de nuevas empresas o ampliación de inversiones existentes en industrias no restringidas, no obstante el monto de inversión. Únicamente estarán sujetos a la previa autorización de la CNIE las adquisiciones que excedan los topes aplicables. Segundo, el cumpli-

¹³⁴ *Idem*, anexo I, p. 173.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ *Ver infra*, IV, D.

¹³⁷ Anexo I del TLC, p. 139.

¹³⁸ *Idem*.

miento de ciertos requisitos de desempeño no será un requisito para la participación extranjera mayoritaria en el capital social de empresas mexicanas que realicen actividades no restringidas. Actualmente, los inversionistas extranjeros tienen que cumplir con los requisitos de desempeño establecidos en el Reglamento de la LIE u obtener la previa autorización de la CNIE, para tener más del 49 por ciento del capital social de tales empresas.¹³⁹ De acuerdo con el TLC, la CNIE únicamente revisará las adquisiciones que superen los topes aplicables.

3. Estados Unidos

El procedimiento de revisión de la Ley Exon-Florio quedará totalmente exento de la aplicación del principio de trato no discriminatorio del capítulo XI. Conforme a la excepción de “seguridad nacional”, el TLC no impide a ninguna de las Partes que adopte “cualesquiera medidas que considere necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad”.¹⁴⁰ Estos intereses esenciales incluyen el comercio de “bienes, materiales, servicios y tecnología que se lleve a cabo con la finalidad directa o indirecta de proporcionar suministros a una institución militar o a otro establecimiento de defensa”.¹⁴¹

La excepción de seguridad nacional obviamente parte de la Ley Exon-Florio, cuyo propósito es el de asegurar abastecimiento local de armamentos y tecnología para las fuerzas armadas de Estados Unidos. Sin embargo, la estrechez de esta excepción protege a los inversionistas de las Partes contra una ampliación del procedimiento de revisión para incluir otras clases de IED. Las Partes o sus inversionistas podrían impugnar tales nuevas medidas proteccionistas mediante los mecanismos de solución de controversias de los capítulos XI y XX del TLC.

B. Requisitos de desempeño

Canadá y México exigen requisitos de desempeño a los inversionistas extranjeros como parte de sus procedimientos de revisión de inversiones y con respecto a ciertas industrias. Para cumplir con el artículo 1106 del TLC, ambos países eliminarán casi todos los requisitos de desempeño que requerían respecto a la exportación, contenido na-

¹³⁹ *Ver supra*, II, A.

¹⁴⁰ Artículo 2102.(b) del TLC.

¹⁴¹ *Idem*.

cional, balanzas de divisas y otros aspectos operativos en sus territorios.¹⁴² En cambio, conforme a la excepción de seguridad nacional del TLC, Estados Unidos mantendrá el derecho de exigir cualesquier requisitos de desempeño bajo la Ley Exon-Florio.¹⁴³

Con el TLC, cambiarán considerablemente los criterios que se utilicen para la revisión de la IED en México. Mientras actualmente la CNIE se enfoca en la contribución a la exportación y a la balanza de pagos, y la ubicación de la inversión, bajo el TLC la CNIE tomará en cuenta únicamente los siguientes criterios: 1) sus efectos sobre el empleo y la capacitación; 2) el aporte tecnológico; y 3) en general, su contribución en el incremento de la productividad industrial en México y la competitividad.¹⁴⁴ Tales requisitos de desempeño están permitidos bajo el TLC.¹⁴⁵

Canadá también ha convenido en eliminar ciertos requisitos de desempeño de su procedimiento de revisión. "Inversiones de Canadá" no exigirá compromisos de inversionistas extranjeros en relación con el nivel de exportación o el contenido nacional, empero seguirá condicionando su aprobación de proyectos de IED a la ubicación de plantas, realización de investigación y desarrollo, empleo y capacitación de trabajadores, y la construcción o expansión de instalaciones específicas en Canadá.¹⁴⁶

Además de modificar sus criterios para la revisión de inversiones, Canadá y México también eliminarán los requisitos de desempeño que se aplican en ciertas industrias. Canadá acordó eliminar algunos requisitos de exportación de la industria automotriz.¹⁴⁷ Asimismo México gradualmente eliminará los requisitos de exportación de ciertos programas del gobierno.¹⁴⁸ Sin embargo, México mantendrá requisitos sobre el uso de productos de fabricación nacional ("contenido nacional") para la industria automotriz, así como ciertas reglas sobre el uso del idioma español para la transmisión o distribución de programas de radio y televisión.¹⁴⁹

¹⁴² *Idem*, anexo I.

¹⁴³ *Ver idem*, artículo 2201.

¹⁴⁴ *Idem*, anexo I, p. 130.

¹⁴⁵ *Idem*, artículo 1106.4.

¹⁴⁶ *Idem*, anexo I, p. 174.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 179.

¹⁴⁸ *Idem*, pp. 145-147 (Decreto para el fomento y operación de la Industria Maquiladora y los Decretos ALTEX y PITEX).

¹⁴⁹ *Idem*, pp. 134-135 y 143-145.

C. Registro de inversiones extranjeras

A pesar de que el registro obligatorio de la IED contradiga el principio de trato nacional por constituir una forma de discriminación contra los inversionistas extranjeros, se permite expresamente en el artículo 1111 del TLC. Ese artículo establece que las Partes podrán seguir requiriendo que los inversionistas extranjeros proporcionen información referente a sus inversiones, exclusivamente para fines de información o estadística, siempre que protejan a los inversionistas de cualquier divulgación de la información confidencial, "que pudiera afectar negativamente la situación competitiva de la inversión o del inversionista" (salvo que sea "información referente a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación").¹⁵⁰ En caso de que las Partes incumplan estas reglas, los inversionistas de las Partes podrán reclamar el incumplimiento mediante el mecanismo de solución de controversias del capítulo XI.

D. Sectores restringidos

Los límites a la participación extranjera en ciertos sectores de la economía contradicen el principio de trato nacional y están prohibidos bajo el TLC.¹⁵¹ México, cuyos sectores restringidos son bastante más numerosos que los de Canadá y Estados Unidos, ha convenido en eliminar muchas de sus restricciones. No obstante las tres Partes mantendrán las restricciones a la IED en muchos sectores como reservas al TLC.

1. Canadá y Estados Unidos

El TLC tendrá un impacto neutro para Canadá y Estados Unidos, por cuanto estos países establecieron las restricciones en materia de inversión extranjera de sus respectivas legislaciones en las reservas que se incluyeron al anexo I.¹⁵² Aunque no desaparecieron dichas restricciones a la IED, el TLC los hará más transparentes y protegerá a los inversionistas de las Partes de medidas futuras que discriminen

¹⁵⁰ *Idem*, artículo 1102.4.

¹⁵¹ *Idem*, artículo 1102.4.

¹⁵² *Ver infra*, los apéndices "A", "B" y "C".

en contra de los inversionistas extranjeros. Únicamente se podrán adoptar nuevas restricciones en las áreas mencionadas específicamente en el anexo II del TLC.¹⁵³

En el anexo II, las Partes han indicado los sectores y actividades respecto de las cuales las Partes podrán mantener medidas disconformes a las disposiciones del TLC, o introducir nuevas regulaciones, o adoptar medidas más restrictivas, con el fin de preservar sus facultades de regular industrias sensibles o de desarrollo rápido, tales como las telecomunicaciones. Las Partes también podrán utilizar estas reservas como represalias contra las medidas discriminatorias que sean adoptadas o mantenidas por otras Partes. Por ejemplo, México ha incluido este tipo de reserva en contra de Estados Unidos en materia de servicios legales. Asimismo, Canadá las tiene contra Estados Unidos para el sector marítimo. Estados Unidos tiene varias reservas de ese tipo en materia de minería, servicios legales, transporte aéreo, televisión por cable, publicaciones de periódicos y, en el caso de inversionistas de Canadá, la adquisición de tierras en la franja costera.

Además, México y Estados Unidos podrán adoptar medidas de "efectos comerciales equivalentes" que se tomen como respuesta a cualquier medida restrictiva que adopte Canadá en lo referente a las industrias culturales, que se encuentran completamente exentas de las disposiciones del TLC.¹⁵⁴

2. México

Aunque México ha negociado la lista más larga de reservas al principio de trato nacional,¹⁵⁵ también ha acordado hacer los cambios más profundos respecto a su régimen de inversión extranjera. Dentro de los cinco años posteriores a la entrada en vigor del TLC, los inversionistas de Canadá y Estados Unidos tendrán acceso sin límite a casi todos los sectores de la Economía mexicana, excepto a los sectores reservados por la Constitución al Gobierno mexicano.

Desde el comienzo de las negociaciones del TLC, México ha dejado claro que no estaría abierto a negociar las áreas estratégicas reservadas al Estado. México ha reservado el derecho exclusivo de

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Anexo 2106 del TLC.

¹⁵⁵ Ver *infra*, apéndice "B".

desempeñar esas actividades, que incluyen la industria petrolera, el servicio público de energía eléctrica, los ferrocarriles y otras áreas estratégicas indicados en el anexo III del TLC. Además, México ha previsto la posible desincorporación de estas industrias, en tal caso podrá imponer restricciones a la participación de la IED en las industrias desincorporadas.¹⁵⁶

En otros sectores, incluso algunos de los que actualmente se encuentran reservados exclusivamente a los mexicanos, México ha acordado eliminar parcial o totalmente las restricciones a la participación extranjera, respecto a los inversionistas de Canadá y Estados Unidos. Esta liberalización tendrá efectos para algunos sectores a la entrada en vigor del TLC, y para otros sectores se aplicará un calendario de reducción que durará cinco o diez años. Cabe destacar que México eliminará las restricciones a la IED en las industrias de construcción, fabricación de autopartes, minería, y ciertos aspectos de la industria de transporte terrestre. Un resumen de las reservas de México en los anexos I, II y III aparece en el apéndice "C", *infra*.

V. CONCLUSIÓN

No es necesario estudiar el capítulo XI entrando en gran detalle para concluir que el cambio más profundo en la regulación de la IED ocurrirá en México. Canadá y Estados Unidos harán ajustes menores en su legislación en materia de inversión extranjera y casi todos los principios del capítulo XI se incluyeron en el ALC Canadá-EU y los múltiples tratados bilaterales de inversión celebrados por ambos países con otros Estados. En cambio, México está dispuesto a eximir a los inversionistas de las Partes de casi todos los obstáculos actuales a la IED, salvo los establecidos en la Constitución Mexicana. Además, México ha aceptado disposiciones a las que se había opuesto duramente en el pasado, tales como la regla de "rápida, adecuada y efectiva" compensación para la expropiación y el arbitraje obligatorio de disputas inversionista-Estado.

¿Cuáles son los motivos de estos cambios tan radicales por parte de México? Tal vez los negociadores mexicanos se rindieron a la presión intensa de sus homólogos de Canadá y Estados Unidos. Pero en realidad, estas reformas forman parte del Programa del gobierno

¹⁵⁶ Anexo III, sección B del TLC.

del Presidente Salinas de apertura de la economía mexicana. Los grandes cambios del TLC probablemente serían imposibles de lograr a través del proceso legislativo normal. No cabe duda que la amenaza de oposición en el Congreso convenció al Presidente Salinas a promulgar un nuevo Reglamento a la Ley de Inversiones Extranjeras en lugar de modificar la ley directamente. En virtud de que el TLC sólo necesita la ratificación del Senado, el Presidente Salinas otra vez evitará la resistencia de los opositores de la Cámara de Diputados. El apoyo abrumador del TLC en México también hace que los cambios tan radicales a la LIE sean más aceptables al pueblo mexicano, ya que los cambios representan sólo un capítulo de un tratado de 22 capítulos que abarcan un gran número de materias además de la IED.

Después de la adopción del TLC por los tres países, es probable que México emita una nueva Ley de Inversión Extranjera para extender la apertura a los inversionistas de otros países. Un objetivo expresado del gobierno del Presidente Salinas es el de diversificar las fuentes de la IED en México mediante los inversionistas de la Comunidad Europea y las naciones de la Cuenca del Pacífico, en vez de depender exclusivamente en la inversión de Estados Unidos.

Al parecer, la IED tiene un papel tan importante en el TLC como el del libre comercio. Aunque los inversionistas de las tres Partes gozarán de más seguridad y acceso para sus inversiones en Norteamérica, los inversionistas de Canadá y Estados Unidos se beneficiarán más de las disposiciones del capítulo XI. El crecimiento de inversión también dará beneficios a México, el cual financiará su desarrollo económico tan deseado.

Finalmente, queda la duda si la IED acelerará la explotación desnaturalizada de la mano de obra o el medio ambiente, o pone en riesgo la soberanía de México.

APÉNDICE "A"

LAS RESTRICCIONES SECTORIALES RESERVADAS POR CANADÁ

Sector	Restricción a la Inversión Extranjera	Anexo	Reducción
TODOS LOS SECTORES			
Revisión de inversión	Salvo lo previsto en las disposiciones especiales para los inversionistas de las Partes, quedan exentos del TLC los procedimientos de revisión y requisitos de desempeño de la Ley de Inversiones de Canadá (ICA).	I	Ninguna
Venta de empresas del Estado	Canadá o cualquier provincia podrán prohibir o poner limitaciones sobre la participación en dichas empresas, la facultad de controlarlas, y la nacionalidad de sus ejecutivos o los miembros del consejo de administración.	I	Ninguna
Empresas constituidas a nivel federal	Podrán aplicarse limitaciones a la emisión, transferencia y participación de acciones, y a la nacionalidad de los miembros del consejo de administración.	I	Ninguna
Industrias estratégicas	Los "no residentes" no podrán tener más de un porcentaje específico de las acciones de siete compañías canadienses, las cuales se dedican al transporte aéreo, explotación de energía y alta tecnología.	I	Ninguna

COMUNICACIONES

Industrias culturales	Cualquier inversión extranjera podrá ser revisada de acuerdo con las disposiciones de la ICA.	I	Ninguna
Telecomunicaciones	Canadá se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida respecto a la radiocomunicación, los cables submarinos y la prestación de redes de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones.	II	Ninguna

ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES

Petróleo y gas	Se otorgarán las concesiones de producción con respecto a las "tierras fronterizas" y las "áreas mar adentro" únicamente a las empresas canadienses que tengan una participación extranjera máxima hasta el 50%.	I	Ninguna
Petróleo y gas	Se podrá condicionar la aprobación de un proyecto de desarrollo al cumplimiento de ciertos requisitos de desempeño.	I	Ninguna
Minas de uranio	La participación extranjera en una propiedad minera de uranio está limitada a 49%.	I	Ninguna
Pesca	Se podrán excluir los barcos extranjeros de la Zona Económica Exclusiva de Canadá. Las empresas pesqueras procesadoras que tienen un nivel de participación extranjera mayor al 49% tienen prohibido obtener concesiones de pesca comercial.	I	Ninguna

Sector PROPIEDAD INMOBILIARIA

Restricción a la Inversión Extranjera

Sector	Restricción a la Inversión Extranjera	Anexo	Reducción
Tierras en la franja costera	Canadá y sus provincias se reservan el derecho de adoptar o mantener cualquier medida relacionada con los requisitos de residencia para la adquisición de tierras en la franja costera.	II	Ninguna
TRANSPORTE AÉREO			
Servicios de transporte aéreo	Sólo las empresas canadienses que tengan participación extranjera hasta el 25% podrán prestar servicios aéreos internos y ciertos servicios aéreos internacionales. Su presidente y por lo menos 2/3 de sus directivos deben ser de nacionalidad canadiense.	I	Ninguna
Servicios aéreos especializados	Canadá se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida que restrinja la participación extranjera en el capital social y en la administración de las empresas que presten estos servicios.	II	Ninguna
TRANSPORTE POR AGUA			
Cabotaje marítima	Canadá se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida relativa a la inversión extranjera en este sector.	II	Ninguna
En general	Canadá se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida que deniegue a los inversionistas	II	Ninguna

de los Estados Unidos los beneficios otorgados a los inversionistas de México o de cualquier otro país, en las actividades equivalentes a aquellos sujetos al anexo II de los Estados Unidos.

OTROS SECTORES

Minorías y poblaciones autóctonas	II	Ninguna
Agricultura	I	Ninguna
Industria automotriz	I	Ninguna
Agentes aduanales	I	Ninguna
Tiendas exentas de impuestos	I	Ninguna
Servicios sociales	II	Ninguna

Canadá se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida que niegue a los inversionistas de otra Parte cualquier derecho o preferencia otorgados a minorías sociales o a poblaciones autóctonas.

Los préstamos otorgados por la Corporación de Crédito Agrícola sólo podrán destinarse a canadienses.

Se podrá otorgar la exención de aranceles aduaneros a los fabricantes de productos automotrices, condicionándola al cumplimiento de ciertos requisitos de desempeño.

Están sujetos a restricciones por razón de nacionalidad.

Está prohibida la inversión extranjera.

Canadá se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida relacionada con esta área.

APÉNDICE "B"

LAS RESTRICCIONES SECTORIALES RESERVADAS POR MÉXICO

Sector	Restricción a la Inversión Extranjera	Anexo	Reducción
TODOS LOS SECTORES			
Revisión de adquisiciones	La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) únicamente revisará la adquisición de más del 49 por ciento de la participación realizada por un inversionista de otra Parte de una empresa mexicana que sea propiedad o esté controlada por mexicanos, dentro de un sector no restringido, si el valor de los activos de la empresa mexicana no es inferior al monto de los topes aplicables.	I	Ninguna
Criterios para la revisión	Los criterios que tomará en cuenta la CNIE son los efectos del proyecto de inversión sobre el empleo y la capacitación, su aporte tecnológico y su contribución en el incremento de la productividad industrial en México y la competitividad.	I	Ninguna
Sociedades cooperativas	No más de 10% de los miembros que integren una sociedad cooperativa de producción mexicana podrán ser extranjeros; los extranjeros no podrán desempeñar puestos de dirección o de administración general en tales empresas.	I	Ninguna

Microindustria	No se permite la inversión extranjera en una "micro-industria".	I	Ninguna
COMUNICACIONES			
Comunicaciones vía satélite	Reservada exclusivamente al Estado mexicano.	III	Ninguna
Servicios de telégrafo y radiotelegrafía	Reservada exclusivamente al Estado mexicano.	III	Ninguna
Servicio postal	Reservado exclusivamente al Estado mexicano.	III	Ninguna
Servicios de satélite, telégrafo y correo	México se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida respecto a estos sectores.	II	Ninguna
En general	Los gobiernos y las empresas de Estado extranjero no podrán invertir en el sector de comunicaciones.	I	Ninguna
Telecomunicaciones	México se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida respecto a la prestación de servicios de navegación aérea y de telecomunicaciones en general.	II	Ninguna
Telecomunicaciones	Los inversionistas de otra Parte podrán adquirir hasta el 49% de una empresa que proporcione servicios de	I	1995

Sector	Restricción a la Inversión Extranjera	Anexo	Reducción
Servicios de esparcimiento	videotexto y servicios mejorados de computación de paquetes. México se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida respecto a servicios de radiodifusión, sistemas de distribución multipunto, música continua y televisión de alta definición.	II	Ninguna
Radio y televisión	Se requiere autorización previa para retransmitir programas realizados en el extranjero.	I	Ninguna
Radio y televisión	Se requiere el uso del idioma español y locutores mexicanos para la transmisión de programas, salvo autorización previa de la Secretaría de Gobernación.	I	Ninguna
Radio y televisión	Se requiere el uso del idioma español o subtítulos en español en todos los anuncios.	I	Ninguna
Televisión por cable	Se otorgarán las concesiones únicamente a las empresas mexicanas con participación extranjera hasta el 49 por ciento.	I	Ninguna
Cines	El 30% del tiempo anual en pantalla en cada sala está reservado a las producciones mexicanas.	I	Ninguna
Publicación de periódicos	La inversión extranjera no podrá exceder el 49% en empresas que publiquen periódicos principalmente para el público mexicano.	I	Ninguna

ENERGÍA Y RECURSOS
NATURALES

Petróleo, otros hidrocarburos y petroquímica básica

Distribución de gas y productos de petróleo

Trabajos relacionados con petróleo y gas

Electricidad

Energía nuclear

Minería

Reservado exclusivamente al Estado mexicano.

La inversión extranjera está excluida en empresas que lleven a cabo la distribución, transporte, almacenaje o venta de gas líquido de petróleo, o que operen gasolineras para la venta al menudeo de gasolina y otros productos de petróleo.

Se requiere la aprobación previa de la CNIE para que un inversionista extranjero adquiera más del 49% de una empresa que realice trabajos de exploración y perforación de pozos de petróleo y gas y la construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados. Están prohibidos los contratos de riesgo compartido.

La prestación del servicio público de energía eléctrica está reservada exclusivamente al Estado mexicano.

La generación de energía nuclear y el tratamiento de minerales radioactivos están reservados exclusivamente al Estado mexicano.

Se requiere la aprobación previa de la CNIE para que

III Ninguna

I Ninguna

I Ninguna

III Ninguna

III Ninguna

I 1999

Sector

Restricción a la Inversión Extranjera

Anexo

Reducción

Pesca

MANUFACTURA DE BIENES

Industria de autopartes

Industria automotriz

Industria maquiladora

En general

Explosivos, fuegos artificiales, armas de fuego y cartuchos

un inversionista de otra Parte adquiera más del 49% de la participación de una empresa mexicana que se dedique a actividades de extracción y explotación.

La participación extranjera no podrá exceder el 49%, salvo el caso de pesca en altamar, en el cual la CNIE podrá conceder autorización para la participación extranjera hasta el 100%.

La participación de los inversionistas de las Partes no podrá exceder el 49%.

Se aplican varios límites a la participación extranjera, así como requisitos de exportación y de contenido local (ver el anexo 300-A del TLC).

Las ventas al mercado doméstico no podrán ser superiores al 55% del valor total de las exportaciones del año anterior.

Requisitos de exportación conforme a los Decretos PITEX y ALTEX.

La participación extranjera no podrá exceder el 49%. Los extranjeros no podrán ser designados miembros del consejo de administración u ocupar puestos de alta dirección.

I 1999

I Anexo 300-A

I 2001

I 2001

I Ninguna

PROPIEDAD INMOBILIARIA

Agricultura, ganadería y silvicultura I Ninguna

Zona Restringida I Ninguna

Los extranjeros no podrán ser propietarios de tierras destinadas para tales propósitos; sino podrán adquirir hasta el 49% de participación de acciones serie "T" que representen el valor de las tierras.

Los extranjeros y las sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros, no podrán adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de 100 km a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas. Únicamente se permite la inversión extranjera a través de un fideicomiso por un periodo que no exceda de 30 años.

TRANSPORTE

En general I Ninguna

TRANSPORTE AÉREO I Ninguna

Servicios de transporte en aeronaves con matrícula nacional I Ninguna

Los gobiernos y las empresas de Estado extranjero no podrán invertir en la industria de transporte.

Reservados a las empresas mexicanas que tengan participación extranjera hasta el 25% y no menos de 2/3 de su administración de nacionalidad mexicana.

Sector

Restricción a la Inversión Extranjera

Anexo

Reducción

Servicios aéreos especializados I Ninguna

Reservados a las empresas mexicanas con participación extranjera hasta el 25% y con 2/3 de su administración de nacionalidad mexicana.

Aeropuertos y helipuertos III Ninguna

Están reservados al Estado mexicano el control, inspección y vigilancia de los aeropuertos y helipuertos.

Administración de aeropuertos y helipuertos I Ninguna

Se requiere la aprobación previa de la CNIE para que la inversión extranjera exceda 49%.

TRANSPORTE TERRESTRE

Ferrocarriles III Ninguna

Reservados exclusivamente al Estado mexicano.

Administración de terminales de camiones o autobuses I 2004

La inversión extranjera está prohibida. Este sector se abrirá gradualmente a los inversionistas de las Partes.

Transporte urbano I Ninguna

La inversión extranjera está prohibida.

Autotransporte de carga y pasajeros I 2004

La inversión extranjera está prohibida. Este sector se abrirá gradualmente a los inversionistas de las Partes.

TRANSPORTE POR AGUA

Puertos marítimos y terrestres III Ninguna

Están reservados al Estado mexicano el control, inspección y vigilancia de los puertos.

Transporte marítimo y fluvial	La inversión extranjera está prohibida en los servicios de cabotaje. Se requiere la aprobación de la CNIE para que la participación extranjera exceda del 49% en empresas que proporcionen servicios de transporte marítimo internacional.	III	Ninguna
Servicios Auxiliares marinos	Se requiere la aprobación de la CNIE para que la participación extranjera exceda del 49%.	I	Ninguna
OTROS SECTORES			
Emisión de billetes y acuñación de moneda	Reservada exclusivamente al Estado mexicano.	III	Ninguna
Construcción	Se requiere la aprobación de la CNIE para que la participación extranjera exceda del 49%.	I	2004
Escuelas privadas	Se requiere la aprobación de la CNIE para que la participación extranjera exceda del 49%.	I	Ninguna
Servicios profesionales y especializados	Sólo las personas físicas de nacionalidad mexicana podrán estar autorizados para ejercer como médicos, agentes aduanales, abogados, contadores, notarios, corredores públicos y veterinarios.	I	Algunas
Servicios legales	México se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida respecto a la prestación de ser-	II	Ninguna

Sector	Restricción a la Inversión Extranjera	Anexo	Reducción
Servicios religiosos	Los representantes de las asociaciones religiosas deben ser mexicanos por nacimiento.	I	Ninguna
Comercio al menudeo	La participación extranjera no podrá exceder del 49% de una empresa que venda armas de fuego, cartuchos y municiones. Los extranjeros no pueden ser miembros del consejo de administración u ocupar puestos de alta dirección de tales empresas.	I	Ninguna
Servicios sociales	México se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida relacionada con esta área.	II	Ninguna

LAS RESTRICCIONES SECTORIALES RESERVADAS POR ESTADOS UNIDOS

Sector	Restricción a la Inversión Extranjera	Anexo	Reducción
COMUNICACIONES			
Telecomunicaciones	Las empresas que presten servicios mejorados o de valor agregado y que tengan una participación extranjera del 20% o más, deben enviar copias de todos los acuerdos de operación otorgados por gobiernos extranjeros.	I	Ninguna
Telecomunicaciones	EU se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida relacionada con redes y servicios de telecomunicaciones y radiocomunicaciones.	II	Ninguna
Televisión por cable	EU se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida que otorgue trato equivalente a las personas de cualquier país que limite la participación de personas de EU en empresas que operan sistemas de televisión por cable en ese país.	II	Ninguna
Publicación de periódicos	EU se reserva el derecho de mantener o introducir cualquier medida que otorgue un trato equivalente a las personas de cualquier país que limite la participación de empresas personas de EU dedicadas a la publicación de periódico en ese país.	II	Ninguna

Sector	Restricción a la Inversión Extranjera	Anexo	Reducción
ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES			
Energía atómica	No se otorgará una licencia a una entidad controlada por extranjeros para la producción, importación o utilización de cualquier instalación que produzca o utilice materiales nucleares.	I	Ninguna
Minería	Se puede negar a los inversionistas extranjeros una servidumbre para oleoductos o gasoductos, o para explotar recursos minerales en tierras federales, en caso de que su país de origen niegue derechos similares a los inversionistas de EU.	I	Ninguna
PROPIEDAD INMOBILIARIA			
Tierras en la franja costera	EU se reserva el derecho de imponer requisitos de residencia a los inversionistas de Canadá.	II	Ninguna
TRANSPORTE AÉREO			
Servicios de transporte aéreo	Únicamente empresas de transporte aéreo que sean de nacionalidad estadounidense (las que tengan una participación extranjera hasta un máximo del 25% y de cuyos directivos, no más de 1/3 sean de nacionalidad extranjera) podrán prestar servicio aéreo doméstico.	I	Ninguna

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE (NAFTA) Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA (MÉXICO)

MARCO JURIDICO INTERNACIONAL DEL NUEVO RÉGIMEN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Rafael Pérez Miranda

SUMARIO: *Introducción. Derecho económico internacional e inversión extranjera. 1. Derecho de integración e IED. 1.1. El control de la inversión extranjera en España. 1.2. Sujetos de la regulación. 1.3. Tipos de inversión extranjera. 1.4. Derechos de los inversores extranjeros. 1.5. Otras disposiciones de interés. 1.6. Objetivos de la ley. 1.7. El Acuerdo de Cartagena. 1.8. Objetivos de la norma. 2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Inversión Extranjera. 2.1. Trato no discriminatorio. 2.2. Expropiación. 2.3. Requisitos de desempeño y libertad de transferencias. 2.4. Reformas legales. 3. El nuevo rol del Sistema de Bretton Woods. 3.1. El Banco Mundial y la Inversión Extranjera. 3.2. La asesoría en inversión extranjera directa. 3.2.1. Selección de las propuestas de inversión. 3.2.2. Incentivos para las inversiones. 3.2.3. Transferencia de dividendos y remesas. 3.3. La garantía internacional de la inversión extranjera directa. 4. Las vicisitudes de la Doctrina Calvo y la IED. 4.1. Excepciones destacadas a la Doctrina Calvo. 5. La solución de controversias sobre inversión en el TLC y la Doctrina Calvo. 5.1. Quiénes pueden solicitar el tribunal arbitral. 5.2. Conflictos a los que se aplica la solución de controversias. 5.3. Derecho aplicable. 5.4. Arbitraje y protección diplomática. 5.5. Vigencia contemporánea de la Doctrina Calvo. 5.6. El Estado y sus representantes deben actuar conforme a las leyes nacionales. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN. DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL E INVERSIÓN EXTRANJERA

La inversión de un extranjero o de una empresa extranjera se encuentra sometida, en principio, al cambiante derecho interno del país huésped. El incremento sustancial de los flujos internacionales de capitales ha motivado que las empresas transnacionales y los inversores de los países industrializados presionen para que se otorguen garantías a

sus inversiones; las cuales, sin embargo, no pueden dejar de estar sometidas a la temporalidad de los gobiernos y a las variaciones que se pueden dar en la legislación con motivo de crisis económicas o de presiones sociales. Las transnacionales tradicionalmente basaban su defensa, ante lo que consideraban agresiones del Estado-nación, en su poderío económico y en la protección diplomática, muchas veces violenta, de los países en que tenían su sede las matrices.

En el ámbito internacional se desarrollaron dos corrientes que desde perspectivas opuestas propugnaban el establecimiento de normas que regularan la inversión extranjera y el comportamiento de las empresas transnacionales (o multinacionales), orientadas por países que se agrupaban privilegiando su nivel de desarrollo económico más que su estructura política. Los países en desarrollo impulsaron normas para impedir el comportamiento ilícito de la inversión extranjera y exigían que se respetara su soberanía jurídica para establecer límites a la radicación de capitales y al envío de flujos al exterior. Los países desarrollados, por el contrario, trataron de que se normara en favor de la libertad de radicación de capitales, que no se impusieran límites a los flujos derivados del mismo y a su repatriación y que se garantizara la inversión frente a hechos no mercantiles (políticos). Parte del debate se daba respecto al foro en el cual se debía discutir la normación internacional; los países industrializados lograron incluir los servicios en la ronda Uruguay del GATT y los países en desarrollo pretendían que se discutieran en la UNCTAD o en la OMPI, donde la mayor especificidad de los temas a debatir y la correlación de fuerzas les era menos desfavorable.

El impulso a los procesos de integración motivó que también en ellos se incluyera un capítulo especial sobre el tema que analizamos; en estos casos los convenios dejaron de ser meramente indicativos, como lo fueron Carta de Deberes de los Estados aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas y los Códigos de Conducta sobre Multinacionales y de Transferencia de Tecnología, dado que la ratificación de los tratados por los congresos nacionales y el nivel de detalle que resulta posible cuando se norma sólo para una región, los hicieron obligatorios.

1. Derecho de la Integración e IED

Un acuerdo de integración serio y profundo implica la necesidad de establecer criterios comunes frente a la inversión extranjera origina-

ria de los países miembros, de terceros países, y en relación a la que se dirige a otros países.

La Unión Europea. El Tratado de la Unión Europea, en la versión Maastricht, establece la necesidad de lograr a la brevedad la libre circulación de personas, capitales, mercancías y servicios, impulsando además la circulación de capitales desde y hacia terceros países; para ello establece diversas etapas, muchas de las cuales a la fecha se han cumplido. En la actualidad rige el principio de que los Estados que integran la Unión deben suprimir progresivamente las restricciones a la circulación de capitales entre ellos y también a los pagos que se deriven de estos movimientos (artículo 67). Se podrán establecer medidas de control previa consulta al Comité Monetario, cuando los movimientos de capitales provoquen perturbaciones en el mercado de capitales de un país determinado. Esta tendencia hacia un mercado de libre competencia, con limitaciones excepcionales y un control basado más que en la regulación de la inversión extranjera en el control de los monopolios y las prácticas monopólicas, es debido en gran medida a la política económica de Alemania, el país más dinámico y estable de la Comunidad.¹

A partir de 1994 se prohíben todas las restricciones a los movimientos de los capitales y a los pagos derivados de los mismos entre Estados miembros y terceros países. Sin embargo el Consejo podrá, por mayoría calificada, y a propuesta de la Comunidad, adoptar medidas restrictivas a los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. Respecto a éstos también, en casos excepcionales, se podrán aplicar medidas de salvaguardia.

De los países que debieron modificar su legislación sobre inversión extranjera al incorporarse a la Comunidad Europea es, para nosotros, de especial interés España, ya que se trataba de una economía mucho más débil que la de sus socios y, por tanto, la adecuación legal se debió estudiar muy cuidadosamente; por ello consideramos conveniente dedicarle un espacio al análisis de sus nuevas normas en la materia. En cierto aspecto la situación era similar, pues según el Tratado de Roma (artículo 52 citado) todos los inversores radicados en un Estado miembro de la comunidad tenían derecho a adquirir total o parcialmente una empresa española (trato nacional), salvo que se conside-

¹ Ver FRIESE, Franz Josef, "Inversión y establecimiento en la República Federal de Alemania, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980; REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1985.

rara el acto no deseable por razones de orden público, seguridad y salud pública.²

1.1. El control de la inversión extranjera en España

Este país actualizó su legislación con motivo de su incorporación a la Comunidad Económica Europea, manteniendo la estructura básica anterior.³ Uno de los objetivos fundamentales de esta legislación es precisamente garantizar a la inversión extranjera la libre transferencia de capitales e ingresos de los mismos hacia el exterior sin los límites establecidos, o que se pudieran establecer, por el sistema de control de cambio, a los capitales nacionales. Otro de sus fines es trasladar al derecho interno la normatividad del Tratado de Roma que impone el principio de trato nacional; en su defecto, estos principios se hubieran aplicado igual por la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, pero sólo cuando afectara a personas radicadas en países miembros de la CE. La nueva legislación, por el contrario, reconoce idénticos derechos a los inversionistas comunitarios que a los no comunitarios, salvo contadas excepciones.

1.2. Sujetos de la regulación

La ley establece un criterio dual, considerando que es extranjera la inversión realizada por personas extranjeras privadas, físicas o morales, cualesquiera sea su residencia, y la realizada por españoles residentes en el exterior —artículo 1.1.—. Se asimila a la inversión extranjera la realizada por sucursales de las personas definidas como extranjeras por sociedades de nacionalidad española que tengan participación extranjera en su capital cuando supere el 50 % si el porcentual de participación supera el 25% y no excede el 50% se considerará como extranjera la inversión que realice en la proporción correspondiente.

En el caso de la Inversión Extranjera Directa, se aplica la ley cuando la inversión en una sociedad española permite al extranjero tener

² Ver sobre estas excepciones MENÉNDEZ MENENDEZ, Aurelio, "Constitución Económica, Inversiones de Capital Extranjero y Defensa del Interés Económico Nacional, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. V, Economía y Hacienda, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 4151 y ss.

³ Real Decreto Legislativo 1265/86, B.O.E., 28 de junio de 1986.

influencia efectiva en la gestión o el control de la misma. Este control se presume cuando dicha participación sea igual o superior al 20% del capital —artículo 1.3. del decreto legislativo; 5 y 8 de su reglamento—; ⁴ esto mismo sucede con la reinversión de utilidades del inversor extranjero.

1.3. Tipos de inversión extranjera

La legislación española establece los siguientes tipos de inversión extranjera:

a) *inversión extranjera directa*: son aquellas que se realizan en una sociedad española y que permiten al inversor extranjero el control de la misma, la constitución de sucursales o establecimientos de sociedades extranjeras, concesión de préstamos de duración superior a cinco años —con el fin de establecer o mantener vínculos económicos duraderos— y la reinversión de beneficios;

b) *inversiones extranjeras de cartera*: las que se realizan mediante la adquisición de acciones y que no constituyan inversión directa, es decir, que no le permitan al inversor extranjero una influencia decisiva o el control de la empresa, el que se presume si la inversión es igual o superior al 20% del capital;

c) *inversiones en bienes inmuebles*: en términos generales son libres, sólo sujetas a reglamentaciones vinculadas a la defensa nacional, a verificaciones administrativas en ciertos casos especiales y asimiladas a las inversiones directas cuando se realizan para sede de empresas, y

d) *otras inversiones*: requieren autorización administrativa.

1.4. Derechos de los inversores extranjeros

Los titulares de inversiones extranjeras tienen derecho a transferir al exterior, sin límite, los capitales invertidos (repatriación) más las plusvalías obtenidas en su enajenación, los beneficios y dividendos repartidos, así como el resultado de la venta de derechos de suscripción de títulos valores. Tienen acceso al crédito interior en igualdad de condiciones con las sociedades nacionales.

⁴ Real Decreto 2077/86, publicado en el B.O.E. 7/10/86, reglamentario del decreto legislativo 1265/86.

1.5. Otras disposiciones de interés

La legislación española aporta algunas precisiones en relación a la vinculación de empresas y a los canales de inversión. En el primer caso establece el criterio de "influencia efectiva en la gestión o control de la sociedad" el que se presume cuando existe una inversión del 20% o más. Establece que se considerará como realizada por un solo inversor las aportaciones de diversas empresas integrantes de un grupo, considerando como tal al conjunto de empresas en las cuales haya unidad de decisión, con base en una sociedad dominante. Esta diferenciación es un avance en la regulación de sujetos económicos únicos con diversidad de personería jurídica.

1.6. Objetivos de la ley

Al igual que la mayoría de las normas sobre inversión extranjera, un objetivo general de la ley es tener el registro y control de la inversión de extranjeros en España. En los aspectos más específicos esta legislación pretende garantizar a los extranjeros, a las empresas extranjeras y a los españoles radicados fuera del país, que si invierten en España no se verán limitados por la legislación sobre control de cambio en los aspectos vinculados a la repatriación de capitales, remisión al exterior de intereses, dividendos y pagos tecnológicos. El legislador considera que en la medida en que se garantice el flujo externo del capital invertido, es conveniente establecer un régimen especial *favorable* para el desdovolvimiento productivo del mismo.

En consecuencia, no establece ninguna restricción especial ni a la inversión extranjera directa ni a las empresas multinacionales, salvo en las actividades vinculadas al orden público, a la seguridad y a la salud pública. Conforme a la tendencia general de los países miembros de la Comunidad Económica Europea, deja la vigilancia de las transnacionales a las disposiciones del Tratado de Roma sobre monopolios, prácticas monopólicas y en especial abuso de posición dominante; así como a la legislación nacional en la materia.

1.7. El Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino)

Junto a la legislación argentina, es una de las primeras regulaciones en la materia de América Latina que estableció un cuerpo sistemático de control de la inversión extranjera directa, puso límites a la

remisión de utilidades, intereses y pagos por regalías y reguló las relaciones entre empresas vinculadas. Fija límites mínimos que deben tener en cuenta para legislar los países miembros del acuerdo, si bien pueden establecer restricciones mayores. La crisis económica general de la década de los ochenta motivó la modificación de la norma básica (la decisión 24) por la Decisión 220 (18-5-87) que a su vez fue sustituido por la decisión 291/91, que transformaron sustancialmente el régimen anterior.

Concepto de inversión extranjera: Se considera como tal los aportes al capital de una empresa provenientes del exterior, propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras. También tienen este carácter las reinversiones y las inversiones en moneda nacional a las que por disposición legal se otorgue derecho a enviar remesas de divisas al exterior. En la nueva decisión se autoriza a los países miembros a considerar como aporte de capital las contribuciones tecnológicas intangibles; ello estaba expresamente prohibido en la decisión 24, en la decisión 220 se había autorizado ya la capitalización de los réditos de los aportes tecnológicos con derecho a ser remitidos al exterior.

No se consideran extranjeras las inversiones subregionales o las realizadas por personas físicas extranjeras residentes que renuncien al derecho de repatriar capitales o remitir divisas al exterior derivadas de la inversión.

Inversionistas: La ley considera *inversionista nacional* al Estado, personas naturales nacionales y a las personas jurídicas definidas como nacionales por las legislaciones de los países miembros, o sea las que se constituyen conforme a las leyes nacionales y establecen su domicilio en estos países, sin tener en cuenta la composición de capital. Es éste, junto al principio de trato nacional, uno de los cambios más importantes; la decisión anterior demandaba que la persona jurídica no tuviera objetivos de lucro o que se integrara con un mínimo de 80% de capital nacional. *Inversionista extranjero*, al titular de una inversión extranjera directa, *Inversionista subregional*, el nacional de cualquier país miembro distinto del receptor en otro país miembro.

Empresas: Establece *a posteriori* una tipología especial de empresas: a) *nacionales:* aquéllas constituidas en el país receptor en la que los inversionistas nacionales tienen más del 80% del capital; b) *mixtas:* las constituidas en el país receptor con capital nacional en una proporción de 51% a 80%, o aquéllas en las cuales el Estado o empresas paraestatales tengan más del 30% del capital y capacidad de

terminante en las decisiones fundamentales; c) *extranjeras*: aquellas en las que el capital nacional es inferior al 51%.

Se modificaron también los requisitos exigidos para que se autorice la inversión; la decisión 220 establecía que los países miembros podían autorizar IED nueva cuando correspondiera con las necesidades de desarrollo del país y no cuando se tratara de actividades debidamente atendidas por empresas existentes. La decisión 291 sólo requiere que se cumpla con las disposiciones generales de la misma, caso en el cual se la deberá registrar.

Efectos de la distinción. La nueva decisión otorga a los inversionistas extranjeros trato nacional. Los inversores extranjeros tendrán derecho a repatriar el resultado de la enajenación de sus acciones o al repatriar la cuota en que se reduzca la inversión extranjera. Son reexportables (repatriables), en consecuencia, los capitales invertidos, sus incrementos y las reinversiones realizadas.

Las empresas con inversión extranjera tienen derecho a recurrir al crédito interno y externo, respecto a éste se ha eliminado el requisito de autorización tanto para ello como para hacer efectivos los pagos al exterior en concepto de amortización e intereses; así surge del principio de trato nacional no contradicho por disposiciones expresas.

Respecto a los dividendos, la disposición anterior limitaba su giro al exterior al 20% de la inversión extranjera, si bien cada país podía aumentar libremente este porcentaje. Actualmente, pueden girar libremente el total de las utilidades netas comprobadas.

1.8. *Objetivos de la norma*

Uno de los objetivos iniciales de estas disposiciones fue formar un bloque común de negociación de los países miembros del Pacto Andino frente al capital transnacional, evitando que la amenaza de realizar la inversión en un país vecino o retirar la inversión hacia un país vecino fuera utilizada para obtener privilegios especiales respecto al trato dado al capital nacional. La actual reforma culmina un proceso de liberalización del régimen común orientado a compatibilizar sus principios con las tendencias en la materia en el derecho comparado y, en especial, a estimular la inversión extranjera en la región. Al igual que en los restantes países de América Latina, la legislación regulatoria que pretendió en su momento establecer criterios de trato equitativo entre el capital nacional y extranjero que por otra parte permitieran evitar desequilibrios fuertes en los indicadores económicos, en especial

en la balanza de servicios, debió ser modificada para enfrentar una crisis más aguda en el mismo sector.⁵

El acuerdo sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT). México adhirió al GATT en 1986, luego de un intenso debate sobre la conveniencia de abrir la economía al intercambio con el exterior y reducir drásticamente las protecciones arancelarias y no arancelarias (prohibiciones de importar); debate que se reabrió con motivo de los programas de modernización económica y de constitución de un bloque económico con Canadá y EE.UU., iniciados en 1989. Las resoluciones de la ronda Uruguay en el tema de servicios no afectan demasiado a México, porque las indicaciones que se aprobaron en la misma coinciden con las líneas actuales de política económica y legislativa en la temática del Derecho Económico; son sin embargo preocupantes en tanto significan un avance en la definición de la política internacional comercial y económica por parte de un organismo en el cual los países de menor desarrollo negocian en situación desfavorable, avance que tenderá a ser mayor al pasar el GATT de acuerdo provisional a organización internacional estructurada, la Organización Multilateral de Comercio (OMC). Todas las resoluciones que se aprobaron el 15 de diciembre de 1993 fueron de amplia liberalidad en inversiones (eliminación de prescripciones en materia de contenido nacional, de obligaciones de balance en comercio internacional de las grandes empresas transnacionales, acceso de éstas a las compras de gobierno) y altamente proteccionistas en materia de propiedad intelectual.

2. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Inversión Extranjera*

Las proyecciones previas a la puesta en práctica del programa de modernización a partir de 1989 (inserción en el proceso de globalización económica mundial) no se cumplieron: las importaciones crecieron mucho más de lo previsto y las exportaciones en mucha menor proporción. En pocos años la agudización del déficit de la balanza de cuenta corriente obligó a centrar la atención del gobierno en la captación de divisas, que no habían arribado como inversión extran-

⁵ Ver sobre la evolución de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena en la materia, incluyendo un cuadro comparativo de las disposiciones 24, 220 y 291: CZAR DE ZALDUENDO, Susana, "El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología: capítulo final", en *Revista del Derecho Industrial*, año 13, enero-abril de 1991, núm. 37, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 37 y ss.

jera directa en las magnitudes que se había previsto (pese a una reglamentación inconstitucional de la legislación de control de la misma). La renegociación de la deuda (planes Brady y Baker) imponía límites a los mecanismos tradicionales, por lo cual se recurrió al endeudamiento indirecto mediante la colocación de certificados de tesorería denominados en moneda nacional (clasificados en las estadísticas como endeudamiento interno) y a la apertura del mercado de valores al capital financiero extranjero especulativo (*hot money*).

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte continuó siendo, en lo sustantivo, un convenio para la regulación del comercio entre las partes contratantes, pero comenzó a ser visto además como un instrumento apto para estimular el ingreso de mayores volúmenes de divisas que permanecieran en el país, a través de la inversión extranjera directa. Para ello era necesario que se le otorgaran garantías mediante normas cuya aplicación las partes podían exigir a través de organismos especiales creados al efecto (sistema de solución de controversias en los capítulos financieros [XIV], de inversión [XI], de comercio desleal [XIX] y el sistema institucional y de procedimientos para la solución de controversias [XXI]).

Las garantías, en consecuencia, ya no responden sólo a la decisión de México, sino que además son respaldadas por la protección a sus inversores por parte de los restantes países signatarios. La aceptación de las normas y la certificación otorgada por dos miembros connotados del grupo de los siete podía facilitar también el flujo de inversión extranjera de otros países industrializados. Los objetivos descritos se podían lograr comprometiéndose México a realizar profundas reformas a la legislación vinculada directa⁶ o indirectamente⁷ a la inversión extranjera. Presentamos una síntesis de las adecuaciones pactadas en el TLC.

2.1. *Trato no discriminatorio*

La ley mexicana establece distinciones que afectan la libre movilidad del capital productivo: *i*) reserva ciertas áreas consideradas estratégicas al gobierno federal, con exclusividad; *ii*) otras que se consideran prioritarias a personas físicas de nacionalidad mexicana y a

⁶ Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera. Publicada en el *Diario Oficial*, México, 1972.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), legislación sobre expropiación, propiedad industrial y derechos de autor.

sociedades con cláusula de exclusión de socios extranjeros; *iii*) obliga a que en otras actividades la inversión extranjera se realice conjuntamente con inversión mexicana, en proporciones diversas, según su importancia; *iv*) en las restantes áreas, en las que los extranjeros pueden invertir libremente en empresas mexicanas, deben solicitar autorización cuando la inversión supere una suma que es determinada por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

En el tratado se establece el compromiso de que la legislación de cada Estado no podrá realizar discriminaciones entre la inversión realizada por sus nacionales y la de los inversores de las otras partes; para ello otorgará a los inversores de los signatarios *trato de nacional o trato de nación más favorecida*, el que más le convenga. Se permite como excepción realizar reservas en las áreas estratégicas establecidas en las constituciones nacionales en lo que respecta al trato nacional, así como en algunas áreas de actividad que tradicionalmente son objeto de negociación bilateral (navegación aérea y naval, redes y servicios de telecomunicaciones) en relación al principio de nación más favorecida.

El traslado de estos principios a normas legales implica prácticamente la derogación de la denominada *doctrina o cláusula Calvo*, cuya subsistencia ha sido un impedimento para que México y demás países latinoamericanos que mantienen de manera total o parcial, puedan adherir a sistemas internacionales que garantizan las inversiones, como el Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (MIGA) que integra el sistema del Banco Mundial [según se verá más adelante].

2.2. *Expropiación*

Una vez establecido un trato favorable en el desarrollo de sus negocios, la principal preocupación de los inversores es la seguridad en la propiedad de sus bienes. La expropiación ha desempeñado un rol muy importante en la conformación del Estado mexicano, desde la que afectó a los bienes de la Iglesia en el siglo XIX (Ley Lerdo de 1856, Ley de Desamortización y Ley de nacionalización de los bienes eclesiásticos, ambas de 1859) a la de la banca en 1982, pasando por el reparto agrario y la nacionalización del petróleo y de las empresas productoras de energía. Un hecho revolucionario, como fue privatizar a la mayoría de las empresas estatales, parecía un hito oportuno para renunciar a una normatividad expropiatoria demasiado elástica. La Constitución mexicana y su ley reglamentaria establecían que el Eje-

cutivo estaba facultado para expropiar por causa de utilidad pública, pudiendo pagar la indemnización en un plazo de diez años, condiciones que no coinciden con la de la mayoría de los países en que se origina el flujo mundial de inversión extranjera directa.

Conforme al TLC (NAFTA), cada país se compromete a no expropiar inversiones de las otras partes si no es por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias y respetando el principio de legalidad según los cánones del derecho internacional (incluido trato justo y equitativo). Ordenada la expropiación se deberá indemnizar al inversor sin demora y en bienes liquidables *en una moneda del grupo de los siete* o indiciando la indemnización a una moneda del grupo de los siete a partir de la fecha de expropiación y hasta la fecha de pago, incluyendo la tasa de interés correspondiente a la divisa elegida; esta obligación de indiciar afecta sólo a México, único signatario del Tratado que no pertenece al grupo de los siete. El expropiado podrá transferir la indemnización y sus intereses libremente y sin demora; el monto de la indemnización deberá ser equivalente al valor justo de mercado del bien expropiado, incluyendo el valor corriente y el valor del activo (que contemple el valor fiscal de los bienes tangibles).

La disposición constitucional mexicana no deberá modificarse, ya que dispone (artículo 27, 2º párrafo) que las expropiaciones sólo se podrán realizar por causa de utilidad pública y mediante indemnización, otorgando una gran amplitud al Congreso para su reglamentación; en cambio, sí se decidió reformar en temas sustanciales la legislación reglamentaria.

2.3. Requisitos de desempeño y libertad de transferencias

Las legislaciones de los países latinoamericanos más grandes (Brasil, México, Argentina), y la de los países miembros del Pacto Andino, exigían en diversos rubros requisitos de comportamiento a la Inversión Extranjera, siendo uno de los principales que cada empresa multinacional de envergadura mantuviera cierto equilibrio en la balanza comercial internacional, y que los productos elaborados por las ramas más dinámicas (automotriz, industria manufacturera) tuvieran un mínimo preestablecido de valor agregado y de insumos nacionales. En el TLC las partes firmantes se comprometen a *no exigir ningún requisito*, enumerando los que consideran más importantes. Tampoco podrán

exigir una nacionalidad especial a los miembros de alta administración de las empresas, pero sí a los del consejo de administración.

Los signatarios deberán además permitir la transferencia en divisas (a precio del mercado libre) del total de los dividendos de la inversión (no se puede exigir la reinversión total o parcial de los mismos), los pagos de tecnología e intereses, la repatriación de bienes y los resultados de la indemnización si hubiera habido expropiación.

2.4. Reformas legales

Las modificaciones constitucionales y legales que se derivan de este capítulo del TLC son demasiado profundas en temas muy sensibles a la sociedad mexicana como para ser realizadas simultáneamente, por lo cual la nueva Ley de inversión extranjera está sujeta a posteriores modificaciones hasta cumplir con todos los compromisos contraídos. Algunas reformas (pago de una indemnización indexada a divisas del Grupo de los Siete cuando se afecte a inversores canadienses y norteamericanos) por ser difíciles de integrar al sistema jurídico mexicano, se contemplaron indirectamente en la reforma de la Ley de expropiación, facultando al poder administrador a pagar en "moneda de libre circulación o en especie".⁸ En la misma reforma se establece que la ley (de expropiación) se aplicará "sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de que México sea parte y, en su caso, en los acuerdos arbitrales que se celebren (artículo 21)". El sistema de solución de conflictos establecido en el TLC será analizado más adelante.

3. El nuevo rol del sistema de Bretton Woods

En abril de 1982, México anuncia que no podrá afrontar el pago de su deuda externa, y tanto el monto de la misma como la posible sucesión en cascada de anuncios similares por parte de países muy endeudados como Argentina, Brasil y Venezuela, hicieron temer una crisis profunda del sistema financiero internacional, quiebra de los principales bancos comerciales de los países desarrollados y desmoronamiento del sistema de Bretton Woods. Nadie imaginó en ese mo-

⁸ Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Diario Oficial*, México, 22 de diciembre de 1993.

mento ni en los primeros meses sucesivos, que el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento saldrían sumamente fortalecidos y lograrían no sólo subsistir, sino que además se constituirían en un pilar fundamental para ayudar a superar la crisis, flexibilizando muy poco los lineamientos de política económica que tradicionalmente se imponían e imponen a los países endeudados, a través de la condicionalidad.⁹ Es necesario reconocer que, de manera menos destacada pero no menos eficiente, el sistema FMI-BM había participado en la coordinación de las medidas que permitieron superar la "crisis petrolera" de los setenta que derivó, directa o indirectamente, en el endeudamiento aludido.

Entre los éxitos más importantes del sistema en la "crisis de la deuda" destacan el *i*) haber impedido que se organice un "club de deudores", *ii*) haberse constituido en gestor del "club de acreedores" sin necesidad de ninguna formalidad declarativa u organizativa, *iii*) haber logrado prudentes compases de espera por parte de los acreedores, apoyo de los gobiernos desarrollados, quitas y prórrogas en momentos oportunos y *iv*) como contraprestación, imponer a los países deudores, a través de la condicionalidad: *a*) que "estaticen o nacionalicen" la deuda del sector privado; *b*) que impulsen políticas estabilizadoras basadas en privatizaciones de empresas estatales aceptando deuda externa como parte del pago; *c*) que presionen para que los salarios se mantengan en niveles muy bajos; *d*) que promuevan aperturas radicales en el comercio internacional. Sin duda que tan importante rol supera en la práctica las funciones para las cuales fueron concebidas ambas instituciones, si bien las acciones se desarrollaron dentro de su marco estatutario.

Es a partir de estos éxitos que se comienza a pensar en el sistema de B. W. como instrumento útil para concertar el reordenamiento financiero, y económico, en el nuevo mundo que irrumpe a partir de la caída del muro de Berlín; y también en la posibilidad de que concerte las políticas de inversiones extranjeras junto con el [hasta hace poco exitoso] Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Para ello se debía lograr que los países en desarrollo dejaran de tratar estos temas en los organismos internacionales espe-

⁹ Como era difícil prever que muchos de los sectores empresariales que se habían endeudado con el exterior irresponsablemente y debieron ser rescatados por el gobierno a través de FICORCA se recuperaran tan rápidamente y pudieran no sólo adquirir parte de las casas de bolsa, sino también una parte de la banca privatizada.

cíficos (UNCTAD, ONUDI, OMPI), en los cuales las condiciones para el debate eran poco "eficientes" desde una perspectiva política, en especial por la constitución de bloques basados en el nivel de desarrollo de los países [como el grupo de los setenta y siete, constituido por los países en desarrollo, o del tercer mundo, del que México se separó en 1994 al incorporarse a la OCDE].

De esta manera, el Fondo Monetario Internacional asesora a los países en transformación para que puedan acceder a un sistema de mercado libre en un plazo prudencialmente rápido, sin traumas políticos o económicos profundos (con éxito relativo) y crea instrumentos para fomentar la inversión extranjera en los países subdesarrollados. Los criterios que tradicionalmente imponía el FMI a través de la condicionalidad y que fueron, y son, tan cuestionados [no sólo por afectar la soberanía económica de los Estados, sino por sus efectos nocivos en el desarrollo de las economías nacionales y en la distribución del ingreso], se brindan a los países que pasan de economías centralizadas a economías de mercado libre (de socialistas a capitalistas) a petición de parte y sin que recibieran, en la primera etapa, préstamos o financiamientos importantes. Esta función es expresamente otorgada y solicitada por los países industrializados que tienen, por su capacidad de voto, el control de las instituciones financieras surgidas de Bretton Woods.¹⁰

En aspectos fundamentales de la profunda transformación mundial contemporánea el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial cumplen un rol decisivo: *i*) la regulación del mercado financiero internacional; *ii*) la renegociación de la deuda externa de los países en desarrollo bajo nuevas políticas de condicionalidad (apertura de los mercados de valores locales al capital financiero especulativo, privatización de empresas estatales, desmantelamiento del estado de bienestar); *iii*) la reestructuración económica y política de los países que integraban la Unión Soviética y su entorno; *iv*) la globalización mundial del comercio y del flujo internacional de capitales.

¹⁰ En la reunión del Grupo de los Siete del 26 de abril de 1992 en Washington, EE.UU., los ministros de hacienda y los gobernadores de bancos centrales de los integrantes del grupo declararon: "[...] su satisfacción ante las medidas de reforma ya adoptadas en Rusia. Subrayaron que no existe ningún camino más productivo para Rusia que establecer una economía de mercado a través de un programa de reforma macroeconómica y estructural estricto de alcance general. Instaron a Rusia y al FMI a consumir prontamente las negociaciones de un programa general de estabilización y reforma en el que se prevea".

Los Estados Unidos de Norteamérica, pese a su crisis económica y financiera, se niega a transferir o compartir el rol de gendarme del mundo; el acelerado crecimiento de Japón y de los países que integran la Comunidad Europea [que será sin duda mucho mayor al culminar el proceso de modernización de lo que fuera la República Democrática Alemana], demanda instituciones internacionales que coordinen esfuerzos en la reestructuración mundial y eviten la resolución de las contradicciones en conflagraciones mundiales [como sucediera frecuentemente en este siglo]. No puede ser sólo la Organización de las Naciones Unidas en la cual, pese al derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, subsiste el sistema de un Estado un voto en un órgano importante como es la Asamblea; todo pareciera indicar, por el contrario, que desempeñarán un rol fundamental las instituciones surgidas de Bretton Woods, con el apoyo del GATT. Esta concertación ha demostrado su eficiencia al menos respecto a las decisiones de los países industrializados sobre el comportamiento de los de menor desarrollo; les resulta mucho más difícil coordinar la competencia pacífica en el bloque industrializado.

3.1. *El Banco Mundial y la Inversión Extranjera*

Durante la década de los 60 y mediados de los 70, la inversión extranjera era objeto de atención preferente en la política económica y legislativa de los países en desarrollo, que trataron de establecer ciertas restricciones para evitar pagar en el largo plazo un precio demasiado alto por la radicación de los capitales que necesitaban para modernizar su infraestructura productiva y para equilibrar la balanza de pagos. Pero desde mediados de los 70 se comenzó a verificar un peso superlativamente mayor de los flujos por endeudamiento externo.

La década de los 80 quedó marcada, en consecuencia, por las dificultades de los países en desarrollo para pagar la enorme deuda contraída, las interminables negociaciones, y una búsqueda infructuosa de inversión extranjera directa. Las demandas de los países desarrollados y de las empresas transnacionales para que se modifiquen las legislaciones proteccionistas que en esta materia se habían dictado a fines de los 60 y principios de los 70, no se hizo esperar y las débiles economías latinoamericanas accedieron a la liberación solicitada sin obtener, sin embargo, una respuesta positiva inmediata en ingresos netos de inversión.

En la mitad de los 80 recién se comienza a recuperar en el mundo el flujo internacional de inversión extranjera directa que pasa de 47 mil millones de dólares en 1985 a 139 mil millones en 1988,¹¹ con evoluciones erráticas en los años siguientes en que pasaron de 229 mil millones de dólares en 1990 a 170 mil en 1991;¹² sin embargo, si bien los países en desarrollo también vieron incrementarse el ingreso de capitales, la tasa de crecimiento fue inferior a la que se registró en los países desarrollados: en 1985 los países en desarrollo recibieron el 24% del flujo mundial de inversión extranjera directa, y sólo el 13% en 1989.¹³ Si consideramos las cifras de Japón, que se ha convertido en el país individual que exporta mayor volumen de inversión directa, América Latina recibió en el periodo 1969/1973 el 16.8% de los capitales exportados, contra el 22.6% recibidos por EE.UU.; en 1992 la proporción recibida por América Latina se redujo al 7.3% y la de EE.UU. se elevó a 48%.¹⁴

También ha destacado en los últimos años el crecimiento del flujo internacional de inversión extranjera de cartera, influida por rápidas y muy altas ganancias en algunos mercados bursátiles de países en desarrollo como México, Brasil y Argentina.

3.2. *La asesoría en inversión extranjera directa*

Hasta hace pocos años, el FMI y el BM abordaban el tema de la inversión extranjera directa sólo ocasionalmente; el primero sugería (o presionaba, según los casos) cuando hacía uso de la condicionalidad, para que se facilitara la inversión extranjera directa mediante la liberalización de las transferencias al exterior. El Banco Mundial, por su parte, facilitaba el desarrollo de infraestructuras que permitían la expansión industrial, condicionando (atando) los préstamos. Pero a partir de 1986, el denominado grupo del Banco Mundial comienza a intervenir directamente en la promoción de la inversión extranjera, coincidiendo con el inicio de la tendencia ya aludida al incremento de los flujos internacionales, y a la reorientación de los países de Euro-

¹¹ ELIZONDO, Saúl, "Foreign Direct Investment", en *Determinants and Systematic Consequences of International Capital Flows*, Occasional Paper núm. 77, Ed. International Monetary Fund, Washington, D. C., 1991, p. 68.

¹² Fuente: JETRO; con base en información estadística del Fondo Monetario Internacional. Las cifras de 1991 son estimaciones.

¹³ Información de la OCDE.

¹⁴ JETRO, *op. cit.*, p. 31.

pa Oriental y Central hacia economías de mercado, en uso de facultades otorgadas a la institución desde su fundación:

Entre los fines originarios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento está "II. Promover la inversión privada en el extranjero por medio de garantías o participaciones en préstamos y otras inversiones hechas por inversionistas privados; y, cuando el capital privado no pueda conseguirse en condiciones razonables, complementarlo facilitando, en condiciones adecuadas, fondos para fines productivos, obteniéndolos ya sea de su propio capital, de fondos que consiga o de sus otros recursos [...]"

Para cumplir estos nuevos objetivos, la Corporación Financiera Internacional (CFI) creó el Servicio de Asesoría sobre Inversión Extranjera (FIAS) (1986), y el Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI, más conocido por su sigla en inglés MIGA) (1988). Estas instituciones como su nombre lo indica, han orientado su actividad a cubrir dos áreas muy importantes: a) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo sobre las políticas económicas y jurídicas que deben impulsar para poder atraer la inversión de empresas transnacionales, y b) crear un organismo internacional asegurador (o reasegurador) de la inversión extranjera directa.

El FIAS realiza las recomendaciones conforme a la realidad de cada país consultor, pero las mismas se orientan en el marco de políticas comunes, que se pueden sintetizar y correlacionar con algunas reformas realizadas por México en estos mismos años; éstas son:

3.2.1. Selección de las propuestas de inversión

Se deberá permitir la entrada sin restricciones de inversiones extranjeras en general; el número de inversiones cuya aprobación estará sujeta a examen, aconseja, deberá circunscribirse a una corta "lista negativa".

En México se redujo la lista de áreas en que se prohibía la inversión extranjera mediante una serie de reformas constitucionales (para facilitar la privatización de la banca), sustituyendo la ley que regulaba la inversión extranjera en el sentido aconsejado, autorizando una más amplia inversión extranjera en la banca privatizada mediante las acciones "L" y las denominadas acciones neutras, que permiten prácticamente la inversión extranjera ilimitada (ambos temas se analizarán en detalle más adelante).

3.2.2. Incentivos para las inversiones

Se recomienda que se definan claramente los tipos de inversiones que merecerán incentivos, y éstos deberán concederse automáticamente para reducir al mínimo el margen de discreción o de negociación. A la hora de conceder incentivos no se debe favorecer a los inversionistas extranjeros frente a los nacionales. Se deben evitar las exoneraciones temporales de impuestos.

A *contrario sensu* se aconseja que no se otorguen estímulos a los nacionales de los cuales se excluya a los extranjeros, incrementando la competitividad de los primeros.

3.2.3. Transferencia de dividendos y remesas

No deberá haber restricciones, sugiere la institución, para transferir al extranjero dividendos, capital, regalías, honorarios y reembolsos de los préstamos internacionales. No deben imponerse restricciones al acceso de los inversionistas extranjeros a las divisas.

La *Ley de fomento y protección de la propiedad industrial de México* (1991) derogó la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, que establecía ciertas restricciones a la convención *inter partes* respecto a regalías y honorarios por tecnologías y asistencia técnica; también se derogaron las restricciones cambiarias mínimas que subsistían desde que se estableció el control de cambios con motivo de la crisis financiera de 1982.

3.2.4. No se deben realizar esfuerzos costosos para la promoción de las inversiones hasta que el clima de inversiones en el país sea satisfactorio. Deberá establecerse una organización dedicada al fomento de las inversiones que mantenga estrechos vínculos con el sector privado local y se dedique principalmente a brindar apoyo a los inversionistas, y no a la selección de los mismos.¹⁵

Las recomendaciones pueden agruparse de dos objetivos: que se establezca una política legislativa que facilite la inversión extranjera de las empresas transnacionales sin que las mismas se sujeten al control gubernamental y evitar una politización de los programas gubernamentales.

¹⁵ PFEFFERMAN, Guy, "Mayor facilidad para la inversión extranjera", en *Revista Finanzas y Desarrollo*, Ed. Fondo Monetario Internacional-Banco Mundial, Washington, D. C., marzo de 1992.

mentales que, a partir de favorecer al capital extranjero sobre el nacional, politice estos programas y provoquen una reacción inversa.

El Banco Mundial recomienda a economías débiles para las cuales el proceso de reestructuración implica riesgos enormes, que adopten medidas mucho más profundas y liberalizadoras que aquéllas del mismo signo que, de ser tomadas por los países desarrollados, implicarían un gran beneficio no sólo para las economías subdesarrolladas, sino para el incremento del comercio mundial: la eliminación de subvenciones al agro que tuvieron paralizada a la Ronda Uruguay del GATT. El peligro de esta parálisis fue reconocido por las mismas instituciones aludidas al expresar: "El fracaso de la Ronda (Uruguay) entrañaría detener los primeros progresos alcanzados en ámbitos negociados provisionalmente por ella; correr el riesgo de que se apliquen más medidas proteccionistas, y tener un sistema de comercio mundial menos flexibles y capaz de reaccionar en los cambios de circunstancias [...]".¹⁶ Dicho fracaso se evitó sólo en apariencia, sin que los países desarrollados que protegen o subvencionan su mercado de bienes agrarios hicieran grandes concesiones, y acentuando las presiones sobre los países de menor desarrollo en materia de inversiones extranjeras y propiedad intelectual.

3.3. La garantía internacional de la inversión extranjera directa

A efectos de facilitar la canalización de capital extranjero a los países en desarrollo, minimizando los riesgos derivados de hechos políticos y de política económica, el Banco Mundial creó un sistema de garantías que cumple funciones en parte similares a las del FMI en materia financiera.

El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (conocido por su sigla en inglés MIGA) asegura (o reasegura) nuevas inversiones directas en países en desarrollo, pudiendo cubrir en estas operaciones; a) *transferencias de moneda*, para el caso en que medidas de control de cambio impidan convertir los ingresos de las empresas; b) *expropiación*, si no se logra una indemnización plena y adecuada; c) *guerra y disturbios civiles*; d) *incumplimiento de contrato*, cuando el inversor no pueda hacer cumplir un contrato suscrito con el país huésped, habiendo logrado un laudo o decisión favorable. El objeto

¹⁶ Comunicado del Comité Ministerial Conjunto de las Juntas de Gobernadores del Banco y del Fondo para la Transferencia de Recursos Reales a los países en Desarrollo (Comité para el Desarrollo), Washington, D. C., EE.UU., 28 de abril de 1992.

de la cobertura es la nueva inversión extranjera directa entendida en sentido amplio; puede cubrir inversiones en la adquisición total o parcial de empresas estatales privatizadas, ampliación de inversiones preexistentes, préstamos otorgados o garantizados por accionistas, contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de franquicias e incluso préstamos realizados por empresas financieras orientados directamente a la inversión.

El MIGA se constituyó en abril de 1988 y a diciembre de 1991 se habían adherido 16 países desarrollados y 58 en vías de desarrollo (entre ellos todos los de Europa Occidental y Oriental); pero no lo había hecho ninguno de los países importantes de América Latina, en una reacción similar a la que tuvieron con el *sistema de arbitraje respecto a inversiones* creado por el Banco Mundial. El motivo principal es que consideran que el sistema obligaría a eliminar la aplicación de la doctrina Calvo del derecho positivo y de las transacciones, lo cual facilitaría la vocación intervencionista de algunos países desarrollados.¹⁷

4. Las vicisitudes de la Doctrina Calvo y la IED

Si bien no fue expuesta por el internacionalista argentino con precisión, el desarrollo teórico de la "cláusula" se puede resumir en: a) ninguna persona extranjera puede pretender mayores derechos que los nacionales —versión inversa del principio de "trato nacional"—, resida o no en el país huésped; b) La aplicación del derecho nacional a personas jurídicas extranjeras o a los bienes de las mismas no da derecho a la protección diplomática de otro país, interpretación que no implica descartar la gestión diplomática sino el intervencionismo derivado de las mismas; c) Los conflictos derivados de inversión extranjera y las negociaciones vinculadas a la misma (inversión finan-

¹⁷ Ver sobre el tema: WALLACE, Laura, "El organismo multilateral de garantía de inversiones en plena actividad", en *Revista Finanzas & Desarrollo*, FMI y BM, Washington, marzo de 1992, pp. 48-49; DÍAZ, Luis Miguel, "La inversión extranjera. Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, Ed. Escuela Libre de Derecho, México, 1990; SHIHATA, Ibrahim F. I., "The settlement of disputes regarding foreign investments; the role of the World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA, Comment: Russell L. Munk; en EFFROS, Robert C. (edited by), *Current legal issues affecting Central Banks*, Washington, D. C., Ed. International Monetary Fund, mayo de 1992, pp. 173 y ss.; LAVIÑA, Félix, *Organización del Comercio Internacional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993, pp. 81 y ss.

ciera, transferencia de tecnología) se dirimen por la justicia del país huésped y según su derecho. Estas disposiciones son, en principio, de orden público e inderogables por las partes.¹⁸

De estos contenidos, México recoge la renuncia a la protección diplomática, la aplicación del derecho interno y de la jurisdicción nacional para resolver los conflictos, el principio de que las personas físicas o morales extranjeras no pueden recurrir a la protección de otros países de los que fueran ciudadanos o residentes. Los países industrializados, en su mayoría, aceptan estas disposiciones como ley entre las partes (país huésped e inversor) si bien consideran que no les puede ser opuesta como principio.

4.1. Excepciones destacadas a la Doctrina Calvo

En los últimos años la presión para eliminar la doctrina Calvo del derecho positivo mexicano ha sido muy intensa, y fue presentada como condición para que el país recibiera una mayor inversión extranjera, por otra parte, muchos autores han considerado que en especial la llamada Cláusula Calvo (la establecida en el artículo 27 constitucional) es caduca y que no habiéndose aplicado en ningún caso, sería conveniente prescindir de ella en aras de obtener mayor beneficios.¹⁹ Estas presiones han logrado que las autoridades mexicanas renuncien a la doctrina Calvo en todos aquellos casos en que al hacerlo no se viola directamente una disposición legal expresa; en el derecho positivo la derogación ha sido en muchos casos vergonzante y no se la ha asumido directa y expresamente, pero sí mediante normas más o menos difusas, algunas inconstitucionales:

¹⁸ ROFE, Pedro, "Calvo y su vigencia en América Latina, *Revista del Derecho Industrial*, año 6, núm. 17, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 353 y ss.; DÍAZ MÜLLER, Luis, "Deuda externa y derecho internacional: las deudas odiosas, la Carta Tate y otros misterios, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año V, núm. 13, México, Ed. UNAM, 1990, pp. 67 y ss.

¹⁹ DÍAZ, Luis Miguel, *La inversión extranjera. Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA*, op. cit., nota 13. El autor aconseja reconsiderar el tema en México y en general, en América Latina, expresando que "parece urgente el abandono de tabúes que hoy impiden la recepción de capitales para el progreso de los pueblos y su bienestar general. En última instancia el bienestar de los pueblos sólo es cuantificable en términos de recursos materiales que permitan una vida digna", p. 486. Ver del mismo autor y en igual sentido, "La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año V, núm. 13, México, UNAM, 1990, pp. 57 y ss.

a) La doctrina Calvo no es considerada en los contratos de renegociación de la deuda que suscribe el Gobierno Federal mexicano como deudor, en la que acepta la aplicación de la ley y la jurisdicción del acreedor;²⁰ ni acepta que se considere cuando negocia como acreedor.

b) Si bien se inserta en la legislación sobre inversión extranjera la renuncia a la protección diplomática de países extranjeros cuando se constituye una sociedad o se adquiere un inmueble, en el Reglamento de la misma (que continúa siendo el de la ley anterior hasta que se actualice) se relativiza su importancia al establecer la *autorización ficta* cuando la Secretaría de Relaciones Exteriores no conteste una solicitud de autorización en un plazo de cuarenta y cinco días hábiles;²¹ dada la importancia del tema en consideración, hubiera sido más adecuado suponer el *rechazo ficto*, otorgando un recurso directo ante tribunales judiciales o contenciosos administrativos.

c) En la Ley de Inversiones Extranjeras no se obliga a los inversores individuales a renunciar a la protección diplomática, pues en este caso no podrían realizar reclamos ante un tribunal arbitral conforme se compromete México como *Parte* del TLC, pero la ley de nacionalidad dice de manera expresa que los extranjeros deberán realizar la renuncia a que hace referencia el artículo 57 constitucional.²²

d) La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial ordena que no se inscriban los contratos de licencia en los cuales se declare expresamente no aplicable la misma, pero autoriza el sometimiento de las partes al arbitraje internacional en caso de conflicto (artículo 66 segunda parte). Si bien la inscripción de los contratos de licencia no es constitutiva, sino sólo necesaria para su oponibilidad

²⁰ SAMTLEBEN, Jürgen, "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos", en *Revista del Derecho Industrial*, año 11, núm. 32, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1989, pp. 363 y ss.; VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1990, pp. 106 y ss.

²¹ "Artículo 3º [...] La Secretaría de Relaciones Exteriores deberá resolver las solicitudes de obtención de los permisos previstos en la Ley y este Reglamento dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la fecha en que sean presentadas. Transcurrido el plazo señalado sin que resuelva lo que corresponda, se considerará que la Secretaría de Relaciones Exteriores concedió el permiso que se hubiere solicitado" (Reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de mayo de 1989).

²² Ley de nacionalidad, *Diario Oficial*, 21 de junio de 1992.

frente a terceros, consideramos que la norma rige para todos los contratos e incluso en las relaciones *inter partes*.

e) En cumplimiento de los compromisos contraídos en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se reformó la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica²³ estableciendo que a los actos jurídicos que realicen Petróleos Mexicanos y a la Comisión Federal de Electricidad les será aplicada la legislación federal y que serán de competencia de los tribunales federales las *controversias nacionales*, salvo acuerdo arbitral. Además se faculta a estos dos importantes organismos a "convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto".

5. La solución de controversias sobre inversión en el TLC y la Doctrina Calvo

El Tratado de Libre Comercio establece un sistema especial para dirimir los conflictos que se deriven del incumplimiento por una de las partes de las obligaciones contraídas. Este sistema tiene la peculiaridad de otorgar legitimación activa a particulares para llevar a cualesquiera de las mismas (Estados signatarios) a un tribunal arbitral, privándolas del derecho de acudir a sus propios tribunales judiciales.

5.1. Quiénes pueden solicitar el tribunal arbitral

El derecho a recurrir al tribunal arbitral lo tienen *i)* el inversionista de una parte o *ii)* el inversionista de una parte en representación de la empresa de otra parte a la que controla directa o indirectamente, o de la cual es propietario, contra otra parte que no hubiere cumplido obligaciones contraídas en el capítulo de inversiones y de empresas del Estado y monopolios del TLC, a causa de las cuales el actor hubiera sufrido pérdidas o daños; esta facultad permite a un sujeto económico que realiza actividades mercantiles o productivas en México bajo diversa personalidad jurídica y nacionalidad que en su país de origen, reali-

zar un reclamo al que puede haber renunciado al solicitar la radicación de capitales o por interpretación amplia de la Cláusula Calvo. También le permitirá solicitar la protección diplomática por el no cumplimiento del laudo por parte de México. El tratado favorece el abuso de personalidad jurídica por parte de las empresas transnacionales y desvirtúa totalmente el sistema de nacionalidad de las personas morales establecido en la Ley de Nacionalidad. Por analogía, sería como si una persona física pudiera desdoblarse y actuar en México como mexicano y, haciendo uso de una doble nacionalidad, reclamara contra México país en su carácter de extranjero. Es así que una empresa con socios extranjeros o propiedad de una empresa extranjera tendría mayores derechos que una empresa con cláusula de exclusión de extranjeros o sin socios extranjeros, al tener la opción de recurrir a la justicia local o sacar al Estado mexicano de sus jueces nacionales y llevarlo ante árbitros internacionales que aplicarán el Tratado y el Derecho Internacional; la parte (el Estado mexicano, en nuestro caso) está obligada a aceptar la opción arbitral.

5.2. Conflictos a los que se aplica la solución de controversias

Podrá el inversionista solicitar un tribunal arbitral cuando se haya violado alguna de las disposiciones pactadas en el capítulo de inversiones, y en los artículos 1503(2) "Empresas del Estado" y 1502-(3-a) "Monopolios y empresas del Estado". En el artículo 1139 del TLC se precisan los actos que deben entenderse como inversión, si bien se define a la inversión enunciando los resultados de la misma: cuando dice que una empresa es una inversión, en realidad quiere decir que la existencia de la empresa fue el resultado de una inversión. Realizada esta aclaración, se define como inversión: *a)* una empresa, debiéndose entender por tal según lo dispuesto por el artículo 201 del mismo tratado "cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación vigente, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas las compañías, fideicomisos, participaciones, empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones"; *b)* acciones de una empresa; *c)* instrumentos de deuda de una empresa, y *d)* un préstamo a una empresa: *i)* cuando la empresa es una filial del inversionista, *ii)* cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda o del préstamo, respectivamente, sea por lo menos de tres años —pero no incluye un instrumento de deuda o un préstamo de o a una empresa del Estado, independiente-

²³ Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, *Diario Oficial*, México, del 22 de diciembre de 1993.

mente de la fecha original del vencimiento—; e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o de un préstamo excluidos conforme al inciso c) o d); g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales, y h) beneficios provenientes de destinar capital u otros recursos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte entre otros, conforme a: i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en territorios de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa.

No significa inversión: i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra parte; o ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso d); o j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos a) a h).

El concepto de inversión es muy amplio y comprende, en algunos casos, los resultados de la propiedad industrial, la inversión de cartera y el endeudamiento de mediano plazo y en todos estos casos tendrá acción el inversionista; sin embargo, sus derechos nacen a partir de una inversión legítima, no podrá accionar para exigir que se autorice una inversión o que se cumplan compromisos de legislar de una manera determinada en temas considerados *inversión*.

5.3. Derecho aplicable

En lo sustantivo, los árbitros fundarán su decisión en las normas del TLC y en el Derecho Internacional, siendo obligatorias las interpretaciones que haya realizado la Comisión (del TLC). El *inversionista* podrá solicitar que la reclamación arbitral se someta a las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI)²⁴ cuando su país y el demandado sean parte de la misma (México aún no ha adherido al mismo, pero seguramente lo hará en breve plazo); a las correspondientes del Mecanismo Complementario del CIADI si se ha adherido alguno de los dos países a que se aludió pero no ambos; o a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).²⁵

El laudo podrá ordenar la restitución de la propiedad (si fuera el objeto del reclamo), que se podrá resolver en el pago de daños e intereses, o el pago de daños e intereses. El laudo arbitral será obligatorio para las partes, que deberán cumplirlo sin demora; el plazo prudencial se fija conforme al Convenio por el cual se optó para arribar al laudo definitivo, sin que la parte lo haya cumplido.

Para la ejecución del laudo, en caso de incumplimiento, el *inversionista* podrá recurrir a la Convención del CIADI, a la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)²⁶ o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.²⁷

La acción para el cumplimiento del laudo arbitral no impide al inversionista solicitar la integración de un panel arbitral conforme a lo dispuesto en el capítulo XX del TLC (artículo 2008) que dictamine si el incumplimiento o desacato es contrario a lo convenido en el TLC y una recomendación para que la parte se ajuste y observe el laudo definitivo.

5.4. Arbitraje y protección diplomática

Se parte del principio de que el inversionista, al recurrir al procedimiento arbitral, renuncia a solicitar la protección diplomática de su país; sin embargo, esto no se establece con claridad en el TLC, ni en las reglas de la UNCITRAL. El artículo 27 de la Convención del CIADI determina de manera expresa que los Estados que lo suscriben no concederán protección diplomática a sus nacionales si éstos han

²⁴ Washington, D. C. (EE.UU.), 18 de marzo de 1965.

²⁵ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976.

²⁶ Celebrada en Nueva York, EE.UU., el 10 de junio de 1958, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, México, el 22 de junio de 1971.

²⁷ Suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, México, el 20 de agosto de 1987.

sometido el conflicto al arbitraje según el Convenio, *salvo que el Estado demandado no haya acatado el laudo o haya dejado de cumplirlo*. Esta salvedad, que no ha sido debidamente evaluada,²⁸ legitima la *protección diplomática* que prohíbe el artículo 27 constitucional y deja su ejercicio librado a la interpretación del Estado del cual es nacional el inversionista o a tribunales ajenos a los nacionales de la parte (*México en el caso en análisis*) demandada. Algunos autores consideran, por ejemplo, que el no cumplimiento en los plazos convenidos, unido a la oposición del país a que se embarguen sus bienes, configuran los elementos que dan lugar a la protección diplomática.²⁹

5.5. Vigencia contemporánea de la Doctrina Calvo

La tácita derogación de la doctrina Calvo en el derecho positivo mexicano obliga a cuestionar su vigencia histórica; quienes se oponen argumentan los beneficios que se podrían derivar de su derogación en términos de inversión extranjera directa y la evolución habida en el ámbito internacional que hacen muy poco probable el uso de la fuerza por terceros países para proteger la inversión de sus nacionales. Es probable que ello sea cierto en los términos toscos y directos utilizados años ha para la protección diplomática en análisis, pero las últimas experiencias, inclusive en la posguerra fría, indican que los intereses estratégicos pueden ser disimulados para la actuación violenta, inclusive recurriendo a disfraces de acciones multilaterales.

El país que aporta el 70% de la inversión extranjera y un porcentual similar de la tecnología que recibe México, miembro destacado del TLC es uno de los que ha mostrado una actitud más agresiva en este sentido; por qué se invadió Irak en defensa de la soberanía de Kuwait y no se defendió con la misma fuerza otras decisiones más importantes en términos humanos y de soberanía adoptadas por la ONU, sólo se puede responder en función de los intereses petroleros de EE.UU. como potencia y en especial de sus empresas transnacionales petroleras. Por otra parte, tampoco Estados Unidos ha mostrado voluntad por cumplir las resoluciones internacionales cuando afec-

²⁸ ORTIZ ALHF, Loreta, "Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera", *Revista Jurídica (anuario)*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1992.

²⁹ MIGLIORNO, Luigi, "L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema JCSID", en revista *Diritto del Commercio Internazionale*, enero-marzo de 1993, Milán, Giuffrè Editore, pp. 127 y ss.

del Tribunal Internacional de La Haya que beneficiaba a Nicaragua, presionando a los países para que retiren sus reclamos de tribunales arbitrales, o argumentando discrepancias con su legislación nacional.³⁰ El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, controlados en gran medida por los EE.UU. y el Grupo de los Siete, se negó a cumplir con las restricciones que le solicitara, y luego reclamara expresamente, la Organización de Naciones Unidas contra la política colonista y racista de Portugal y Sudáfrica, respectivamente; sin embargo, como se expresara en las primeras páginas, se apresuraron a presionar a los países que eran socialistas para que aceleraran su transformación en economías de mercado y apoyaran de manera significativa a los gobernantes partidarios de una economía liberal en desmedro de los políticos que postulaban mantener la situación anterior o una evolución gradual que limitara los perjuicios a los sectores de menores ingresos.

Es por ello que, pese a la tendencia descrita en cierta política jurídica gubernamental y a la opinión moderna de algunos autores, considero que la denominada Cláusula Calvo, en aspectos sustanciales, mantiene su vigencia; los cambios habidos en el mundo no han sido lo suficientemente positivos como para considerar que los principios de soberanía y de no intervención tienen tal aceptación actualmente como para que se prescindiera de estas normas en el derecho positivo. En efecto, a) las invasiones a Granada, Panamá e Irak, recibieron aprobación no sólo al interior del país, sino además en los restantes países desarrollados, que muestran indiferencia, o a lo sumo perplejidad, respecto a este comportamiento de EE.UU.; c) el derecho positivo estadounidense muestra todavía rasgos primitivos y poco civilizados, como diversas maneras de eliminar físicamente a los delincuentes, la vigencia de los sistemas de recompensa por su captura, legalidad de los actos internos de gobierno que autorizan o exigen la comisión de delitos en el exterior si esto beneficia a la nación norteamericana; c) la tendencia de los tribunales del más alto nivel a considerar que el interés de EE.UU. está por sobre el Derecho Internacional; e) un sistema violento de extradición de supuestos delincuentes, violatorio de la soberanía de países con los que tiene relaciones diplomáticas formales, el cual en muchos casos no guarda relación

³⁰ DI GIOVANNI BATISTA, Ileana, *Derecho Internacional Económico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992, p. 304.

con los tratados suscritos con los países víctimas de agresión (secuestro del Presidente de Panamá, de supuestos delincuentes mexicanos).

En un fallo reciente, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha determinado que un ciudadano extranjero (mexicano en el caso) que fue llevado por la fuerza (por cazadores de recompensa) a los tribunales de USA desde un país con el cual existe un tratado de extradición, puede y debe ser juzgado por una Corte Federal de Distrito norteamericana. En el voto de la mayoría se expresa que: "El acusado pretende que encontremos que el Tratado actúa como una prohibición a la violación de un principio general de derecho internacional según el cual un gobierno no debe 'ejercer su poder de policía en otro Estado [...]'. 'Existen muchas acciones a ser tomadas por una Nación que violarían este principio, incluida la guerra, pero no por ello puede sostenerse seriamente que la invasión de los Estados Unidos por Méjico habría de violar los términos del tratado de extradición entre ambas naciones [...]'. Resulta paradójico que cierta claridad provenga del voto de la minoría: "[...] El notorio desdén por principios del derecho y las costumbres internacionales admitidos por la Corte [...] está enteramente huérfano de apoyo en la jurisprudencia y la doctrina [...]".³¹

5.6. *El Estado y sus representantes deben actuar conforme a las leyes nacionales*

En caso de considerarse caduca la Cláusula Calvo y de optar por la adopción de normas internacionales que priven sobre el derecho interno, a las que se deberá someter incluso el propio Estado mexicano, ello se deberá hacer legislando en este sentido de manera expresa y clara. Se debe reformar la Constitución en los capítulos pertinentes e incorporar las disposiciones en las leyes respectivas.³²

Tampoco es válido reducir la Doctrina Calvo al rechazo a la protección diplomática; corresponda a la misma o a principios generales de justicia inherentes al Estado-Nación y a su soberanía, es necesari-

³¹ Ver "Suprema Corte Estados Unidos, 15 de junio de 1992, U.S. vs. Alvarez Machain", en *La Ley*, Buenos Aires, 23 de junio de 1992, pp. 3-7 (traducción de Roberto J. Buil Goñi).

³² Las normas dictadas en materia de propiedad industrial, inversión extranjera, comercio exterior y la denominada miscelánea del TLC, nos hacen temer que en una futura reforma se establezca que la soberanía nacional reside en el pueblo, sin perjuicio de la aplicación de los tratados internacionales que al efecto se suscriban.

rio considerar el derecho irrenunciable del habitante del país y en especial del Estado a ser juzgado por sus propias leyes cuando se cuestionan sus decisiones soberanas. Si un funcionario público en el ejercicio de sus funciones detecta que una determinada medida que se ajusta al derecho público y privado del país que gobierna pero contradice ciertos principios del derecho internacional o del interno de países con los que comercia habitualmente, está obligado moral y constitucionalmente a ejercer sus funciones conforme al derecho nacional. Sin embargo, al hacerlo está sometiendo a su país a posibles reclamos internacionales ante tribunales que juzgarán las actuaciones del gobernante conforme a otro régimen jurídico diverso al que él debía acatar.

Algunos países como Argentina han establecido una interpretación a otro aspecto de Doctrina Calvo, el derecho de los ciudadanos (y del Estado) de agotar la jurisdicción nacional antes de recurrir a instancias internacionales; en tratados bilaterales de garantía de las inversiones ha aceptado que a los 18 meses de iniciada una acción ante los tribunales locales se considera agotada esta instancia y se puede recurrir al sistema de arbitraje previsto en el CIADI.³³ En el caso de México, es de dudosa constitucionalidad las disposiciones del TLC que impiden a los particulares y al mismo Estado, no sólo agotar, sino recurrir a las instancias establecidas en los artículos 104 y 103 de la Constitución Política.³⁴

Y es también importante no otorgar a inversores extranjeros beneficios mayores que a los inversores mexicanos, como son las garantías de que podrán sacar divisas del país en caso de que se estableciera un régimen de control de cambios, de iniciación de las indemnizaciones a divisas del Grupo de los Siete en caso de expropiación, y poder optar entre los tribunales nacionales o los árbitros internacionales, entre el derecho nacional y el que surge de los tratados y del difuso derecho internacional, con la posibilidad de optar por la protección diplomática de los países en que se originó la inversión en caso de que el Estado nacional (México) no cumpla con las decisiones judiciales o arbitrales. Estos beneficios mayores no sólo implican una injusticia en términos abstractos, sino que otorga al inversor extranjero una mejor posición en el mercado, evitándole acumular reservas

³³ DI GIOVANNI, Ileana, *op. cit.*, pp. 281-282.

³⁴ ORTIZ AHLE, Loreta, *op. cit.*.

para casos de emergencia económica. En estos casos, resultarán los personajes privilegiados de la economía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- CZAR DE ZALDUENDO, Susana, "El régimen común andino sobre inversiones extranjeras y transferencia de tecnología. capítulo final", en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, año 13, enero-abril de 1991, núm. 37, 1991.
- DI GIOVANNI BATISTA, Ileana, *Derecho Internacional Económico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992.
- DÍAZ, Luis Miguel, "La intervención económica como norma jurídica: las cartas de intención", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, año V, núm. 13, 1990.
- DÍAZ MÜLLER, Luis, "Deuda externa y derecho internacional: las deudas odiosas, la Carta Tate y otros misterios", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, año V, núm. 13, 1990.
- DÍAZ, Luis Miguel, "La inversión extranjera. Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14, México, Escuela Libre de Derecho, 1990.
- ELIZONDO, Saúl, "Foreign Direct Investment", en *Determinants and Systematic Consequences of International Capital Flows*, Occasional Paper núm. 77, Washington, D. C., Ed. International Monetary Fund, 1991.
- FRIESE, Franz Josef, "Inversión y establecimiento en la República Federal de Alemania", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1980.
- LAVIÑA, Félix, *Organización del Comercio Internacional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, "Constitución Económica. Inversiones de Capital Extranjero y Defensa del Interés Económico Nacional", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Economía y Hacienda, Ed. Civitas, vol. V, 1991.
- MIGLIORNO, Luigi, *L'esercizio della protezione diplomatica nel sistema ICSID*, en la revista *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán, Giufrè Editore, enero-marzo de 1993.

- ORTIZ AHLF, Loreta, "Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera", *Revista Jurídica (anuario)*, México, Ed. Universidad Iberoamericana, 1992.
- PFEFFERMANN, Guy, "Mayor facilidad para la inversión extranjera", *Revista Finanzas y Desarrollo*, Washington, D. C., Ed. Fondo Monetario Internacional-Banco Mundial, marzo de 1992.
- REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1985.
- ROFE, Pedro, "Calvo y su vigencia en América Latina", *Revista del Derecho Industrial*, año 6, núm. 17, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984.
- SAMTLEBEN, Jürgen, "Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos", en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, año 11, núm. 32, 1989.
- SHIHATA, Ibrahim F. I., "The settlement of disputes regarding foreign investments: the role of the World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA", Comment: Russell L. Munk, en el libro EFFROS, Robert C. (edited by) *Current legal issues affecting Central Banks*, Washington D. C., Ed. International Monetary Fund, mayo de 1992.
- VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1990.
- WALLACE, Laura, "El organismo Multilateral de Garantía de Inversiones en plena actividad", en revista *Finanzas & Desarrollo*, Washington, Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial, marzo de 1992, pp. 48-49.

BREVE ANÁLISIS DE LOS SUBTIPOS SOCIETARIOS DE LAS EMPRESAS DEL GRUPO PETRÓLEOS MEXICANOS INTERNACIONAL

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO

SUMARIO: *Introducción. I. Empresas constituidas conforme al derecho holandés. II. Empresas constituidas conforme al Common law. II. 1. Empresas constituidas conforme al derecho inglés. II. 2. Empresas constituidas conforme al derecho norteamericano. III. Pemex Internacional España, S. A.*

INTRODUCCIÓN

El proceso de descolonización de los países subdesarrollados, sobre todo en lo referente a fuentes de energía, y la aparición de nuevas compañías europeas de propiedad estatal y de otras independientes en Estados Unidos, junto con la formación de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) en 1960, desplazaron, desde mediados de este siglo, el dominio y conocimiento de la tecnología, la logística, los mercados, el capital y la visión mundial de la industria petrolera de manos de las mayores compañías occidentales que Enrico Mattei bautizó despectivamente como "las Siete Hermanas" (Exxon, Shell, Mobil, British Petroleum, Texaco y Chevron, aunque hoy día la familia se haya reducido a seis ante la extinción de Gulf Oil la década pasada). Por la misma causa, y debido a las crisis energéticas y a los conflictos armados y desacuerdos políticos entre los países miembros de la OPEP, el control del precio del petróleo se establece desde hace algunos años en un mercado abierto.

Aunque no se puede negar que las compañías principales seguirán ejerciendo gran influencia por sus dimensiones y su riqueza —las seis se encuentran aún dentro de las 31 mayores corporaciones industriales del orbe—, se ha reconocido, hasta cierta frontera dentro del negocio petrolero, que la economía debe prevalecer sobre la política y que debe acentuarse la cooperación internacional antes que la confrontación, pues el petróleo sigue siendo un elemento esencial del poder

nacional, un factor principal en la economía mundial y una fuerza decisiva en los asuntos internacionales.

Hace ya mucho tiempo también —desde que se desintegró el Standard Oil Trust de John D. Rockefeller en 1911—, que la auténtica fortuna y el poder en el sector petrolero no proceden ya del consumo, refinación o comercialización del hidrocarburo, sino de su propiedad y su control en el subsuelo. Por eso las compañías de propiedad estatal de los países exportadores de petróleo ocupan una posición preeminente en nuestros días.

Con la reciente reestructuración de los mercados mundiales, el sector petrolero experimenta asimismo una completa reorganización societaria a la que ninguna gran compañía ha resultado inmune.¹

Hace pocos meses, John Kenneth Galbraith ha señalado que la vida económica moderna cruza ya los linderos nacionales para formar una compleja red de relaciones que obstaculizan el nacionalismo tanto agresivo como regresivo. También hoy día el comercio, la inversión, la empresa, la tecnología y las comunicaciones son, y no simplemente deben ser, transnacionales.²

Atento a todos estos cambios, Petróleos Mexicanos (Pemex) se reestructura en 1992, organizándose en cuatro organismos descentralizados de carácter técnico, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propios (Pemex-Exploración y Producción, Pemex-Refinación, Pemex-Gas y Petroquímica Básica y Pemex-Petroquímica), creando con anterioridad (1988) las primeras sociedades del grupo de empresas Petróleos Mexicanos Internacional (PMI) y un año después PMI Comercio Internacional, S. A. de C. V., para dar el primer paso en lo que las *Memorias de Labores* de Pemex denominaron *proceso de internacionalización*, para que el organismo descentralizado pueda "cumplir su papel estratégico en materia de generación de divisas" y así "adecuar y fortalecer la estructura y los medios con que se realizan las actividades de comercio exterior del petróleo y sus derivados".³

¹ Ver YERGIN, Daniel, *La Historia del Petróleo*, Buenos Aires, Javier Vergara Editor, 1992, pp. 951-1051; SAMPSON, Anthony, *The Seven Sisters*, 4a. ed. revisada. Nueva York, Bantam Books, 1991, *passim*; FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel, *Desarrollo histórico de las formas jurídicas para el control y conservación del petróleo*, México, UNAM-Pemex, 1993, pp. 11-110.

² KENNETH GALBRAITH, John, "La nueva dialéctica", en *Reforma*, México, D. F., 17 de julio de 1994, p. 8A.

³ Petróleos Mexicanos, *Memoria de Labores 1988*, México, Dirección Corporativa de Operaciones de Petróleos Mexicanos, 1989, p. 69.

En la comparecencia del director de Pemex, Francisco Rojas, ante la Cámara de Diputados el 7 de julio de 1992, se expresó en los siguientes términos de PMI Comercio Internacional:

En términos más puntuales, en 1989 se creó PMI, empresa encargada de la comercialización externa del petróleo y que representa un paso decisivo en la internacionalización de las operaciones de Pemex. PMI es una empresa filial de Petróleos Mexicanos, cuyo capital lo ha suscrito íntegramente el gobierno. A través de PMI, Pemex realiza la comercialización del crudo, productos petrolíferos y petroquímicos en el exterior, después de la venta de primera mano. Con ello, ya se dispone de una estructura de comercialización comparable con la de las grandes empresas petroleras internacionales, capaz de aprovechar con flexibilidad las oportunidades cambiantes de los mercados del exterior, así como celebrar alianzas estratégicas con otras compañías foráneas. Al respecto ya se ha finiquitado una asociación formal con la empresa española Repsol que consolida un nicho de mercado al crudo mexicano en Europa.⁴

En efecto, el 24 de mayo de 1989 se creó en la ciudad de México, PMI Comercio Internacional, S. A. de C. V., con aptitud de establecer sucursales o agencias en el extranjero. A partir de diciembre del mismo año, y con base en un contrato de prestación de servicios, esta compañía se encarga de administrar la participación accionaria de Pemex en las empresas, extranjeras y nacionales, del grupo PMI.

Entre las variadas funciones de PMI Comercio Internacional están la comercialización, exportación e importación de todo tipo de mercaderías, ya sean materias primas, productos naturales o derivados de un proceso industrial; la comercialización de petróleo crudo y los derivados de su refinación e industrialización; petroquímicos y otros hidrocarburos líquidos, sólidos o gaseosos, excluyendo el mercadeo de tales bienes dentro del territorio mexicano en las áreas reservadas exclusivamente a Pemex.

Otras de sus funciones son la compraventa, arrendamiento, adquisición o transmisión por cualquier título, así como la administración por sí misma o por medio de terceras personas, de todo tipo de bienes muebles e inmuebles, incluyendo, sin limitación alguna, bodegas, ofi-

⁴ ROJAS, Francisco, "Pemex no cambia de rumbo ni de dueño", en *Jueves de Excelsior*, México, D. F., año 71, núm. 3687, 18 de marzo de 1993, p. 10.

cinas, tanques de almacenamiento, buques, autotransportes, materiales, maquinaria y equipo.

Presta también servicios de asesoría, comisión, agencia, distribución, mediación o representación; constituye o participa en toda clase de sociedades, asociaciones o empresas nacionales o foráneas, con objetos similares o relacionados con los que le son propios.

A seis años de la creación del grupo PMI y a dos años de la reestructuración de Pemex, los resultados han sido favorables. En la lista de las 500 mayores corporaciones industriales de la revista *Fortune*, Pemex ocupa el lugar 42, luego de ocupar el 57 un año atrás,⁵ y se ha colocado en el vigésimo lugar dentro de la lista de los mayores incrementos en ventas, con un aumento de 24.8%, entre 1992 y 1993.⁶

Las expresas filiales extranjeras que constituyen el grupo PMI, son:

- PMI Holdings N.V. (Curazao, Antillas Holandesas)
- PMI Holdings B.V. (Amsterdam, Holanda)
- PMI Services B.V. (Amsterdam, Holanda)
- PMI Services North America, Inc. (Houston, Estados Unidos)
- PMI Services Europe, Ltd. (Londres, Gran Bretaña)
- Pemex Internacional España, S. A. (Madrid, España)
- PMI Trading, Ltd. (Dulín, República de Irlanda)
- PMI (Holdings North America, Inc. (Delaware, Estados Unidos)

Antes de analizar los tipos societarios de las anteriores empresas hay que recordar la naturaleza jurídica de los actos celebrados por Pemex y comentar las recientes reformas que ha sufrido su reglamentación.

Todos los actos celebrados por Pemex se rigen por la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo,⁷ y los no contemplados por esta ley se consideran de naturaleza mercantil, y por lo tanto sujetos a las disposiciones del Código de Comercio y, supletoriamente, al Código Civil para el Distrito Federal, según lo dispone su artículo 12.

El artículo 14 de la nueva Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios,⁸ dispuso originalmente que los actos jurídicos celebrados por Pemex y sus organismos descentralizados quedarían

⁵ *Fortune International*, vol. 130, núm. 2, 25 de julio de 1994, p. 49.

⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁷ *Diario Oficial* de la Federación de 29 de noviembre de 1958.

⁸ *Diario Oficial* de la Federación de 16 de junio de 1992.

bajo la esfera de las leyes federales y las controversias nacionales en que tuvieran participación, sin importar su naturaleza, serían de la competencia exclusiva de los Tribunales de la Federación. Por el "Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte",⁹ se introdujo la posibilidad de someterlos a arbitraje, previo acuerdo; asimismo se agregó un segundo párrafo al artículo en el que se determinó que tratándose de actos jurídicos de índole internacional, Pemex o sus organismos subsidiarios, "podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto".

Concluido el anterior repaso podemos comenzar con el análisis de los subtipos societarios de las empresas extranjeras del grupo PMI. Tres de ellas están constituidas conforme al derecho holandés (PMI Holdings N.V., PMI Holdings B.V. y PMI Services B.V.); cuatro más, en concierto con el *common law* (PMI Services North America, Inc., PMI Services Europe, Ltd. y PMI Holdings North America, Inc.); y una de ellas de acuerdo al derecho societario español (Pemex Internacional España, S. A.).

Enseguida las agrupaciones conforme al sistema jurídico al que cada una de ellas pertenece.

I. EMPRESAS CONSTITUIDAS CONFORME AL DERECHO HOLANDÉS

PMI Holdings B.V. (constituida el 24 de marzo de 1988, con sede en Amsterdam, Holanda), tiene por objeto social actuar como tenedora de la participación accionaria de Pemex en Petronor (Petróleos del Norte, Guecho, España).

PMI Services B.V. (31 de marzo de 1988, Amsterdam, Holanda), cuyo objeto social es el de una sociedad tenedora de acciones del grupo de empresas establecidas en Gran Bretaña, España y Estados Unidos, tiene la facultad de crear subsidiarias, pudiendo también administrarlas y financiarlas.

PMI Holdings N.V. (7 de julio de 1988, Curazao, Antillas Holandesas), tiene por finalidad poseer y administrar las inversiones accionarias y de otra índole que mantenga Pemex en el extranjero, y

⁹ *Diario Oficial* de la Federación de 22 de diciembre de 1993.

está facultada, como la anterior, para establecer subsidiarias, las cuales podrá financiar y administrar.¹⁰

Las tres tienen, a decir de las *Memorias de Labores de Pemex*, carácter instrumental, agregando que no cuentan con oficinas ni personal,¹¹ lo cual no debe entenderse —por su poco afortunada redacción— como si estas subsidiarias fueran unas enteleguías únicamente aptas de ser aprendidas en las ciudades de Amsterdam y Curacao, pues sabemos, al menos, que PMI Holdings B.P. tiene su domicilio en las calles de Harengacht 214-101, en la capital holandesa;¹² sino que funcionan exclusivamente como centros de ejecución de las transacciones que le son encomendadas, sin que el público en general tenga acceso a sus instalaciones.

En el derecho holandés las sociedades anónimas se clasifican en abiertas y cerradas. Originalmente sólo existía la *Naamloze Vennootschap* (N.V.) o sociedad anónima abierta o bursátil en el *Wetboek van Koophandel* (Código de Comercio), pero desde 1971, con el fin de ajustarse a las necesidades jurídico-económicas de las empresas, se introdujo la *Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* (B.V.) o sociedad anónima cerrada, regulándose ambas ahora en el *Burgerlijk Wetboek* (Código Civil, en lo sucesivo BW).

El artículo 64 del libro 2 del BW, define a la N.V. como "la sociedad con un capital social autorizado dividido en acciones en el cual cada uno de sus miembros participa con una o más acciones. Los socios no son personalmente responsables por los actos celebrados en nombre de la sociedad y no responden por las pérdidas de la sociedad más allá del monto que deben pagar por sus acciones".

Por su parte, la B.V. se define en el artículo 175 del libro 2, como la "sociedad con un capital social autorizado dividido en acciones, en la cual cada uno de los miembros participa con una o más acciones; no pueden emitirse certificados de acciones; las acciones tienen restricciones en su transmisibilidad. Los socios no responden personalmente de lo que se haga en nombre de la sociedad y no son responsables de las pérdidas de la sociedad más allá del monto que deben pagar por sus acciones".

¹⁰ Memoria de Labores 1988, pp. 69-70.

¹¹ *Ibid.*, p. 69.

¹² SÁNCHEZ, Miguel Ángel y Teodoro BARDACKE, "Petróleos Mexicanos: La reestructuración forzada", en *Este país. Tendencias y opiniones*, México, D. F., núm. 12, marzo, 1992, p. 5.

Podemos ver que la diferencia fundamental entre ambas sociedades reside en la ausencia de libertad para la transmisión de acciones en la B.V., que busca salvaguardar su carácter cerrado y establecer garantías en beneficio de los accionistas. Por lo mismo las acciones al portador son incompatibles y están prohibidas (artículo 202 BW).¹³

Las notas comunes a ambas sociedades son las siguientes:

- a) Una estructura orgánica dualista, es decir, hay una junta general de accionistas y un órgano de administración.
- b) La finalidad de obtener ganancias.
- c) La supervisión preventiva del Departamento de Justicia y la supervisión represiva de la oficina del Ministerio Público.
- d) La publicidad de la organización, la división estatutaria de poderes entre los órganos sociales, así como de su funcionamiento.
- e) La responsabilidad de fundadores, administradores y directores de vigilancia.
- f) La protección del capital social y su emisión con vista a salvaguardar los créditos de terceros.
- g) Liquidación de la sociedad.¹⁴

Por su parte, la B.V. o S.A. cerrada, tiene las siguientes características:

- a) No pueden poner en circulación certificados al portador de sus acciones nominativas, conforme al artículo 42.c del Código de Comercio.
- b) Sus acciones no pueden cotizarse en bolsa.
- c) Sus estatutos deben contener una cláusula que prevea el consentimiento de la sociedad para cualquier cesión de acciones a terceros, salvo las transmisiones *mortis causa* y, si los estatutos lo prevén, de las transmisiones globales a los ascendientes o descendientes; la transmisión, que no podrá realizarse incondicionalmente, debe instrumentarse en documento privado firmado por cedente y cesionario, o bien por medio de escritura pública.
- d) También deben indicar los estatutos su condición de sociedad anónima cerrada; la denominación social debe incluir las palabras *Besloten Naamloze Vennootschap* o el acrónimo BNV.¹⁵

¹³ GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *Las Sociedades Anónimas. Análisis de los subtipos societarios*, México, UNAM, 1993, pp. 109-116.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 111-112.

¹⁵ *Id.*, p. 110 en nota *ad locum* (172).

II. EMPRESAS CONSTITUIDAS CONFORME AL COMMON LAW

PMI Services Europe, Ltd. (Londres, Gran Bretaña, 27 de mayo de 1988), junto con PMI Services North America, Inc., asumieron las funciones de las otrora oficinas de representación de Pemex en las ciudades sede, se rigen por contratos de prestación de servicios y tienen por objeto servir de enlace comercial, financiero y de análisis de mercado en Estados Unidos, Europa y Medio Oriente.

PMI Trading, Ltd. (Dublin, República de Irlanda, constituida a finales de 1991), tiene a su cargo la comercialización de los productos que Pemex requiere comprar o vender en los mercados internacionales.

Si bien el sistema jurídico del *common law* se originó en Inglaterra y actualmente se aplica en el Reino Unido y en la mayoría de los países con antecedentes anglosajones, principalmente los que fueron colonias inglesas, hoy en día no se puede hablar de un sistema de *common law*, sino de varios sistemas que provinieron de la misma fuente. También hay que recordar que el *common law* deriva y se desarrolla a través de las sentencias dictadas por los jueces, en contraposición a los decretos legislativos.

Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, aunque la República de Irlanda se constituyó como tal el 21 de diciembre de 1948 y a un tiempo se separó de la Comunidad Británica de Naciones, el derecho societario en este país sigue todavía el modelo británico de *common law*,¹⁶ por lo que se tratará aquí a las compañías limitadas irlandesas e inglesas en un solo lugar.

Dentro del derecho inglés, tanto la compañía privada (*private company*) como la compañía pública (*public company*) se regulan por la *Companies Act* de 1985. Dentro de las compañías privadas nos interesan las *registered companies*, que son las que adquieren personalidad jurídica por el simple hecho de registrarse en conformidad con la ley, aunque esta clasificación conviene también a las compañías públicas, que a su vez pueden ser de tres tipos, la *company limited by shares*, el tipo más común y que corresponde a nuestra sociedad anónima, donde la responsabilidad de los socios se limita a la liberación eventual del monto nominal de su título; la *company limited by gua-*

rantee, sociedad de responsabilidad y garantía limitada en la que los socios están obligados a garantizar las deudas sociales hasta alcanzar un cierto monto si al momento de la disolución la sociedad presenta un excedente de pasivo; y, la *unlimited company*, en la que los miembros son personalmente responsables de las deudas sociales, los acreedores pueden dirigirse directamente a ellos y pueden demandar la liquidación de la sociedad y obligar así al liquidador a obtener de los socios los fondos necesarios para el pago de las deudas sociales.¹⁷

Aunque las *Memorias de Labores* no dan mayores detalles, supongo que PMI Services Europe, Ltd. y PMI Trading, Ltd., por el tipo de funciones que desempeñan, están constituidas como *company limited by shares*. El nombre o denominación social de una compañía limitada debe terminar con la palabra "Limited", o bien con su abreviatura "Ltd."

Dentro de la *private company limited by shares* o simplemente *company limited by shares*, dado que por su origen se concibe como una sociedad de poco alcance y escasos socios, los que, en su mayoría se encuentran estrechamente vinculados en el manejo de los negocios comunes y estiman el valor de sus acciones no solamente como una inversión sino como una fuente de ingresos mínimos, no se considera aceptable el hecho de que se ofrezcan las acciones entre el público, ya sea en forma directa o indirecta, a diferencia de la *public company*, en la que sus títulos son ofrecidos a terceros y a menudo cotizados en bolsa.

Las restricciones a la transmisión de acciones dentro de las *private companies* pueden consistir en reconocer facultad a los *directors* de negarse a efectuar el registro de una transferencia de acciones por alguna razón específica, ya sea que la prohíban en todo caso o que lo hagan sin ofrecer razones en caso de contar con discrecionalidad completa sobre el particular.

En principio, la transferencia de acciones entre los socios miembros es libre, salvo pacto en contrario. Otra fórmula restrictiva consiste en acordar en los artículos constitutivos el derecho de opción a favor de los restantes socios frente a terceros, cuando alguno de ellos quiera disponer de sus acciones.¹⁸

¹⁷ GUADARRAMA, *op. cit.*, p. 33 en nota *ad locum* (26).

¹⁸ *Ibid.*, pp. 118-126.

¹⁶ Ver GOWER, L. C. B., *The Principles of Modern Company Law*, Londres. Stevens & Sons Ltd., 1954, p. 571 en nota *ad locum* (26).

II.2. Empresas constituidas conforme al derecho norteamericano

PMI Services North America, Inc. (Houston,¹⁹ Estados Unidos, 4 de mayo de 1988), cumple con los mismos fines que PMI Services Europe, Ltd. PMI Holdings North America, Inc. (Delaware, Estados Unidos, constituida el segundo semestre de 1992), se creó a la par y al mismo tiempo que PMI Norteamérica, S. A. de C. V. (México, D. F.), para que ambas evalúen, administren y negocien alianzas estratégicas con refinerías en los Estados Unidos, como la de Deer Park, cerca de Houston, copropiedad de Pemex y Shell Oil.²⁰

En el derecho norteamericano existen dos grandes formas de sociedades, la *partnership* (asociación) y la *corporation* (corporación). La primera es una sociedad de personas, comparable a nuestra sociedad civil, pero carente de personalidad jurídica, en la que se busca obtener ganancias sin encargar la administración a un tercero, ya que los socios se consideran con mandato para negociar. Por otra parte, la *corporation* equivalente a nuestra sociedad de capitales y, entre sus diversas clasificaciones, nos interesa aquella que las divide en *public corporations* y *private corporations*. Las primeras son creadas por el Estado, y esta es su nota característica, pues aunque usualmente desempeñan funciones de índole política, aunque no las llevaran a cabo, el hecho de tener un origen estatal determina su régimen jurídico. Las corporaciones privadas son creadas e integradas por personas de la iniciativa privada, para asuntos del orden privado.

Aunque la distinción anterior entre las corporaciones públicas y privadas es la de mayor divulgación dentro de la doctrina, se utiliza comúnmente el término corporación pública para distinguir una corporación de negocios (*business corporation*) cuyas acciones son negociadas con el público en general, en oposición a la corporación privada (o corporación "cerrada" —*close corporation*—) cuyas acciones no son ofrecidas al gran público.²¹ Es en este último sentido en que aquí se hablará de corporación cerrada o privada.

No obstante el régimen federal de los Estados Unidos, las legislaciones estatales en materia de corporaciones mantienen cierta unifor-

¹⁹ Al constituirse, contaba también con una oficina en Nueva York, la cual se cerró el 31 de agosto de 1989 para concentrar sus actividades en Houston. *Memoria de Labores 1989*, p. 85.

²⁰ *Memoria de Labores 1993*, pp. 82-83.

²¹ GUADARRAMA, *op. cit.*, p. 131 en nota *ad locum* (206); CAMPBELL BLACK, Henry, NOLAN, Joseph R., NOLAN-HALEY, Jacqueline M. et al., *Black's Law Dictionary*, 6a. ed., St. Paul, West Publishing Co., 1990, pp. 340-341.

midad debido a la inclusión de la *close corporation* en el *Model Business Corporation Act* (MBCA), estatuto propuesto por la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*, con un modelo de texto legislativo preparado por la *American Bar Association*, publicado originalmente en 1950, siendo revisado y actualizado continuamente bajo el título de *Revised Model Business Corporation Act* (la más reciente es de 1984), que sirve de base para la elaboración de las leyes de los diversos estados.

PMI Services North America, Inc., se rige por la *Texas Business Corporation Act*, y PMI Holdings North America, Inc., por la *General Corporation Law of the State of Delaware*. La abreviatura "Inc." (*Incorporated*), significa que la persona moral está constituida como corporación en concierto con las leyes estatales.²²

La legislación societaria del Estado de Delaware es la más completa en relación a la *close corporation*, además de que la mayoría de las corporaciones de mediano y gran tamaño, tanto de otros estados de la Unión Americana como extranjeras, acuden a Delaware porque ofrece una serie de ventajas para llevar a cabo la incorporación y cuenta también con requisitos de residencia y de organización corporativa en general muy laxos, con cuotas e impuestos favorables para las grandes compañías.²³ Por ello analizaremos aquí sus principios generales.

La *General Corporation Law of the State of Delaware* es el único texto legal que define la *close corporation*, en su parágrafo 342, como aquella corporación en la que su certificado de incorporación (*certificate of incorporation*) establece:

- a) Que todas las emisiones de acciones de la sociedad de cualquier categoría, excepción hecha de las acciones poseídas por ella misma, deben ser suscritas por un número específico y máximo de personas que no pueden ser más de 30.
- b) Todas las emisiones de acciones deben sujetarse a una o más de las restricciones a su transmisión reconocida en el artículo 202 de la ley.
- c) La sociedad no puede hacer ninguna clase de oferta de sus ac-

²² GUADARRAMA, *ibid.*, p. 34 en nota *ad locum* (29) y p. 134; BLACK, NOLAN y of Law, Dallas, Texas, vol. 134, núm. 1, abril, 1980, p. 234; SERENI, Angelo Piero, *Partnerships*, en *Southwestern Law Journal*, Southern Methodist University School NOLAN-HALEY, *ibid.*, pp. 766 y 1003; HAMILTON, Robert W., "Corporations and Le società per azioni negli Stati Uniti", Milán, Dott. A. Giuffrè Ed., 1951, *passim*.

²³ RAMOS FLORES, Samuel, "La 'Corporation' en el Derecho norteamericano", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, UNAM, año XIX, núms. 56-57, mayo-diciembre de 1966, p. 363.

ciones, que constituya una oferta pública (*public offering*) en los términos de la *US Securities Act* de 1933.

d) Las cualidades personales de los socios, especificando la categoría de personas que pueden ingresar en la sociedad o la de quienes no pueden hacerlo, o en su caso, ambos supuestos.²⁴

III. PEMEX INTERNACIONAL ESPAÑA, S. A.

Pemex Internacional España, S. A. (Madrid, 1º de julio de 1988), al igual que PMI Services North America y Pemex Services, Ltd., presta servicios relacionados con el comercio del petróleo y sus derivados, así como los demás que Pemex requiere en los mercados europeos.

Esta empresa, constituida, como todas las demás, en sociedad anónima, resulta más familiar para los países hispanoamericanos y por lo mismo no ahondaremos en ella. Se rige por la *Ley 19/1989 de 25 de julio de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades* y por el *Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*. En la primera de estas leyes se introdujeron algunas novedades, de las que a continuación se mencionan las más importantes:

a) De acuerdo con el principio político-jurídico liberal, la estructura de la sociedad anónima se asienta democráticamente en los accionistas. A partir de ellos y de la junta general, se sitúan subordinadamente los administradores a manera de mandatarios inamovibles.

b) Se permite la recepción de "prestaciones accesorias".

c) Se trata a la nulidad de la sociedad utilizando las técnicas de la disolución.

d) Se introducen las acciones sin voto.

e) Se introduce la figura de la escisión de sociedades.²⁵

²⁴ GUADARRAMA, *op. cit.*, p. 135.

²⁵ GIRÓN TENA, José, "La reforma proyectada en España de la Sociedad Anónima", en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, 1989, tomo I, pp. 613-642; y del mismo autor, "Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Instituto Editorial Reus, 1963, Sección Tercera, Estudios Jurídicos Varios, vol. IV, pp. 1-96.

NOTAS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO *

Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO

1. El vulgo identifica al abogado como un tramposo, trinquetero, charlatán, en el medio ambiente mexicano.

No sólo en México, sino que se levanta un clamor universal en el *advocatus et non latro, res miranda populo!* (abogado no ladrón, digno es de admiración).

Pero la experiencia y la lógica nos enseñan que de casos particulares no podremos sacar conclusiones universales o generales, porque una golondrina no hace primavera; y si bien es cierto que puede existir un juez o un abogado deshonestos y el escándalo del periodicozo afecta a todo el gremio, la generalización es reprochable.

2. Todos estamos concientes de que tocar los principios de ética entre colegas no es nada fácil, porque "en la casa del jabonero, el que no cae resbala"; pero las caídas y los resbalones nos hacen ver los errores para corregir el camino. En esta sesión ni se trata de darnos baños de pureza, ni tampoco de hacernos reproches justificados porque como decía un maestro de Harvard "Los abogados perdedores van destilando amargura en las cantinas y los pasillos de los tribunales, en contra de jueces y colegas".

En todo caso, que tire la primera piedra el que traiga el corazón y la mano sin mancha alguna.

El propósito de esta charla constituye un esfuerzo para mejorar el nivel moral del ejercicio profesional y cabe apuntar que nuestro esfuerzo no es aislado; hoy por hoy, las grandes universidades, la de Harvard y la de Yale, están haciendo grandes inversiones para imbuir a estudiantes y profesionales en los elevados principios que deben observarse en el ejercicio profesional.

* Conferencia dictada en la Escuela Libre de Derecho en el mes de octubre de 1993.

3. La deontología jurídica (la ética que debe observar el abogado) no es un problema de sacristía, ni de religión alguna, aunque no está reñido con ella. Los problemas que sacuden al ejercicio de la profesión del abogado son problemas humanos, universales, cuyos principios vinculan a todo abogado y a todo juez, independientemente de nacionalidad, sexo o credo religioso. Como todo ser humano, están obligados a no mentir, a no engañar, a no robar, a mantener una conducta digna en el ejercicio profesional y en la administración de justicia.

Esopo no era un hombre cristiano, y en su célebre fábula condenó el pacto leonino; los juristas romanos nos legaron los principios universalmente aceptados del *honeste vivere, alterum nono ledere, suum cuique tribuere* (vivir honestamente; no dañar a nadie; dar a cada uno lo que le corresponde). En todos los sistemas de administración de justicia, que se precien de justos, se respeta el principio de que nadie puede ser juez y parte en el mismo juicio; el demandado debe tener la oportunidad de ser oído en juicio.

Muchos admirados juristas de nuestro tiempo, sacudidos por las inquietudes que hoy nos congregan, han plasmado sólidos principios para el honesto ejercicio de la profesión: Así tenemos a Eduardo Couture con "Los mandamientos del abogado"; Ángel Ossorio con "Los postulados del abogado"; Silgueira con "Normas de ética profesional del abogado"; Carlos Arellano García con los "Postulados del abogado" y Hugo Ruy de los Santos Quintanilla con el "Decálogo del Licenciado en Derecho".

Todos ellos nos hacen ver la dignidad del ejercicio de la profesión del abogado. Libros completos se han escrito sobre el tema, como la *Deontología Jurídica* de Salmans; la *Deontología Jurídica* de Rafael Gómez Pérez; la *Deontología Jurídica* de Miguel Villoro Toranzo.

Todos ellos nos señalan el recto camino para el digno ejercicio de nuestra profesión.

4. Nuestra propia experiencia nos enseña que todos los seres humanos, abogados o no, tenemos una idea clara de lo que es una conducta buena y una mala conducta; todos los seres humanos, abogados o no, sabemos que debemos evitar los actos perversos y realizar los actos que nos subliman y benefician a nuestros semejantes; y todos nos sentimos dignos de alabanza cuando realizamos una conducta honesta, y dignos de reproche o vituperio si realizamos una conducta perversa.

Estos criterios, proyectados al ejercicio profesional, se traducen en la obligación que tiene todo abogado de alcanzar una elevada prepa-

ración académica que lo capacite para tomar y resolver los casos que se le presenten, actualizando sus conocimientos en la ley y en la jurisprudencia; en la obligación de estudiar los casos; en tramitar con toda diligencia los negocios que se le encomiendan; en informar al cliente sobre el estado de su negocio y cobrar un honorario justo, según su prestigio, las dificultades del caso y la sana costumbre del lugar.

Al abogado postulante en materia civil-mercantil le es lícito tomar los negocios justos o dudosamente justos; pero no aquellos negocios evidentemente injustos, como, *verbi gratia*, patrocinar un doble cobro de una deuda ya cubierta.

Siguiendo el principio de que el fin no justifica los medios, no es lícito al abogado presentar testigos o documentos falsos, ni siquiera para defender una causa justa. La "chicana" es señalada como una conducta reprobable; como reprochable también es el llamado cobro de honorarios "en especie" en las causas de divorcio.

El juzgador tiene obligación de oír a las partes y dictar su sentencia, con toda diligencia, "*iuxta allegata et probata partium*" (según lo alegado y probado por las partes).

¿Y qué decir de la *corrupción*, del *soborno*, de la *mordida*? (que no es lo mismo que una gratificación).

¿Existe la corrupción en el ambiente judicial mexicano? En la respuesta que demos a este interrogante, nadie trata de tapar el sol con un dedo. No en México, sino en todo el mundo; no el siglo XX, sino en toda la historia de la humanidad, han habido tanto abogados y jueces corruptos, como honestos.

El abogado, como todo ser humano, en su conducta libre puede elegir el vicio o la virtud.

Recordemos a los romanos que definían al abogado como un "*Bonus vir, ius decendi peritus*" (un ser humano bueno, perito en el derecho). La virtud de la justicia constituye la meta de todo juez y de todo abogado, aunque a veces nos apartemos del camino, pero siempre con ánimo de retornar al mismo.

Es fácil tildar a un juez de "vendido", de inicuo. Pero ¿tenemos fundamento para hacerlo? No en vano, Piero Calamanderi dedica uno de sus libros al "Elogio de los Jueces", esos pobres seres humanos que pasan noches de insomnio, angustiados por dictar una sentencia justa, debatiendo los pros y contras del dictamen final.

Es fácil calificar a la ligera a un abogado de chicanero o de tramposo por mero resentimiento y sin fundamento alguno.

Si, la corrupción existe; pero también existe la virtud de la justicia y su observancia depende de cada juez y de cada abogado. Y por ello cometeríamos un error de simple lógica, si por uno o varios casos de corrupción, pretendemos aplicar a todos los jueces y a todos los abogados el sambenito de corruptos.

Vale la pena mencionar algunos casos por los cuales el pueblo ha llegado a ridiculizar nuestra profesión. Uno de ellos es la práctica de algunos abogados de "auto-prestarse" el dinero que cobran de los demandados para su cliente. Otro, es la costumbre del abogado que se avergüenza de cobrar al cliente un anticipo de honorarios por su trabajo y pretende encubrir el derecho al principio, explicando al cliente que requiere de éste, para dar gratificaciones a los funcionarios judiciales, sin que existan tales dádivas.

Permanece por otro lado, la viciosa costumbre de algunos litigantes de pedir al cliente sumas de dinero para obtener una sentencia favorable, cuando saben que tienen razón para obtenerla.

Cabe señalar que no es usual que nuestros jueces y magistrados dicten resoluciones contrarias a derecho, tomando en cuenta la claridad de las normas que nuestra ley contiene para condenar, absolver o declarar derechos y obligaciones. La consecuencia inmediata es que, en parte, la culpa de la mala fama de los jueces y magistrados, la carga el abogado que no tiene el valor de cobrar de frente honorarios a los clientes y recurre a subterfugios y engaños para su cobro, sin importarle manchar la honra del funcionario judicial.

Cabe también apuntar que otra de las causas más frecuentes de la mala fama, tan bien ganada, del abogado estriba en la irresponsabilidad en que incurre, al desatender los asuntos que le encomiendan los clientes, irresponsabilidad que se materializa al rehuir hablar con los clientes, a los que niega información del estado de los negocios. Tal conducta desespera al cliente hasta llegar a maldecir al abogado quien, al verse atrapado por casualidad, desliza su falta echando la culpa a los jueces cuando éstos, en muchos casos, son absolutamente inocentes de los improperios que contra ellos se pronuncian.

Basta examinar los expedientes de los juicios más comunes para advertir que no faltan colegas superficiales en su trabajo, desatentos con sus clientes y mentirosos al expresar los motivos de los efectos de su irresponsabilidad.

Esto no significa que todos los jueces escapen a la crítica popular.

Cabe señalar que los jueces son hombres y, como tales, tienen limitaciones, pasiones y que existen casos de corrupción, ¿de corrupción? sí, por parte del abogado postulante que las provoca y de los jueces que las solicitan; de los superiores que recomiendan los casos; de la ignorancia o precipitación al resolver, sin meditación, cuestiones jurídicas difíciles.

La verdad de las cosas es que venimos arrastrando una herencia de mala fama que, nos presenta un problema verdaderamente difícil, no sólo de resolver, sino de explicar; pero no de comprender, tomando en cuenta que el problema de la justicia, de la administración de justicia, es un problema, más que técnico, de virtud, pero de virtud de quien pide justicia y de quien la administra o deniega.

Cabe apuntar que, inexplicablemente, la administración de justicia, en su aspecto adjetivo, está sujeta muchas veces a fórmulas escleróticas que no han superado el formulismo sacramental romano, el cual desechaba una demanda por pedir árboles y no vides.

Sale sobrando mencionar los favores a los amigos que solicitan el autoembargo para burlar a sus acreedores.

En fin, sería muy prolijo entrar en más detalles sobre el tema porque sería repetir lo que todos conocemos.

Ante este panorama, cabe preguntar ¿Es posible ejercer la profesión de abogado sin ser corrupto en el medio mexicano?

La experiencia nos demuestra que sí es posible y que muchos maestros y colegas de nuestro tiempo ejercen la abogacía con dignidad sublime, en observancia de la virtud de la justicia. En todo caso, de la libre conducta de cada uno depende la solución.

Considero que nuestras escuelas de derecho que nos proporcionan los conocimientos técnico-normativos para el ejercicio de la profesión, también deben complementar la formación de la juventud con la cátedra de Deontología jurídica que ilustre y prepare al abogado a ejercer la profesión con dignidad y decoro.

Por otra parte, debemos señalar que los actos y las instituciones se especifican por su objeto, por su fin. El objeto o fin del proceso judicial es la administración de justicia, de donde debemos deducir que la técnica procesal se perfecciona o degrada según si alcanza o frustra ese fin: la administración de justicia.

"El abogado que interviene como juez o postulante sabe muy bien que para cumplir debidamente con su misión no le basta saber lo que

puede hacer legalmente, sino lo que es justo hacer. No faltan intelectuales dispuestos a formular proyectos de leyes injustas o a dar forma legal a las arbitrariedades de los déspotas o poderoso en turno, pero a nadie escapa que quienes así proceden no ejercen la abogacía, sino un simple celestinaje intelectual. Algo parecido cabe decir de los jueces que se olvidan de la justicia y prestan oídos a preocupaciones puramente formulistas —no se confunda el formulismo con el formalismo o con influencias de otra índole—. En cuanto al abogado postulante, se le consulta como director; y es claro que deja de serlo si se convierte en simple instrumento técnico al servicio de la voluntad de su cliente, con lo cual pierde de paso, su dignidad."

Vale la pena recordar los consejos de Don Quijote a Sancho antes de que fuese a gobernar la ínsula, porque ponen de relieve las cualidades de un juez imparcial, toda vez que nadie puede ser juez y parte en el mismo proceso. Decía el hombre de la triste figura: "Hallén en tí más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico.

"Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico, como por entre los sollozos e importunidades del pobre.

"Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo.

"Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.

"Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún tu enemigo, aparta las mentes de su injuria y ponlas en la verdad del caso.

"No te ciegue la pasión propia en la causa ajena; que los yerros que en ella hicieres, las más veces serán sin remedio, y si le tuvieren, será a costa de tu crédito y aun de tu hacienda.

"Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera despacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros.

"Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones.

"Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza

nuestra, y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstrate piadoso y clemente; porque aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia.

"Si estos preceptos y estas reglas sigues, Sancho, serán luengos tus días, tu fama será eterna, tus premios colmados, tu felicidad indeleble, casarás tus hijos como quisieres, títulos tendrán ellos y tus nietos, vivirás en paz y beneplácito de las gentes y en los últimos pasos de la vida te alcanzará el de la muerte, en vejez suave y madura, y cerrarán tus ojos las tiernas y delicadas manos de tus terceros nietezuelos. Esto que hasta aquí te he dicho son documentos que han de adornar tu alma."

El eminente procesalista Couture, consciente de los principios que venimos exponiendo, comentaba:

"Ni la práctica, ni la ciencia, ni la dogmática han podido desconocer un hecho que la vida pone todos los días ante los ojos del jurista: que el proceso es un instrumento de lucha; que el arte puede ser derrotado por la artimaña; que la técnica puede ser superada por el engaño; que no sólo el adversario, sino el mismo juez puede ser arrastrado hacia el error y que la simulación y el fraude pueden vencer a la buena fe.

"Prácticos y teóricos han tenido entonces necesidad de hacerse cargo de este hecho: el proceso resulta ser en último término, un arma de dos filos, que puede servir tanto al que tiene razón como al que simula tenerla.

"Una concepción ética del proceso no es excluyente de ninguna de las otras; y proyectada hacia el plano de la experiencia jurídica las supera a todas. La idea de que un principio moral debe regir la conducta humana constituye una etapa de civilización. El derecho que no encuentre el apoyo en la virtud, renuncia a uno de sus más fuertes puntos de sustentación. Como dice el filósofo, no sólo en geometría, sino también en Derecho, la distancia más corta entre dos puntos es la línea recta.

"La concepción del derecho procesal como práctica señala al jurista sus derechos y deberes como hombres de acción; como ciencia, sus posibilidades de investigación; como dogmática, sus responsabilidades en el orden del pensamiento; como ética, la vigencia de un orden moral del cual el Derecho no acostumbra ni debe separarse; como política, una condición del ciudadano."

Podemos terminar parodiando al jurista español y al maestro de Florencia: sólo la nobleza del jurista, su dignidad personal, pueden impedir que el derecho procesal derive en un oficio de practicones curiales tan indigno o más que el de pedagogo, toda vez que el proceso no es un elegante juego de esgrima de leguleyos charlatanes. Más que armado de artículos y teorías, el proceso debe estar imbuido en la severa religión de lo justo, de la que juez y litigante deben gloriarse de ser el sacerdote ejemplar: bajo esta condición la abogacía tendrá un sitio de honor en la sociedad.

CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA FISCAL

Emilio ROMANO MUSSALI

Como parte fundamental del proceso de modernización del sistema tributario mexicano y ante la necesidad de ofrecer esquemas fiscales competitivos a la creciente inversión extranjera que al mismo tiempo mejoren las condiciones impositivas a las que se enfrentan cada vez con más frecuencia las empresas mexicanas en sus operaciones con el exterior, esta Secretaría inició en el año de 1990, un ambicioso proceso de negociación de convenios para eliminar la doble tributación internacional en materia de impuestos sobre la renta.

La doble tributación es la carga fiscal adicional a la que pueden verse sujetos los contribuyentes que efectúan operaciones en el extranjero cuando un mismo ingreso causa dos veces el impuesto; la primera en el país del que proviene dicho ingreso "país de fuente" y la segunda en el país de residencia del contribuyente que, como sucede en la mayoría de los países, grava a sus residentes con el criterio de "renta mundial", esto es, por todos los ingresos que obtenga dentro o fuera de su territorio.

El mecanismo de acreditamiento de los impuestos pagados en el extranjero contenido en la Ley del Impuesto sobre la Renta es una medida efectiva para atenuar la doble tributación internacional. Este método "unilateral" sólo atenúa los efectos de una doble tributación pero no logra eliminarlos totalmente, toda vez que es imposible prever en la legislación interna soluciones específicas para resolver cada caso que se pueda presentar, tomando en cuenta la diversidad de impuestos sobre la renta y de modalidades de aplicación que existen en el mundo. En virtud de ello, la práctica internacional, y ahora la nacional, se ha orientado a la adopción de medidas bilaterales para solucionar la doble tributación, las cuales no sólo han probado ser la forma más eficaz para evitar dicho fenómeno, sino que han resultado ser un instrumento ideal para armonizar dos sistemas impositivos en otras áreas,

como en la eliminación de tratamientos discriminatorios, el reconocimiento recíproco de beneficios a instituciones filantrópicas y en el establecimiento de mecanismos de cooperación para la resolución amistosa de conflictos y el intercambio de información.

Para evitar la doble tributación los tratados logran su propósito limitando de diversas formas la potestad de gravar determinadas categorías de ingresos a alguno de los Estados Contratantes. En el caso de los ingresos por dividendos, intereses y regalías, se limita la facultad impositiva del "país de fuente" al establecer que sólo podrá gravarlos a una tasa que no exceda a la establecida en el mismo tratado. Por lo que se refiere a las utilidades empresariales y a los ingresos por servicios profesionales, el convenio normalmente señala que el país de fuente sólo puede someterlos a imposición si el contribuyente tiene una presencia en dicho país que cumpla con los requisitos para considerarse como un establecimiento permanente o base fija. Al país de residencia del contribuyente se le concede la facultad exclusiva de gravar las utilidades por la explotación de barcos y aviones en transporte internacional, las ganancias por la enajenación de bienes muebles y los ingresos por pensiones pagados por trabajos prestados en el país de fuente; y a este último se le permite gravar en exclusiva los salarios y pensiones pagados por servicios prestados a su gobierno. En los demás casos, entre los que se encuentran los ingresos derivados de bienes inmuebles, se establece la posibilidad de que ambos estados, sin limitación alguna, los sometan a imposición.

Cuando se confiere el derecho compartido de gravamen a ambos estados signatarios, la doble tributación se elimina aplicando, a elección de cada estado, el método de acreditamiento del impuesto pagado en el extranjero, o bien, el de exención de los ingresos obtenidos de fuente ubicada fuera del país de residencia del contribuyente. Cualquiera que sea el método adoptado, el convenio normalmente incluye las medidas necesarias para garantizar que la doble tributación sea efectivamente eliminada. Estas medidas pueden consistir en la redefinición del país que se considera como fuente del ingreso o de un crédito ficticio —*tax sparring*— en el país de residencia sobre determinadas categorías de ingresos respecto de las cuales el estado del que provienen ha decidido voluntariamente no someterlas, total o parcialmente, a imposición.

Es importante señalar que los convenios para evitar la doble tributación se limitan a otorgar beneficios a las personas físicas o morales que son residentes de uno o de ambos estados contratantes y sólo es respecto de los impuestos sobre la renta y al patrimonio establecidos por las partes. Existen ventajas adicionales que se obtienen con la suscripción de estos instrumentos, como las siguientes:

- a) clarifican y armonizan los criterios de imposición, otorgando con ello una mayor seguridad y certeza jurídica a las operaciones comerciales y financieras efectuadas entre los residentes de los estados contratantes;
- b) garantizan la aplicación de tasas de retención en el país de la fuente inferiores a las previstas en la ley interna respecto de ciertos rubros de ingresos, como es el caso de dividendos, intereses y regalías;
- c) otorgan una mayor permanencia a los esquemas fiscales aplicables, toda vez que los convenios normalmente estipulan que sólo podrán darse por terminados una vez transcurridos cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor;
- d) establecen las bases para la cooperación administrativa entre las autoridades fiscales de los estados signatarios, a fin de administrar, aplicar e interpretar adecuadamente sus disposiciones;
- e) ofrecen a los contribuyentes una instancia adicional a las previstas por la legislación interna de los países signatarios para solucionar cualquier controversia que surja con motivo de su aplicación o interpretación;
- f) constituyen un instrumento efectivo para la prevención y el combate de la evasión y el fraude fiscal, al establecer un mecanismo para el intercambio de información tributaria entre las autoridades de los estados contratantes, y
- g) aseguran la eliminación de impuestos discriminatorios.

México ha negociado hasta esta fecha trece tratados para evitar la doble tributación, lo que ha significado la celebración de 43 rondas de negociaciones desde el mes de abril de 1990, fecha en que se inició este proceso. El primer tratado firmado por México en esta materia fue el celebrado con Canadá, el cual entró en vigor el 1º de enero de

1992. Los Convenios con Francia y Suecia, que fueron firmados en 1991 y 1992 respectivamente, iniciaron su vigencia el 1º de enero del presente año.

Los tratados con Italia, Bélgica, Estados Unidos de América y Ecuador ya fueron firmados por el Ejecutivo Federal pero aún no han sido sometidos a la aprobación del H. Senado de la República, en virtud de que en estos países, antes de poder ser ratificados por sus respectivos congresos o parlamentos, es necesario agotar una serie de procedimientos que aún no han sido concluidos.

Los convenios con los gobiernos de España y Alemania fueron enviados al H. Senado de la República para su aprobación constitucional y se espera que sean sometidos a la votación de los miembros de dicha legislatura antes de que finalice el periodo ordinario de sesiones que se inició el 15 de abril pasado. En este mismo año se tiene previsto llevar a cabo la firma de los acuerdos con Suiza, Holanda y Noruega, así como concluir las negociaciones con el Reino Unido.

México ha recibido invitaciones oficiales para iniciar negociaciones con Corea, Finlandia, Dinamarca, Rumania, Polonia, Hungría, Brasil, Costa Rica, Marruecos, Grecia, Uruguay, Guatemala, Tailandia, Malasia, Barbados, Singapur, Belice y Luxemburgo, de los cuales en este año se tiene contemplado iniciar las pláticas respectivas con Corea, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Japón, India, Tailandia y Singapur.

Cabe señalar que los convenios que México ha celebrado se basan en buena medida en el Modelo de Convenio elaborado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Este modelo ha resultado ser el más efectivo para eliminar la doble tributación y es el que ha servido de base para prácticamente todos los tratados celebrados entre los países desarrollados. Cada artículo del Modelo viene acompañado de extensas notas explicativas que describen con detalle el alcance del texto, por lo que son un elemento muy valioso para la correcta interpretación y aplicación de los tratados celebrados a su amparo.

Los acuerdos bilaterales para el intercambio de información tributaria han resultado ser una herramienta muy eficaz en la lucha contra la evasión y fraude fiscal, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En esta última área, el intercambio de información tributaria adquiere gran relevancia para las autoridades fiscales en virtud

de la complejidad de estas operaciones y de los montos tan elevados que normalmente representan. Actualmente se encuentran en vigor en México los acuerdos celebrados con Canadá y los Estados Unidos de América para el intercambio de información fiscal, pero toda vez que los tratados para evitar la doble imposición contienen un artículo en el que se establece un mecanismo para que los estados signatarios intercambien información fiscal, no se ha considerado necesario continuar negociando acuerdos que se refieran exclusivamente a esta materia.

El establecimiento de esta red de tratados representa un paso decisivo en el fortalecimiento de las relaciones económicas de México con sus principales socios comerciales. Al eliminar la doble tributación, desaparecen los costos fiscales adicionales en que incurren las empresas cuando realizan operaciones fuera de su país y que les impide establecer sus inversiones en donde mejor les convenga. Estos tratados contienen reglas que permitirán a las empresas mexicanas ser más competitivas y conquistar nuevos mercados y otorgan mayor seguridad y estabilidad a la inversión extranjera, permitiendo avanzar en el proceso de apertura y consolidación del crecimiento económico de México.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SR. LIC. DON JAIME
DEL ARENAL FENOCHIO EN LA CEREMONIA DE DEVE-
LACIÓN DEL CUADRO DEL MAESTRO MANUEL HERRERA
Y LASSO EL DÍA 16 DE MARZO DE 1944

Honorables miembros de la Asamblea General
de Profesores de la Escuela Libre de Derecho,
Señores miembros de su Junta Directiva,
Distinguido señor Rector,
Queridos alumnos,
Señoras y señores:

Hoy la Escuela Libre de Derecho cumple con un deber de justicia. Acatando el acuerdo tomado en su pasada Junta General de Profesores, devela el retrato de uno de sus más distinguidos egresados, Rector Honorario de nuestra institución desde 1954 hasta su fallecimiento, el sábado santo del año de 1967: *Don Manuel Herrera y Lasso*: "El pescador de rayos de luna en la vida política de México", el "tomista con injerto bergsoniano"; el hombre, cuyo imperativo patriótico lo llevó, lo mismo, a dedicar 50 años de su vida a la formación de decenas de juristas en nuestras aulas, que a defender la idea — hoy tan maltrecha y superada por un constitucionalismo al servicio del poder— de que la Constitución debía ser, *antes que otra cosa*, el límite al poder que garantizara la libertad y la justicia. *Imperativo patriótico* que le obligaría a exclamar aquellas inolvidables palabras pronunciadas durante su injusto exilio en La Habana: "Yo me precio de amar de veras a México, y por eso, cuando miro hacia allá, no veo más que una inmensa bandera tricolor que cobija todo su territorio. Detrás de ella, no distingo a los hombres [...]" *Imperativo patriótico*, sed de justicia, amor por el derecho y por la historia, fe en Dios... Esto y más fue Manuel Herrera y Lasso.

Perdonadme, que estando aquí presentes alumnos y discípulos de don Manuel (y por lo mismo más autorizados para hacer estas breves reflexiones), sea yo quien tome la palabra. Pero era preciso que así

fuera para demostrar y propagar aquella idea de Renán que Herrera y Lasso aplicara felizmente a la Escuela Libre: "*Asamblea de vivos y muertos*". Y es que pertenezco a una generación —hoy sabemos que se llamará del cambio— que no tuvo ya la fortuna de escuchar las extraordinarias lecciones del maestro, aunque sí pudo interiorizarse en su pensamiento gracias a la publicación de los dos primeros tomos de sus *Estudios constitucionales* y a la lectura de esa magnífica obra que recoge sus *Ensayos filosóficos*; y gracias, también, a esa forma tan particular y tan efectiva de hacer la historia que conduce el conocimiento del pasado a través de la transmisión oral de los profesores. Como las historias de los pequeños pueblos y de las familias, ésta no consta aún por escrito, se hace y se comunica a cada nueva generación, de oídas, en la intimidad del recuerdo personal, con la suma de anécdotas y con las evocaciones personales; una historia poco científica, sí, pero muy humana, intensamente humana, que mantiene en el grato recuerdo y establece moralejas, que vivifica porque oxigena los recuerdos y con éstos, alienta las esperanzas que conducen a nuevos tiempos con la seguridad que tiene y muestra el que sabe *quién es y de dónde viene*. Así me hice (junto con los miembros de mi generación), del conocimiento de la personalidad y del significado que guardaba Herrera y Lasso para la Libre de Derecho y para la vida jurídica del país. Alumno, fundador, maestro desde el alumnado, catedrático y político comprometido, periodista y escritor, Rector Honorario y Maestro Emérito; de todo esto y más nos enteramos por la historia oral aquellos alumnos de las generaciones que ingresamos a la Escuela en los años setenta y que hoy formamos el 35 por ciento del profesorado de la misma; incluyendo dos vocales de la Junta Directiva y su secretario académico. ¡Sí!, era preciso que alguno de nosotros hablara de don Manuel: para demostrar que no es preciso oír ni ver a un maestro para que éste lo sea por siempre, y para cumplir con un deber, con una responsabilidad: *la de recordar*. ¿No acaso consiste la fuerza de nuestra Escuela en su capacidad para recordar? Para recordar y para cumplir el deber de transmitir nuestras tradiciones, nuestros principios y el mensaje de nuestros maestros.

El cumplimiento con este deber nos congrega hoy nuevamente, tal y como lo hicieran en su momento Genaro Ma. González, Carlos Mainero, Javier Creixell, Gustavo R. Velasco (por mencionar sólo algunos de los muertos), y como lo han hecho todos ustedes, los vivos. ¡*Podeis sentirlos satisfechos!*: El legado ha sido transmitido y el

mensaje se perpetuará gracias a la acción de nosotros y de quienes estudiantes ahora, mañana recibirán el título de abogado de la Escuela.

O cumplimos con nuestra responsabilidad o que la Libre perezca, que más vale su muerte que su desnaturalización por efecto de la apatía de sus hijos.

Hoy recordamos, sí, pero los recuerdos no sirven si anulan o entorpecen la acción: si sirven de rémora para transitar hacia adelante; si solapan una actitud conformista o complaciente con el pasado. Los recuerdos —nos dirán los viejos— sirven para vivir, para continuar viviendo, para hacer más seguro el paso hacia nuevas etapas.

En unos minutos más, esta asamblea deliberará para dar comienzo a un proceso de reformas, *sentidas y queridas por todos*: directivos, alumnos y maestros; pero lo hará con una convicción tan profunda y arraigada que casi ni vale la pena mencionar: la Libre debe seguir siendo fiel a sus principios y a la herencia de sus fundadores y maestros, en esta ocasión especialísimamente representados por la figura de Manuel Herrera y Lasso.

Gracias a ellos nuestra Escuela ha comprendido el exacto valor del Derecho. Ante la ofensiva tecnocrática y seudomodernizadora, los juristas vergonzosamente parecen replegarse; otros, con discursos más eficientistas y propuestas *exactas y eficaces* para tantos males humanos, los desbordan y los sustituyen y tiene que ser de la selva —que no de los tribunales ni de las aulas de las escuelas de derecho— de donde provengan los reclamos y los gritos porque impere la más elemental justicia. Hoy economistas y antropólogos, sociólogos y financieros se disputan la soberbia facultad de señalar las pertinentes soluciones a los graves problemas nacionales. Nadie parece querer oír más a los juristas, enfrascados desde hace un siglo en explorar una y otra vez la letra de la ley, una ley que ya ni siquiera él elabora sino que, por el contrario, se fragua y se le impone desde las alturas de un decisionismo político eficaz pero autoritario. Y es que esos problemas no son —nos dicen y así lo creemos— de justicia, sino de ajustes, de reconversiones, de deslizamientos y desaceleraciones, de balanzas comerciales, y paridades cambiarias, de micro o macro modelos y de no sé cuánta palabrería ininteligible. ¿Y la sed de justicia. . .?, ¿está acaso saciada? Me pregunto si no estamos ahora en los albores de una época en la cual los juristas y profesores de derecho tendrán la necesidad de enseñar *no a cumplir la ley* sino a desobedecerla. El homenaje de hoy, llega, entonces, en momento muy oportuno. Cuando el estado

de derecho parece haber sido sustituido por una economía que planifica y prevé todo, hasta el margen de las libertades y las cuotas de justicia. Cuando el imperio de la norma jurídica es desplazado por la negociación, por las concertaciones o los acuerdos secretos; cuando la ley se separa cada vez más de la ética y las exigencias por nuestros derechos no van acompañados por un cumplimiento y una reflexión sobre nuestros deberes, parece conveniente volver la vista hacia Herrera y Lasso y hacia todos aquellos que profesan auténticamente el derecho.

Ha tenido que ser la historia la que frene el modelo construido a espaldas de la propia historia y del derecho. Ha tenido que ser la realidad la que nos coloque ante la evidencia de nuestro propio fracaso: de tanto interpretar la ley olvidamos al derecho y, con éste, al hombre y sus necesidades más elementales.

Hoy que todos voltean a la historia para sacar de ella respuestas a tantas viejas cuestiones, la Libre muestra lo que puede ser el camino a seguir: la reforma dentro de la tradición; el sabio y prudente equilibrio entre el pasado que no ata y la modernidad que no rompe. La Libre entiende y comprende el papel de la historia: interesarnos por el hombre actual, no por el del pasado. Quien quiera pensar otra cosa *no sabe ni lo que es la historia ni lo que es el hombre*. Y es que no en vano somos también la obra de Macedo, de Esquivel Obregón y de Javier de Cervantes. Hemos aprendido a oírnos en el tiempo, a escuchar a nuestros muertos y a pensar, soñar y perpetuarnos en nuestros alumnos de ayer, de hoy y de mañana. Esto nos da seguridad, nos da confianza y nos mantiene fieles a nuestro ideal: la libertad con el derecho nos da fe ante épocas que se anuncian difíciles —quizá trágicas—, a las que esperamos con la fuerza de quienes saben escuchar, saben creer y saben ser.

¡Sí, era indispensable que alguien de mi generación hablara! Que dijese a los miembros de las generaciones pasadas que la visión de don Manuel, las palabras que de él escucharon, el mensaje que les dio para transmitirlo, *ya es patrimonio de nosotros* y que, ante las nuevas generaciones de alumnos, les demostrase que aunque las personas perezcan físicamente continúan vivas en el recuerdo, en las ideas, en las instituciones, en las actitudes de quienes tuvieron la envidiable fortuna de oír lo que tuvieron a bien dejarnos... Era preciso que alguien de una generación que cree en los cambios nos hiciera nuevamente copartícipes de la inmensa responsabilidad que

todos tenemos, no sólo respecto de uno o de algunos de nuestros profesores, sino de toda la obra de esa asamblea de vivos y muertos a la cual se pertenece por siempre.

Don Manuel Herrera y Lasso —así me enseñaron a nombrarte— hoy que la Escuela cumple con un deber elemental de justicia, ante tu hija que fue para ti antígona y ninfa egeria, ante tu amada Escuela que fue templo donde predicaste el credo de la libertad y de la justicia, ante los últimos de tus alumnos y en esta patria, tan tuya y tan nuestra, *hoy como ayer tan sufrida y lacerada por tanta impunidad y por tanto poder*, podemos decirte: estate tranquilo; sabremos cumplir con nuestra responsabilidad. Tus palabras y el ejemplo que nos dejaste continuarán conociéndose en las aulas de la institución que ayudaste a construir. Sirva tu retrato para tenerlos presente día con día.

DISCURSO PRONUNCIADO EL 29 DE AGOSTO DE 1994
EN LA APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1994/1995 POR
DON JOSÉ HIGINIO NÚÑEZ Y BANDERA

Señor Rector,
Señores profesores,
Señores alumnos,
Señoras y señores:

Agradezco a la Junta Directiva el honor inmerecido de dirigir estas palabras en la ceremonia de inauguración del año lectivo 1994-1995 de nuestra querida Escuela Libre de Derecho. Una vez más como ha sucedido desde el año de 1912, la Escuela funde el binomio de alumnos y profesores en la noble tarea de enseñar. Esta institución se denomina "Escuela" porque precisamente es un establecimiento de enseñanza, en donde se predica no sólo la ciencia jurídica, sino también los principios y valores del ser y su compromiso en el mundo, ya que estamos convencidos que educar no sólo depende de aplicar sistemas pedagógicos sino de encarnar valores, y esto es lo que le ha dado a la Escuela su excelencia y autoridad moral. Es intrínsecamente "Libre" por naturaleza y por definición. Nació por el ansia de libertad de sus fundadores, maestros y discípulos, la ha practicado durante más de 82 años, y desde entonces transmite a sus egresados la convicción de que el hombre fue creado para la libertad. Está dedicada al "Derecho" en sus más amplios conceptos; pues es derecho lo que no está doblado ni encorvado; es derecho todo lo que está colocado en el cuerpo del hombre a un lado de su corazón; y es derecho el conjunto de disposiciones que determinan las relaciones sociales. Todo ello conforma la educación que aquí se imparte.

El éxito en el aprendizaje requiere de cuatro puntos básicos: Una memoria que no sólo almacene conocimientos, sino que recuerde con lucidez que la educación es un compromiso y una responsabilidad y que el obtenerla se debe al esfuerzo de muchas personas; una cons-

tante voluntad de recoger los conocimientos con la conciencia de que cuanto más se estudia menos se sabe, lo que debe motivarnos a no cejar nunca en el estudio; una abundante verbosidad para expresar diáfananamente los conocimientos adquiridos, ya que los conocimientos ocultos son estériles e inútiles; una buena dosis de audacia de modo que suceda lo que sucediere, no se corte ni se acobarde jamás.

Los conocimientos que se adquieren por el estudio, por sí solos, hacen en el intelecto lo que las pinturas en una casa, decoran su aspecto sin mejorar el edificio. Mucho estudio con una limitada comprensión del mundo y del hombre resulta vano. El hombre se expresa en su vocación y se realiza en su trabajo. Por tal motivo la Escuela Libre de Derecho se compone de abogados que, sin más retribución que sus convicciones, dedican su inestimable tiempo a la cátedra, y de alumnos que teniendo siempre presente su honorabilidad, se consagran al estudio y práctica de las enseñanzas que reciben. En esta Escuela nos preocupa el formar abogados concebidos en hombres y mujeres íntegros, dispuestos a practicar el enunciado que consta en el título que perfingi potentia, neque adulterari pecunia debet". (El derecho no otorga esta Escuela y que reza así: "Jus neque inflecti gratia, neque debe influenciarse por favores, ni doblegarse ante el poder, ni corromperse por dinero.)

Nos hallamos en un proceso histórico, presente desde hacía tiempo, pero que alcanza hoy su punto culminante. Una serie de transformaciones radicales de los espacios políticos, económicos, sociales, científicos y técnicos, llenos de esperanza de nuevas libertades pero al mismo tiempo cargados de nuevas formas de injusticia. La libertad que rechace vincularse con la verdad, se destruye por sí misma entre la vileza de las pasiones. La paz no sólo es ausencia de violencia prepotente e irracional, sino que se erige sobre los cimientos de la justicia. Es necesario que ustedes jóvenes estudiantes, comprendan que la justicia no puede caer en manos viciadas y venales, que se forja día a día, que no es propiedad de nadie. En esta hora de la historia es necesario levantar la voz y defender por sobre todo al hombre, en especial a los débiles y a los desamparados, no con palabras que no se cumplen y discursos vacíos de contenido sino dando testimonio de la dignidad del ser humano. El abogado debe ser la voz de los que no tienen voz y ser su alivio y su defensa.

En nombre de esta noble Institución y del mío propio, agradezco una vez más a los señores profesores su entrega y su dedicación, y a ustedes señores alumnos les doy la más cordial bienvenida a las aulas

de la Escuela Libre de Derecho que solamente promete darles dos cosas: Raíces y alas. Las raíces más genuinas de su historia consagrada a la libertad y a los conocimientos y las alas para que con esas enseñanzas y esa libertad busquen vivir honradamente, no dañar a otro, y dar a cada quien lo suyo como lo prescribió Ulpiano, y con el tiempo leguen sus raíces y sus alas a las futuras generaciones de abogados, para que nuestra amada Escuela viva por siempre.

DISCURSO PRONUNCIADO EL 29 DE AGOSTO DE 1994
EN LA APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1994/1995 POR
EL PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS, SEÑOR
RAMÓN AMEZCUA HASSEY

Sr. Rector don Miguel Ángel Hernández Romo,
Distinguidos maestros,
Compañeros.
Buenos días:

Hoy damos inicio a un nuevo ciclo escolar, lo que implica nuevas expectativas, mayores compromisos y metas más altas que alcanzar. Nosotros, alumnos y maestros, somos herederos de una tradición que empezó hace más de ochenta años la cual debemos enaltecer. Es por ello que estamos compelidos a ser mejores día con día para así mantener a nuestra Escuela Libre de Derecho como el alma máter de donde continúen egresando los mejores abogados del país.

Esta época que se caracteriza por la modernidad y la transformación implica grandes retos. De ahí que nosotros no podemos permitir rezagarnos, sino que por el contrario debemos ser protagonistas en este nuestro México. Estamos comprometidos con nuestra Escuela y con nuestro país, de ahí que debemos buscar y tratar de alcanzar la perfección y la grandeza personal, pues somos el reflejo de nuestra Escuela y formamos una élite en la nación, las que gozaran de grandeza y reconocimiento en la medida en que seamos mejores y nos preparemos más.

La Escuela Libre de Derecho durante sus ya más de ocho décadas se ha caracterizado por ser una institución en donde se forman excelentes abogados, cuya mayor virtud se caracteriza por ser grandes seres humanos comprometidos con la verdad y la integridad moral. Ese, señores, es el junto medular que distingue al abogado de la Libre de cualesquier otro abogado. Por ello, hoy que inicia un nuevo ciclo escolar, los exhorto a ser mejores como estudiantes, como estudiosos y

como personas. Comprometámonos con la verdad, con la justicia y con la equidad y unamos esfuerzos para mantener a esta Escuela como un ejemplo a seguir y un modelo de imitación para otras universidades.

A mis compañeros y compañeras de primero, que están iniciando esta carrera, los invito a que comiencen esta nueva etapa de su vida buscando la excelencia en todos los aspectos; es decir, el social, el cultural, el intelectual, el académico y el humano.

No se olviden que son jóvenes, pues la juventud de la que gozamos es un tesoro que se pierde con el tiempo, así que disfrútenla no la mal gasten. Cumplan con sus responsabilidades, pero den tiempo para realizar actividades propias de nuestra edad. Vivan cada momento con la intensidad que les caracteriza y si tropiezan en su camino, no duden en levantarse para continuar andando.

Han escogido una senda difícil más no imposible. Entiendan que el propósito de esta Escuela es la formación del futuro abogado, así que tengan la confianza de acercarse a sus compañeros de años más avanzados y a sus maestros. Ya el haber entrado a esta Escuela y formar parte de nuestra comunidad, les confiere una gran obligación, pues a ustedes como a nosotros y al igual que a todos aquellos que han sido alumnos de la Libre, nos encomiendan el orden y la disciplina de la misma.

Defiendan sus convicciones, decídanse por la justicia cuando ésta se encuentre en contraposición al Derecho. No busquen compararse sino con ustedes mismos, sean humildes, entendiendo a la humildad como una virtud y no como una debilidad. Sepan que en ustedes al igual que en nosotros, recae tanto el deber como el honor de llevar a cabo nuestra vida estudiantil y luego profesional con diamantina honestidad.

No me queda más que desearles a todos, tanto alumnos como cuerpo docente, el mejor de los años escolares. Espero que todos logremos nuestras metas personales y profesionales, manteniendo así a la Escuela Libre de Derecho como la Escuela más respetada y admirada de todo México.

Muchas gracias.

Revista de Investigaciones Jurídicas, Núm. 18,
editado por la Escuela Libre de Derecho, se
terminó de imprimir el día 28 de octubre de
1994, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ,
S. A. DE C. V. Tels. 672-01-19 y 539-51-08.
Esta edición consta de 1 000 ejemplares.

