

**REVISTA DE
INVESTIGACIONES JURIDICAS**



**ESCUELA LIBRE DE DERECHO
AÑO 2 NUMERO 2 MEXICO 1978**

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA
DE INVESTIGACIONES
JURIDICAS

MEXICO, 1978

HEMEROTECA
ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Escuela Libre de Derecho.

Junta Directiva:

Lic. José Gómez Gordoa
Lic. José Luis de la Peza
Lic. José Becerra Bautista
Lic. José Cándano

Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Consejo Editorial:

Lic. Elisur Arteaga Nava
Lic. Josette Serrato de García
Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. José A. González Fernández
Lic. Eduardo de Ibarrola
Lic. Javier Fernández del Castillo

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

Queda hecho el depósito de Ley.

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

© Derechos reservados conforme a la Ley.
Escuela Libre de Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Dr. Vértiz No. 12, México 7, D. F.

Agradecemos la valiosa y entusiasta colaboración de las Mesas Directivas de la Sociedad de Alumnos 1975-1976 y 1977-1978 de la Escuela Libre de Derecho.

La Escuela Libre de Derecho como institución de estudios superiores, tiene como objetivos fundamentales las tres actividades clásicas inherentes a las de su tipo, esto es la enseñanza, la investigación y la difusión del derecho.

Para la mejor realización de las dos últimas actividades mencionadas, se creó desde hace varios años el Instituto de Investigaciones Jurídicas que ahora presenta el segundo número de su revista, como fruto de la labor de destacados profesionistas especializados en distintas ramas del Derecho, realizada durante el último año.

En la selección de los artículos publicados se han tenido presentes los objetivos antes apuntados, por lo que este número contiene estudios realizados tanto sobre instituciones jurídicas tradicionales, pero en constante evolución, como sobre disposiciones u ordenamientos de reciente promulgación.

La difusión de este material seguramente será bien recibida por el lector interesado en el Derecho y ojalá provoque en sus destinatarios la necesidad o el deseo de continuar el estudio y la investigación sobre los temas tratados.

A nombre del Instituto de Investigaciones Jurídicas, agradezco la entusiasta respuesta de maestros, ex-alumnos y distinguidos profesionistas que han colaborado con sus interesantes aportaciones a esta nueva etapa de nuestra tarea.

JOSÉ LUIS DE LA PEZA
Rector Interino

LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTO EN EL DERECHO MEXICANO

LIC. JORGE BARRERA GRAFF
*Profesor Titular de Derecho Mercantil
en la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.*

1. *Terminología.* Por responsabilidad del producto, en el derecho del consumo, se entiende la facultad del consumidor de un producto defectuoso, de reclamar, tanto del fabricante como del distribuidor, el pago de los daños y perjuicios que tal defecto le cause.

La expresión es más correcta que la que indicara la responsabilidad del productor o fabricante, o la que estableciera la responsabilidad del vendedor o distribuidor (del último de ellos en la cadena que va del productor al consumidor al través de varios intermediarios), frente al consumidor o comprador, porque, en el primer caso, si es cierto que también se trataría de una responsabilidad objetiva de la empresa, o de una responsabilidad aquiliana del fabricante frente al consumidor, también lo es que en aquella expresión no se comprendería la responsabilidad del distribuidor.

A su vez, la fórmula: responsabilidad del distribuidor, sólo se referiría a la relación entre vendedor y comprador, que es la posición tradicional, derivada de la relación contractual; en cambio, la expresión *responsabilidad del producto* indica una situación jurídica que normalmente no plantea una relación personal y directa del comprador (consumidor) con el productor.

Con este alcance acogemos la fórmula responsabilidad del producto, que ha sido acuñada y acogida en derecho extranjero (*products liability*), aunque creemos que más que *del* producto es mejor hablar de responsabilidad *por el* producto, o sea, de la responsabilidad en que incurra el fabricante y los distribuidores por el producto que aquél elabora y que éstos ponen en circulación.

2. *Ubicación.* Los problemas relativos a la responsabilidad del producto se regulan en el *derecho del consumidor*; una manifestación en el derecho privado contemporáneo (civil y mercantil) de las nuevas tendencias del consumismo (*consumerism*), de la actual economía capitalista. Ofrece así el derecho, nuevas soluciones a las nuevas corrientes del sistema económico de libre empresa, que tienden a evitar o a frenar abusos en contra del público consumidor. Y así como ayer se protegió con las normas del derecho laboral a los trabajadores contra los excesos de los patrones, hoy se tiende a proteger a los consumidores en contra de empresarios que

elaboran y ponen en circulación mercancías defectuosas, las que por distintos medios de publicidad y propaganda imponen a aquellos. "La sociedad del bienestar, dice un autor francés refiriéndose a esta etapa económica que vivimos, ha creado un ser nuevo, el consumidor, que tiende a adquirir la misma condición del proletario creado por el capitalismo industrial del siglo XIX".¹

3. *Reglamentación en México del derecho del consumidor.* El derecho al consumo está regulado en México por la reciente Ley Federal de Protección al Consumidor (LPC), que entró en vigor el 5 de febrero de 1976.² En tal Ordenamiento, además de las acciones de responsabilidad en contra de fabricantes y distribuidores de bienes y de prestadores de servicios, se reglamentan los contratos de venta al consumidor, la publicidad comercial, las garantías a favor del proveedor, ciertas operaciones de crédito, la creación de la Procuraduría del Consumidor (que equivale a la institución sueca del *Ombudsman*) y del Instituto Nacional del Consumidor.

La LPC forma parte de nuestra legislación mercantil, en cuanto regula, fundamentalmente, "adquisiciones y enajenaciones verificadas con propósito de especulación comercial" y la actividad de empresas, que el art. 75 del Código de Comercio (C.Co.), fracciones I y V a XI, "reputa como actos de comercio". Por ser mercantil, la LPC es federal, y por ende se aplica en todo el territorio nacional; no localmente, como sucede con los Códigos Civiles de cada uno de los 32 Estados de la República y del Distrito Federal.

Normas elementales, de contenido y alcances clásicos, de protección al consumidor (*rectius*, al comprador), se mantienen tanto en el C.Co. (arts. 2142 y sigs., y 2119 y sigs.) y en los distintos Códigos Civiles de los Estados, relativamente a las acciones de indemnización por defectos de calidad o cantidad de la mercancía; *cuanti minoris* y *redhibitoria*, en los casos de vicios ocultos y de saneamiento para los casos de evicción.

El C.Civ., influido principalmente por el Código Suizo de las obligaciones (arts. 41 y s.), y por el Código Civil Ruso (art. 403), regula tanto la responsabilidad aquiliana, por un obrar ilícito o en contra de las buenas costumbres (art. 1910), como distintos casos de responsabilidad objetiva (arts. 1913 y 1923). En esos casos, no se requiere culpa o negligencia del infractor, aunque sí se establece como causa de exención "la culpa o negligencia inexcusable de la víctima". En cambio, tratándose de la empresa (C.Civ. art. 1924), la responsabilidad del empresario cesa si se demuestra que en la comisión del daño no se le puede imputar culpa o negligencia alguna.³

4. *Responsabilidad del producto. Código Civil.* La regulación de esta materia deriva en forma exclusiva, aunque también en forma harto insu-

ficiente, de la LPC. El C. Civ., en efecto, no impone responsabilidad por el producto, sino la del enajenante o vendedor (productor o distribuidor) frente al adquirente o comprador y con serias limitaciones. El art. 2142, en efecto, que impone la obligación de saneamiento del enajenante y que concede acción de rescisión al adquirente "por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a que se le destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que de haberlos conocido al adquirente no habría hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa", no establece ninguna responsabilidad extracontractual u objetiva; el art. 2145, sólo da lugar a la reparación de los daños, "si la víctima probara que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente", y finalmente, el art. 2110 exige que los daños "sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación".

En resumen, la protección del consumidor en el C.Civ. sufre de estas serias limitaciones: a) sólo se aplica a las relaciones que surjan de contrato; b) la reparación de los daños se hace depender de que la víctima pruebe el conocimiento de los vicios ocultos, por el infractor, y c) los daños deben ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.

Analicemos ahora brevemente los principios aplicables a esta materia en la LPC.

5. *En la L.P.C.* El artículo de esta Ley del que deriva la responsabilidad del producto es el 33, párrafo sexto, que establece: "Los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien y, cuando ello no sea posible, a su reposición, o de no ser posible ni la una ni la otra, a la devolución de la cantidad pagada, en los siguientes casos:

"Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al que está destinado".

6. *Supuestos normativos.* El principio de responsabilidad de esta norma se basa, en primer lugar, en un defecto del producto, y en segundo lugar, en que tal defecto provoque que el producto no sea apto para el uso al que está destinado. La primera nota se predica del producto mismo; la segunda, de la finalidad o propósito (*the fitness for purpose* del derecho americano), al que se destine. El defecto del producto, por una parte, puede derivar de su fabricación, de sus características (estructura o calidad), o de sus condiciones sanitarias al tiempo en que se expanda al consumidor; y por la otra, debe ser causa de su ineptitud para el uso a que está destinado.

Este último requisito corresponde al que se exige en el art. 2142 C.Civ. citado arriba: "defectos... de la cosa... que la hagan impropia para los usos a que se la destina". En ambas disposiciones, el tiempo del verbo

que se utiliza: "se destina"; "está destinado", indica una finalidad real y objetiva, propia del producto, que es independiente de la voluntad del fabricante, del distribuidor y del consumidor: si se trata de un automóvil de pasajeros, el uso al que está destinado es, precisamente, el de transportar personas, y a él debe responder el vehículo; si el adquirente lo destina a transportar ganado o mercancías, no puede reclamar por circunstancias del automóvil que lo hagan impropio o no apto para dicha finalidad distinta.

La fórmula del art. 33, párrafo sexto, es insuficiente porque no precisa con claridad a qué artículos o productos se refiere; en cambio, es satisfactoria en cuanto que relaciona el defecto del producto a su falta de aptitud para satisfacer el uso al que está destinado.

Por lo que toca a los productos que comprende, al hablar la norma de fabricación y elaboración, sólo se refiere a productos industriales y excluye, en consecuencia, a los productos naturales (agrícolas o zoológicos); al referirse, sin embargo, a deficiencias en la estructura, en la calidad o en las condiciones sanitarias del producto, podría sostenerse que se comprenden toda clase de productos. No obstante, por aplicación de los arts. 2o. y 3o. LPC, los agricultores, en el sentido más amplio del término, es decir, quienes obtienen frutos de la tierra, del ganado, etc., no están protegidos ni comprendidos en esa Ley, que sólo se aplica a los consumidores de productos industriales.⁴

Respecto a la ineptitud del producto para satisfacer el uso al que está destinado, considero que el texto del art. 33, párrafo sexto, es preferible a otro más reciente (9 de octubre de 1976), o sea, el del art. 4o. del Proyecto de Ley de responsabilidad por daños de productos defectuosos, presentado por la Comisión Jurídica de la Comunidad al Consejo de Europa,⁵ que establece: "Art. 4. Una cosa es defectuosa cuando no ofrece la seguridad, respecto a las personas y a los bienes, que legítimamente se puede esperar",⁶ porque en esta redacción se deja a la interpretación subjetiva del juez o del árbitro qué es lo que "legítimamente" puede esperarse del producto, en tanto que la fórmula del párrafo sexto del art. 33 LPC acude, como ya dijimos, a un dato objetivo.⁷

7. *Deterioro del producto.* No basta, sin embargo, la presencia de esos dos notas para que se incurra en responsabilidad. Se requiere, además, "que el producto no haya sido usado en condiciones distintas a las normales, que no haya sufrido un deterioro esencial, irreparable y grave por causas atribuibles al consumidor" (art. 34, in fine LPC), o que "el daño se haya producido por culpa o negligencia inexcusable de la víctima (ex arts. 1910 y 1913 C.Civ.)"⁸ En todos estos casos, se invierte la carga de la prueba, pues es el proveedor o fabricante quien debe acreditar cada uno de los supuestos aludidos.

8. *Ausencia de culpa.* El principio del art. 33, párrafo sexto, establece

la responsabilidad objetiva del fabricante y del vendedor o distribuidor, con independencia de toda idea de culpa o negligencia; incurren en ella, por el mero hecho de fabricar y poner en circulación el producto defectuoso que no sea apto para su uso propio, cuando por ello se provoquen daños o perjuicios patrimoniales⁹ y daños personales.¹⁰

9. *Responsabilidad del fabricante y del proveedor.* La responsabilidad del producto comprende, según el art. 34 LPC, "al vendedor o al fabricante, indistintamente"; o sea, no sólo a quien venda el producto al consumidor, sino a quien lo haya elaborado, pese a que para llegar a su último destino, la adquisición final de quien lo consume, hubiera pasado por varios distribuidores intermediarios. A este respecto, la LPC amplía extraordinariamente los límites y principios de responsabilidad del C.Civ. para atribuirle con independencia de todo vínculo contractual.

La ampliación de la responsabilidad al productor, plantea la duda sobre la aplicación a estos casos regulados en la LPC del principio de causalidad que establece el art. 2120 C.Civ., según el cual, el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o de la violación del infractor. Se diría, para desechar la aplicación de esta norma, que normalmente el productor no incurre en incumplimiento ni en violación alguna frente al consumidor, porque no liga a ambos convenio o contrato alguno. Esta interpretación debe rechazarse, ya que la Suprema Corte¹¹ establece la aplicación del art. 2120 a los casos de responsabilidad aquiliana.¹²

10. *Amplitud de la responsabilidad.* Como ya vimos, la responsabilidad extracontractual que impone el Código Civil, no se limita al pago de los daños y perjuicios de carácter patrimonial, sino que incluye la integridad física de la víctima y, por tanto, la protege en casos de lesiones y de muerte, según dispone el art. 1915, e inclusive se extiende a la llamada "reparación moral", en los términos del art. 1916.¹³

Pues bien, en los casos de responsabilidad regulada por la LPC, además de los daños y perjuicios patrimoniales que fija el derecho común, el cual se aplica supletoriamente a aquélla, el art. 33, párrafo sexto, concede al consumidor el derecho de reparación del producto defectuoso, o cuando ella no sea posible, el derecho de reposición, y si no procede ni aquélla ni ésta, el derecho a la devolución del precio pagado.¹⁴

11. *Plazos para el ejercicio de las acciones.* En los casos de responsabilidad del producto, los plazos para el ejercicio de las acciones que establece el artículo 33 LPC, se indican en el art. 34: deben plantearse dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto, y si se dio garantía, "se estará al lapso que ella señale, si fuese mayor". En este sentido, la LPC amplía los plazos de caducidad establecidos en el C.Co., que apenas son de cinco días contados a partir

de la recepción de las mercaderías, en casos de faltas de calidad o de cantidad y de 30 días "por causas de vicios internos"; pero, de cualquier manera, concede un período excesivamente corto, dado, sobre todo, que ese brevísimo plazo de dos meses no cuenta a partir del momento en que se conoció o debió conocer el defecto del producto, sino desde que éste se entrega al consumidor.¹⁵

Respecto a vicios ocultos y no a responsabilidad del producto, rige el art. 31 LPC, que concede al consumidor, las clásicas acciones de rescisión o de reducción del precio, y en cualquier caso, la indemnización por daños y perjuicios. Esta acción deberá ejercitarse "dentro de los seis meses, contados desde la entrega del bien, salvo que la legislación común señale un plazo mayor".

A su vez, el C.Civ. (derecho común) concede el mismo plazo de seis meses, tratándose de responsabilidad derivada de contrato (art. 2149), y de dos años en los casos de responsabilidad extracontractual (art. 1934). En consecuencia, si el comprador ejercita acción de responsabilidad por vicios ocultos en contra del vendedor, debe hacerlo dentro de los seis meses siguientes a la entrega; en cambio, si plantea la acción de responsabilidad en contra del fabricante de un producto defectuoso, lo puede hacer dentro de los dos años siguientes a la entrega, como lo establece el mencionado art. 31 LPC, en relación con el art. 1934 C.Civ.

12. *Responsabilidad del producto y por vicios ocultos.* La LPC no distingue entre responsabilidad por defectos del producto y responsabilidad por vicios ocultos; es decir, no ofrece criterios ni bases para diferenciar lo que sea un defecto de lo que sean vicios ocultos. En efecto, los dos criterios de valoración del art. 31, o sea, que el producto *resulte impropio para el uso al que habitualmente se destine*; o que disminuya a tal grado la calidad de la cosa o la posibilidad de su uso, "que de haberlos conocido el consumidor no la habría adquirido o habría dado menor precio por ella", no son diferentes al criterio del art. 33, a saber, que las deficiencias de fabricación, de estructura o de calidad del producto motiven *que no sea apto para el uso al que está destinado*. ¿Podrían distinguirse los vicios ocultos, del defecto, en que éste fuera notorio o visible a simple vista, es decir, que no fuera oculto? No lo creemos, ni tratándose de defectos en la fabricación o elaboración, ni de faltas de estructura o calidad, ni de los que deriven de sus condiciones sanitarias, porque pretender que esas "deficiencias" deban ser evidentes y que no sean ocultas equivaldría también a mutilar el alcance de la norma.

A semejanza de lo que sucede respecto a los artículos 2149 y 1934 C.Civ., la responsabilidad que fija el art. 31 sólo es de carácter contractual, ya que esta norma habla de que "la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos; y la del art. 33 (aunque también puede provenir de un contrato), normalmente habrá de derivar de una relación

extracontractual, ya que el art. 34 permite que el consumidor reclame del vendedor y del fabricante.

Pues bien, si el consumidor quiere demandar tanto al proveedor que le vendió el producto defectuoso, como al fabricante, lo puede hacer en una sola demanda, por considerar que ambos responden solidariamente (v. infra n. 13). Si la acción que se intenta fuese extracontractual, debe hacerla valer dentro de los dos meses que sigan a la entrega, a efecto de que no prescriba frente al vendedor; en cambio, si ejercita la acción después de los dos meses de la entrega sólo prosperaría frente al fabricante.

Por otra parte, la demanda en contra del fabricante sólo procede por responsabilidad del producto, como se establece y se desprende del art. 33, párrafo sexto; en cambio, la acción en contra del vendedor procede tanto en el caso anterior, como en el supuesto de vicios ocultos del art. 31. En el primer caso, el fabricante (que no sea el vendedor) no responde por "vicios ocultos", en el segundo, tanto él como el vendedor asumen la responsabilidad del producto.

13. *Responsabilidad solidaria.* En nuestro derecho, tanto civil como mercantil, en caso de pluralidad de deudores, "la solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes" (art. 1988 C.Civ.). Ahora bien, el artículo 34 LPC establece que las acciones que el art. 33 concede al consumidor, deberán "presentarse al vendedor o al fabricante indistintamente". Esta terminología es ambigua, tanto porque la conjunción "o" puede interpretarse como adversativa (a uno o al otro, pero no a ambos), o como copulativa (al uno y al otro), como porque el adverbio "indistintamente" no implica, sino que más bien parece excluir, que la acción pueda ejercitarse contra ambos. Hubiera sido mejor reproducir la fórmula del art. 1917 C.Civ.: "las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima".¹⁶

Creo que también en los casos del art. 33 LPC (y en consecuencia, en los casos de responsabilidad del producto) existe solidaridad pasiva del fabricante y del proveedor, atenta la definición legal de ésta en el art. 1987 C.Civ.: "habrá solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida"; que es el caso, tanto del proveedor como del fabricante.¹⁷

NOTAS AL ESTUDIO

LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTO EN EL DERECHO MEXICANO

¹ Bihl, *Vers un droit de la consommation*, cit. por Alpa-Bessone-Carnevali-Ghidini, *Tutela jurídica di interessi diffusi con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici*, Milán, 1976, sobretiro, pág. 176, y las páginas posteriores de este estudio en que sus autores, a pesar de diferenciar nitidamente a la clase trabajadora, como sujeto del derecho laboral, de los consumidores, en esta nueva materia

del derecho mercantil, subrayan que la una y los otros pueden ser víctimas de la "actividad empresarial", y que ambos requieren la protección del derecho.

² Sobre dicha Ley, véase el trabajo publicado en la revista *Jurídica*, 1976, pág. 179, y s., que reproduce unas conferencias que dicté en la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana en marzo de 1976.

³ Es curioso que respecto a la empresa pequeña o artesanal, el C.Civ. —arts 1922 y 1923— establece un principio distinto al de responsabilidad por culpa del empresario, o sea, el de fincar responsabilidad al artesano, a menos que pruebe —inversión del *onus probandi*— que sus operarios no pudieron evitar el daño; o bien, que la víctima pruebe que aquel no ejerció suficiente vigilancia.

⁴ Esta interpretación restrictiva, además, es compatible con el carácter mercantil de la LPC, ya que las ventas directas que hagan los labradores, ganaderos, etc., de los frutos de la finca, "sin hacerles alteración al expenderlos", a mi juicio tienen naturaleza civil y no comercial (pese a los términos de la fracción XXIII del art. 75 C.Co.) por lo que están regidas por el derecho civil. Sobre este punto, remito a mi *Tratado de Derecho Mercantil*, México, 1957, n. 75.

⁵ La crítica de una fórmula semejante a la utilizada por la LPC, y el Proyecto citado en el texto, en Manlio Serio, *Responsabilità per danno de prodotti difettosi*, Rivista di Diritto Civile, 1976, pp. 652 y 657.

⁶ En el Anteproyecto de 1975 se proponía un texto semejante, al cual se agregaba: "Teniendo en cuenta todas las circunstancias, inclusive la presentación del producto". El texto de este Anteproyecto, en Guido Alpa, *In margine ad un progetto legislativo del Consiglio d'Europa in materia di responsabilità del fabbricante*, Riv. Soc. 1975, p. 335.

⁷ El Art. 5o. del Proyecto del Consejo de Europa, citado antes, también exime de responsabilidad al productor que pruebe que no puso el producto en circulación, o que carecía de defectos cuando entró en circulación. V. Serio, cit. pp. 652 y 657. Creo que ambas causas de exención serían aplicables entre nosotros.

⁸ En sentido semejante a este principio de nuestro C.Civ., respecto a la responsabilidad extracontractual, el art. 4o. del Anteproyecto de la Comunidad Europea, en Alpa, cit. p. 335, y la opinión contraria de este autor a esta exención de responsabilidad, *ibid.* p. 332.

⁹ Los artículos 2108 y 2109, C.Civ. definen a unos y a otros: "art. 2108. Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación". "Art. 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia ilícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

¹⁰ Se aplica respecto a éstos, el art. 1915 C.Civ., que indica: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios: Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo..."

¹¹ Amparo directo 6874/1956, Cándido Montero Trejo, Informe de la Tercera Sala de la Suprema Corte por el año de 1957, p. 15; Amparo directo 4282/1954, Francisco Torres Ortega, resuelto el 24 de abril de 1959, en Boletín de Información Judicial 1959; p. 260; Amparo directo 4544/1960, Martín Gavica Garduño, resuelto el 8 de septiembre de 1967, en Informe de la Tercera Sala, 1967, p. 44.

¹² Si por "consecuencia inmediata y directa" se entendiera sólo el daño que se provoque al adquirir el producto del distribuidor *inmediato*, y en relación *directa* del contrato que con él se celebre, la aplicación del art. 2120 excluiría de responsabilidad al fabricante cuando, como normalmente sucede, no es él quien lo vende al consumidor. Esta interpretación es inaceptable, no sólo porque iría en contra de la interpretación antes aludida del art. 2120 dada por la Suprema Corte, sino, porque mutilaría el alcance y el sentido mismo de los arts. 33, párrafo sexto, y 34 LPC; los consumi-

dores no tendrían derecho a indemnización alguna frente a aquellos fabricantes que no fueran los vendedores del producto.

¹³ "Art. 1916. Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil..."

¹⁴ Estos tres derechos que establece el art. 33, tratándose de la responsabilidad del producto (y no en los casos de vicios ocultos, v. infra n. 11) establecen un cambio importante —que no es en beneficio del consumidor— de la solución tanto del C.Co. como del C.Civ. Los artículos 376 C.Co. y 1949 C.Civ., en efecto, que establecen la condición resolutoria tácita en materia de obligaciones sinalagmáticas, conceden a la parte que no cumple con las obligaciones que asumió en el contrato, el derecho de elegir entre la acción de rescisión o la de cumplimiento forzoso, más daños y perjuicios en ambos casos; en cambio, según el art. 33, párrafo sexto, LPC, el derecho de rescindir, mediante la devolución del precio de la cosa, no queda a elección del consumidor, sino que es consecuencia de que no proceda la reparación ni la reposición del producto.

¹⁵ Por lo demás, el plazo cuenta, tanto para el fabricante original, que haya entregado el producto a intermediarios, como para el último de éstos, a partir de que el producto se reciba por el consumidor; es decir, desde que se proceda a su entrega (real, jurídica o virtual), por el vendedor o proveedor al comprador o consumidor; puede, pues, para el fabricante haber transcurrido más de los dos meses de que entregó el producto no al último adquirente (consumidor, sino a un intermediario, el primero o el único que haya actuado antes de la venta final al consumidor. En este caso, frente al fabricante, las acciones previstas por el art. 33 estarían sujetas al plazo ordinario de prescripción, en materia mecantil; o sea, diez años (art. 1047 C.Co.).

¹⁶ Norma ésta que, sin embargo, debe aplicarse supletoriamente a la LPC, respecto a la responsabilidad (extracontractual del fabricante frente al consumidor.

¹⁷ La responsabilidad frente al consumidor, puede derivar —y normalmente derivará— de defectos de fabricación, de estructura o de calidad imputables al fabricante; sin embargo, los defectos del producto (sobre todo si derivan de sus condiciones sanitarias) pueden atribuirse exclusivamente al proveedor —o al proveedor del proveedor—. En cualquiera de los supuestos, internamente no habrá división del adeudo entre los deudores, sino que se aplicará por analogía la regla del art. 2000 C.Civ.: "Si el negocio por el cual la deuda se contrae solidariamente, no interesa más que a uno de los deudores solidarios, éste será responsable de toda ella a los otros codeudores".

LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE EN MATERIA ELECTORAL

LIC. JUVENTINO V. CASTRO
*Profesor de Garantías y Amparo
en la Escuela Libre de Derecho*

Las recientes reformas constitucionales que modificaron y adicionaron diversos artículos del texto fundamental, y que son generalmente identificadas como "la Reforma Política", entre otras novedades —de las muchas que incorporaron a nuestras estructuras políticas— incluye una muy destacada que ha provocado polémicas y externamiento de opiniones encontradas, y que se localiza en el artículo 60 constitucional.

Esta disposición, en su primer párrafo, se refiere a la facultad de la Cámara de Diputados para calificar la elección de sus miembros a través de un Colegio Electoral. Posteriormente se adiciona el texto constitucional con tres últimos párrafos que son los que motivan el encuentro de opiniones a que nos hemos referido, y que son los siguientes:

"Procede el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados".

"Si la Suprema Corte considerara que se cometieron violaciones sustanciales en el desarrollo del proceso electoral o en la calificación misma, lo hará del conocimiento de dicha Cámara para que emita nueva resolución, misma que tendrá el carácter de definitiva e inatacable".

"La Ley fijará los requisitos de procedencia y el trámite a que se sujetará este recurso".

La nueva Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de 28 de diciembre de 1977, publicada dos días después en el Diario Oficial de la Federación, en sus artículos del 235 al 241, ha reglamentado ya este recurso novedoso, cumplimentando lo dispuesto por el párrafo final del artículo 60 constitucional.

El artículo 231 dispone que podrán interponer el recurso los partidos políticos, tratándose de la calificación tanto de la elección de los diputados electos por mayoría relativa en los distritos uninominales, como de las listas regionales en las circunscripciones plurinominales, agrégán-

dose que deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la fecha en que el Colegio Electoral hubiere calificado la elección de todos los miembros de la Cámara de Diputados, presentándose en la Oficialía Mayor de ésta.

El artículo 236 señala los requisitos de admisibilidad del recurso que se haga valer contra las declaratorias que dicte el Colegio Electoral al resolver en la calificación de una elección, y que son: a) que se interponga respecto a presuntas violaciones señaladas en los artículos 223 y 224 de la Ley; y, b) cumplimentar el principio de la "definitividad" de la resolución combatida, es decir: que se hayan agotado las oposiciones y recursos que la propia Ley señala, de manera que no exista ya otra forma de obtener la posible nulidad de la declaratoria combatida, ni presunción de consentimiento del acto reclamado.

La Suprema Corte de Justicia —artículo 239— al recibir de la Cámara de Diputados el escrito en que se interpone el recurso, y los documentos e informes relacionados, puede desechar el recurso si no están satisfechos los requisitos necesarios para considerar procedente la reclamación.

Dicho Alto Tribunal resolverá, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que recibió la reclamación, pero apreciando los hechos tal y como aparezcan probados ante el Colegio Electoral, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 240. En la resolución, la Suprema Corte declarará si son o no fundados los conceptos de reclamación, notificándolo a la Cámara de Diputados dentro de las 24 horas siguientes.

Textualmente dispone el artículo 241 de la Ley: "Si la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que se cometieron violaciones sustanciales en el desarrollo del proceso electoral o en la calificación misma, la Cámara de Diputados emitirá nueva resolución que tendrá el carácter de definitiva e inatacable".

De acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 60 constitucional, la intervención de la Suprema Corte dentro del recurso de reclamación contra las declaratorias del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, se limitará al examen de las violaciones sustanciales en el desarrollo del proceso electoral, o en la calificación misma. Y el artículo 223 de la Ley precisa que se entiende por violaciones sustanciales: a) la realización de los escrutinios y cómputos en locales diferentes a los señalados conforme a la Ley; b) la recepción de la votación en fecha distinta a la de la elección; y, c) la recepción de la votación por personas u organismos distintos a los facultados por la Ley.

El artículo 224, por su parte, ordena declarar nulos los votos emitidos en favor de un candidato a diputado que haya obtenido constancia de mayoría relativa o de asignación proporcional en la elección relativa, cuando dicho candidato no reúna los requisitos de "elegibilidad" a que se refieren la Constitución y la Ley reglamentaria, complementándose así el área de intervención de la Suprema Corte.

Estas nuevas facultades de la Suprema Corte en lo que pudiéramos

denominar como "materia política", vienen a integrar las atribuciones que ya en el antiguo tercer párrafo del artículo 97 constitucional se disponía desde la expedición de la vigente Constitución de 1917, ya que en él se instrumentaba la intervención de nuestro más Alto Tribunal, por conducto de comisionados especiales (a quienes hemos calificado como "ombusmen judiciales", en un estudio comparativo con la institución sueca similar), para averiguar hechos que constituyeren la violación del voto público.

En cualquier forma la reciente "Reforma Política", subdividió en párrafos tercero y cuarto el antiguo tercer párrafo del artículo 97 constitucional, y el actual cuarto párrafo dispone:

"La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiere ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes".

En realidad esta última modificación no varía esencialmente lo que disponía el antiguo tercer párrafo del artículo 97 en relación a las atribuciones de la Suprema Corte para averiguar violaciones al voto público —lo cual constituye una función político-electoral—, pero otorga ahora una facultad discrecional —al usarse la expresión: "sólo en los casos en que a su juicio"—, y suprime el derecho del Ejecutivo Federal, de las Cámaras de la Unión y de los gobernadores de los Estados, para "excitar" a la propia Suprema Corte en el uso de esa facultad por parte de ésta. Además, se limita la intervención en estos casos de la Suprema Corte, a aquellas circunstancias en que pudiera cuestionarse la legalidad de "todo" el proceso de elección de uno de los Poderes de la Unión.

Si bien siempre hemos sostenido, por profunda convicción personal, que la Suprema Corte —directamente o a través de sus órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores— realiza funciones políticas al intervenir en el conocimiento de las acciones de amparo —artículos 103 y 107 de la Constitución—, y en las controversias entre la Federación, los Estados, los poderes de un mismo Estado o sus tribunales —artículos 104 y 105 constitucionales—, las atribuciones antiguas y las nuevas a que nos hemos referido plasman las facultades de la Suprema Corte —el Poder Judicial Federal, en términos de generalidad—, en materia "político-electoral".

Refirámonos ahora —después de la anterior síntesis breve que ha pretendido ubicar la cuestión a debate—, al contenido de la oposición a este "movimiento evolutivo" de nuestro sistema jurídico constitucional.

Principalmente el rechazo a esta nueva atribución de la Suprema Corte se centra en los siguientes puntos:

a) La Suprema Corte de Justicia no debe intervenir en "política", ya que no es esa su función.

b) La Suprema Corte actúa jurisdiccionalmente, y dentro del manejo de un "recurso" debe sentenciar, y no producir una opinión que no es ejecutable imperativamente.

c) Se trata de una intervención "inútil", porque desde el momento en que el Colegio Electoral —que ya produjo una resolución primaria—, no está obligado a cumplimentar la opinión de la Suprema Corte, de sechará ésta con gran frecuencia.

d) Se ha demeritado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque ya no resulta así el más Alto Tribunal de la República, puesto que no dice la última palabra en una cuestión que se le proponga y él haya resuelto.

Examinaremos estas objeciones bajo el mismo orden en que les hemos enunciado:

I. Confesamos no entender cabalmente lo que se pretende decir —o estatuir— respecto a una supuesta prohibición de ejercer funciones "políticas", por parte de un Poder "político", como lo es el Judicial Federal.

Son muchos los juristas y tratadistas que han extremado sus reflexiones a estos respectos, pero en nuestro concepto se pueden resumir satisfactoriamente con una cita de Luis Cabrera en su obra "El Poder Judicial Federal Mexicano y el Constituyente de 1917", que se expresa en los siguientes términos: "Antes de abordar el tema relativo a la función social y política del Poder Judicial Federal que ha interesado en años recientes a varios estudiosos, tanto mexicanos como extranjeros, importa precisar lo que en términos generales se entiende por política. La palabra puede tener dos sentidos: uno amplio y otro estricto. El primero comprende toda intervención en los propósitos o fines de la organización estatal. En este aspecto es evidente que el Poder Judicial Federal sí tiene y tuvo desde el siglo pasado una función política, y en tal acepción abordaremos posteriormente su estudio. Pero si se atiende al significado estricto del vocablo —como una actividad— vinculada estrechamente a la formación de los órganos del Estado, a la designación de los gobernantes, al proceso electoral o a la renovación de quienes componen esos órganos estatales—, el Poder Judicial Federal desempeña un papel político reducidísimo, de acuerdo con el texto constitucional y de hecho, ya que históricamente la Suprema Corte se ha sometido a un proceso constante de despolitización. Los tribunales federales constituyen un poder —cosa que había negado Rabasa, pero que el Constituyente de 1916-17 tuvo especial empeño en afirmar— en tanto que limitan y coordinan a los otros dos, participan de los fines del Estado y sus pro-

pósitos coinciden con los de la organización estatal: mantener la seguridad y la estabilidad y resolver las disputas entre particulares. Por eso resulta evidente que si se usa la voz política en su connotación más amplia, la actividad del Poder Judicial sí cabe dentro de esa esfera. En cambio, debe considerarse muy dudosa y casi nula su labor política, *stricto sensu*, cuando su función se limita a aplicar las leyes, las normas preestablecidas, pues no aporta prácticamente notas nuevas a las ya dadas por el legislador ordinario o incluso el constituyente y sería necesario que el Judicial proporcionara algo diverso al escueto cumplimiento de la Constitución o de la ley, para que su acción tuviera relevancia política".

El autor citado nos dice cosas muy interesantes respecto a las funciones políticas del Poder Judicial Federal, de las cuales queremos destacar su observación de que en su concepto existe una marcada tendencia a despolitizarlo —lo que explicaría la oposición sistemática de quienes no desean avance en sus atribuciones políticas—, para que se reduzca a cumplimentar las funciones no políticas —las jurisdiccionales—, pero en forma exclusiva y "sin contaminaciones". Y además su valoración de que es "dudosa y casi nula su labor política, *stricto sensu*", pero sin que "satanice" una tendencia contraria, ni mucho menos lo cleve a principio de abstinencia en ese campo, precisamente porque reconoce la calidad de poder —y poder político, por supuesto— que naturalmente corresponde al Judicial Federal. Esta posición es generalmente compartida por innumerables tratadistas y politólogos nacionales y extranjeros, y evidentemente por el constituyente permanente, precisamente porque conserva las facultades políticas ya estatuidas y las nuevas que le encomienda en la "Reforma Política", en el ámbito electoral.

Por todo lo anterior, carece de sentido objetar la creación del recurso de reclamación contra las resoluciones precisadas del Colegio Electoral, partiendo de la base de negar funciones políticas a un poder de la Unión que las tiene y siempre las ha tenido, sin importar la limitación que en forma relativa tiene respecto de las funciones electorales, ya que precisamente el sentido de las reformas significan un avance o evolución en el sentido de ampliar la colaboración del Poder Judicial Federal a otro Poder, el Legislativo, para aprovechar los criterios especializados del primero en un proceso que importa fundamentalmente a las libertades políticas reconocidas.

II. Debe aceptarse que el uso del concepto "recurso" para referirse a un procedimiento constitucional que debe plantearse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no es el adecuado si lo contemplamos a la luz de los recursos judiciales, y resulta por tanto inapropiado a la vista de los principios y requisitos correspondientes a estos medios de impugnación.

Así Eduardo Pallares, en su "Diccionario de Derecho Procesal Civil"

nos explica: "La palabra recurso tiene dos sentidos, uno amplio y otro restringido y propio. En sentido amplio, significa, como ya se dijo, el medio que otorga la ley para que la persona agraviada por una resolución judicial obtenga su revocación, modificación o nulidad. En sentido más restringido el recurso presupone que la revocación, rescisión o nulidad de la resolución estén encomendados a tribunales de una instancia superior. Nuestra ley, fiel a una tradición clásica, emplea la palabra recurso en el primer sentido, y de esta manera establece la revocación, y en algunos casos la queja, pero no faltan autores modernos como Prieto Castro que sostienen la conveniencia de emplear únicamente la palabra recurso en el segundo sentido".

Desde el momento en que la Suprema Corte, al examinar la calificación del Colegio Electoral, no puede concluir revocando, modificando o nulificando, sino tan sólo produciendo una opinión o valoración de aquellas partes de un proceso electoral que pueden ser objeto de su examen, tal procedimiento no puede técnicamente —desde el punto de vista jurisdiccional—, ser nominado como "recurso".

Debe advertirse, sin embargo, que el nuevo procedimiento no presupone un proceso judicial, sino un administrativo; no impugna una resolución judicial, sino una calificación del Colegio Electoral sobre los resultados de una elección de diputados; y no contempla a la Suprema Corte dentro de sus funciones jurisdiccionales, sino de las políticas como ya lo hemos examinado.

Por ello, el concepto debemos captarlo en su acepción meramente gramatical, y no de técnica jurídica.

El Diccionario de la lengua define el recurso como la acción de recurrir, y a este verbo como el acudir a un juez o autoridad con una demanda o petición; acogerse al favor de alguien o usar de medios especiales para un fin; volver una cosa al sitio de donde salió. Y desde este punto de vista —gramatical y no técnico— el recurso de reclamación es verdad que llena la función consistente en la formulación de una petición ante una alta autoridad, como lo es la Suprema Corte, pretendiéndose produzca una nueva resolución del Colegio Electoral, para que, si la pretensión es fundada, regrese el asunto a este último y se produzca una nueva resolución, —ya sea concorde o discordante—, con el criterio expresado por la propia Suprema Corte.

Y todo ello constituye un recurso que pueden utilizar los partidos políticos inconformes con una calificación.

Todos los anteriores exámenes, sin embargo, se refieren tan sólo al aspecto externo del nuevo recurso. La objeción de fondo, en cambio, se refiere al hecho de que un órgano jurisdiccional no "determine" o sea resuelva, la cuestión planteada, o la sujete a condiciones tales que no puede concluirse que dice la última palabra o la final en una controversia que llega a su jurisdicción. Esto se plantea como un contrasentido o una desnaturalización de las funciones de un órgano judicial.

De primera intención se antoja —superficialmente— contestar que la Suprema Corte sí resuelve la litis que se ha puesto en su conocimiento, puesto que sí llega a una determinación sobre la cuestión que se le plantea, ya que emite una resolución que versa sobre el punto concreto de si en el caso "se cometieron violaciones sustanciales en el desarrollo del proceso electoral o en la calificación misma".

Cosa bien distinta es señalar que la resolución no le es obligatoria al Colegio Electoral, el cual puede acatarla o rechazarla, confirmando su primera determinación. ¿Es esto algo inusitado o innovador?

Contundentemente lo negamos. Basta una somera recordación ejemplificativa para ponerlo de manifiesto. Ello nos permitirá además examinar las relaciones entre "lo político" y "lo jurídico", para concluir reflexionando sobre el sistema de prioridades legales entre un orden y el otro, que siempre se adecúa a la trascendencia y protección de valores dentro de los casos concretos que se contemplan.

Lógicamente el primer ejemplo se refiere a lo dispuesto por el antiguo tercer párrafo del artículo 97 constitucional, y que actualmente se regula en los párrafos tercero y cuarto del mismo numeral.

En este caso, —y desde la promulgación de la actual Constitución de 1917—, la Suprema Corte se encuentra revestida de una facultad para investigar o averiguar la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, ya que actualmente se ha excluido su facultad de averiguar el hecho o hechos que constituyan algún otro delito castigado por la ley federal, como lo establecía el primitivo tercer párrafo del artículo 97 precisada en el texto original de nuestra vigente Constitución.

En tales hipótesis los resultados de la investigación no se plasman en una sentencia condenatoria o absolutoria de la Suprema Corte, sino simplemente en su obligación de hacerlos llegar "a los órganos competentes", evidentemente para que éstos procedan de acuerdo con sus atribuciones en la forma que le resulte vinculante para el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, el sistema constitucional obliga o permite a la Suprema Corte a apreciar jurídicamente los hechos, y posteriormente los "órganos competentes" apreciarán la "conveniencia política" de actuar o no respecto a lo averiguado por ella.

Del mismo tipo es el procedimiento de extradición. De acuerdo con nuestra Ley de Extradición Internacional —artículos 19 y siguientes—, recibida la petición formal de extradición por la Secretaría de Relaciones Exteriores, si ésta la estima procedente, enviará la requisitoria al Procurador General de la República a fin de que dicho funcionario promueva ante juez de Distrito competente la comparecencia del reclamado, al cual se le hará saber el contenido de la petición de extradición y se le oirá en defensa. Seguidos los trámites de ley (artículo 27) el juez "dará a conocer a la Secretaría de Relaciones Exteriores su opinión jurídica respecto

de lo actuado y probado ante él". De acuerdo con el artículo 30 de la ley: "la Secretaría de Relaciones Exteriores en vista del expediente y de la opinión del juez dentro de los 20 días siguientes, resolverá si se concede o rehúsa la extradición".

Como puede verse, y en forma similar al ejemplo anterior, la resolución del órgano judicial no vincula a la autoridad administrativa, la cual puede adherirse o rechazar la opinión jurídica del primero. Nuevamente se contempla: primero lo jurídico y después lo político.

El ejemplo inverso lo prevé el artículo 109 constitucional. De acuerdo con él los altos funcionarios de la Federación podrán ser acusados por la supuesta comisión de delitos del orden común, ante la Cámara de Diputados, la cual erigida en Gran Jurado declarará si ha lugar o no a proceder contra el acusado. Si resuelve afirmativamente, el acusado quedará separado de su encargo, y sujeto desde luego a la acción de los tribunales comunes.

En este caso primero se valora lo político, y después —si es el caso— se actúa en lo jurídico, resolviéndose en definitiva por los tribunales la condena o la absolución.

Existe una gran similitud entre este último caso y el procedimiento que se sigue en los delitos perseguibles por querrela de parte, puesto que en ambas situaciones se contemplan requisitos de procedibilidad para que se ejercite la acción pública penal.

En los delitos perseguibles por querrela de parte se establece una forma especial de apreciar lo político y lo jurídico, nada más que en estos casos lo primero está referido a la "política familiar" o a la "política de intereses privados". Se pretende que la acción represiva del Estado no cause males mayores a los ofendidos por el delito con una persecución indiscriminada. Por ello se consulta al ofendido si la acción pública le es "políticamente beneficiosa", y él contesta la interrogante presentando la querrela o abteniéndose de hacerlo. Lo jurídico, por lo tanto, cede ante lo político.

El recién creado recurso de reclamación ante la Suprema Corte, para examinar casos determinados de violaciones durante el proceso electoral federal, ejemplifica cabalmente la colaboración de dos Poderes de la Unión, para llegar a una determinación final respecto a impugnaciones sobre una calificación del Colegio Electoral. Pone además de manifiesto que la Suprema Corte —como por lo demás ocurre con otras autoridades judiciales o la propia Corte—, no tienen por qué no producir resoluciones que no sean sentencias imperativas, sin por ello desnaturalizar las funciones que sí son de auténtico carácter jurisdiccional.

III. La supuesta inutilidad pronosticada para el recurso de reclamación que comentamos nos parece inconsistente. Para tomar esta actitud tiene que darse por segura la conducta que en forma negativa producirá un Colegio Electoral de la Cámara de Diputados.

Nos parece atrevido el criterio despectivo o agresivo que de antemano se le adjudica a los diversos Colegios Electorales que se instalarán con motivo de los procesos electorales para elegir a los diputados federales en el futuro.

Suponer que las resoluciones que emita la Suprema Corte cuando conozca de un recurso de este tipo, van a ser ignoradas o desechadas sistemáticamente por los Colegios, es dudar de la acuciosidad y consistencia con la cual actúa e indudablemente seguirá actuando nuestro más Alto Tribunal, bajo cuya responsabilidad se ha puesto la defensa de nuestras más fundamentales libertades, y la resolución de las controversias más delicadas entre los poderes públicos.

Similares comentarios se produjeron en su época en relación con las facultades reconocidas a la Suprema Corte por el artículo 97, que afortunadamente resultaron presagios fallidos.

La Suprema Corte usó esas primeras atribuciones con atingencia y discreción. Una sola investigación se practicó en todas sus etapas y consecuencias; sus conclusiones fueron aceptadas como si fuera un fallo judicial, y se reparó una grave y conmocionante injusticia. Nos referimos a la llamada "matanza de León", consistente en el ataque llevado a cabo por elementos civiles y militares en contra de ciudadanos de León, Guanajuato, reunidos en la plaza principal de dicha ciudad, miembros de un partido político de oposición que expresaba su inconformidad en contra de las autoridades locales. La Suprema Corte concluyó fijando responsabilidades a cargo de autoridades civiles y militares que intervinieron en los sangrientos hechos, de lo cual se derivó su destitución y aplicación de otras sanciones legalmente previstas.

El nuevo recurso de reclamación no es de carácter discrecional en lo que respecta a la atención que debe prestar dicho Alto Tribunal a la petición legalmente formulada y fundamentada. Su tramitación deberá producir resoluciones más frecuentes y fructíferas.

No creemos, por lo tanto, en su inutilidad, y mucho menos por las razones que más frecuentemente se han mencionado, y que son las que hemos analizado en este apartado.

IV. La Suprema Corte no se demerita por el hecho de que su opinión dentro de un recurso de reclamación en contra de la calificación del Colegio Electoral, no sea aceptada por éste.

Tampoco es verdad el que, por ello, dicho órgano jurisdiccional ha dejado de ser el más Alto Tribunal de la República.

Si examinamos las funciones constitucionales de los tres Poderes de la Unión, observaremos secuencias equilibrantes que no rebajan en ninguna forma a tales entidades.

¿Se demerita el Ejecutivo Federal cuando el Poder Judicial Federal anula un acto de él por apreciarlo contrario a la Constitución?

¿Se demerita el Poder Legislativo cuando la Suprema Corte declara que una ley expedida por el primero es inconstitucional?

¿Se demerita el Presidente de la República cuando el Congreso de la Unión no aprueba su petición de suspender las garantías constitucionales en el país; o no considera justificada su petición de destituir, por mala conducta, a un Ministro de la Suprema Corte; o bien se demerita a ésta cuando la destitución sí es aprobada?

Suprema Corte no es sinónimo de Supremo Poder. Si esto último fuera verdad —para ella o para cualquiera de los otros dos Poderes—, no existiría en nuestro sistema constitucional una trilogía de poderes, sino una regresión al absolutismo.

Ella constituye el más Alto Tribunal de la República, no sólo porque no existe otro jerárquicamente superior, sino fundamentalmente porque es el supremo intérprete de la Constitución, función de la que nadie lo ha desbancado.

El Colegio Electoral de la Cámara de Diputados no anula sus sentencias judiciales; no sustituye sus criterios jurisprudenciales; no revisa sus resoluciones en controversias que son de su exclusivo conocimiento. Dentro del campo que le es propio —calificación de la elección de sus miembros—, que antiguamente no era reconsiderable por ningún otro órgano político o judicial, la "Reforma Política" ha considerado prudente, democrático y consecuente, que se escuche el criterio altamente especializado de la Suprema Corte. Si en este cambio pudiera hablarse de algún perdedor —lo cual negamos rotundamente— en último caso lo sería el Colegio Electoral y no la Suprema Corte.

El que el Colegio Electoral acepte o rechace la opinión de la Corte, —examinado todo ello a la luz de las razones en que funde su determinación final—, será prestigioso o desprestigianete para la Cámara de Diputados, pero no para nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

EL ABUSO DE CONFIANZA

LIC. RAÚL F. CÁRDENAS
*Profesor de Derecho Penal
 en la Escuela Libre de Derecho*

GENERALIDADES

Capítulo I

1º) El artículo 382 del Código Penal vigente, define el abuso de confianza en los siguientes términos:

"Art. 382. Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará...".

Esta disposición, varias veces reformada durante la vigencia del Código, encabeza el Capítulo Segundo, denominado "Abuso de Confianza", del Título Vigésimo Segundo del Código Penal, en el que se agrupan los delitos cuyo interés jurídico protegido es el patrimonio, concepto que hemos estudiado en el volumen que dedicamos al robo.

Además de esta descripción, en el Capítulo Segundo se tipifican como abuso de confianza en el artículo 383:

I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial;

II. El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo;

III. El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad.

Finalmente, en el citado capítulo se establece en el artículo 384 que "se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entregue a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley".

El delito de abuso de confianza, que en otras legislaciones se conoce con el nombre de apropiación indebida, retención indebida, truffa, etc.,

y que regula nuestro Código, es de reciente creación, pues en el viejo derecho no se le concedía autonomía y se le confundía con otros delitos.

2º) El profesor Angelotti señala cuatro períodos en relación a la evolución de esta figura, que abarca desde los más remotos tiempos de la prehistoria, hasta nuestros días, indagación histórica que, desde luego, se encarga de aclarar el autor, no debe considerarse como un fin, sino como un medio para conseguir la certeza en cuanto a los criterios a seguir para la recta aplicación e inteligencia de la figura.

Estos cuatro períodos son:

- I) El delito de apropiación indebida se equiparó al *furtum*.
- II) El *furtum impropium*, fue la primera forma de separación del *furtum proprium* y en el mismo se incorporó el tipo que estamos estudiando.
- III) La apropiación indebida fue asimilada a la *truffa* (*stellionato*).
- IV) La última fase de la evolución legislativa de los delitos de apropiación indebida, fue su autonomía.

I. El primer período comprende la época prehistórica, griega y romana; al decir de Angelotti, en los más antiguos códigos que la humanidad recuerda, el de Hammurabi y de Manú, la venta de las cosas depositadas, así como el aprovechamiento de las cosas perdidas y los tesoros encontrados, se reputaba hurto.

“En el derecho penal griego, del cual tenemos noticias a través de la obra de los oradores, bajo la denominación de la palabra *κλοπή*, se comprenden las varias subtracciones de las cosas de otro, así como la apropiación de las cosas de otro”.

En el viejo derecho romano, así como en la Ley de las XII Tablas, el moderno concepto de apropiación indebida se comprendió en el amplio campo atribuido al *furtum*; cualquier atentado en contra del patrimonio, tanto si se cumplía con violación de la posesión, con violación contractual, con engaño o con astucia, asumía la figura de *furtum*.

El caso de apropiación de las cosas del tutelado por su tutor, o por el depositario, en el caso de existir depósito, se reputaban en las XII Tablas como *furtum*.

“Tal fue, sostiene Angelotti, la dirección seguida por la jurisprudencia romana, que comprendía en el *furtum* los casos de inversión de la posesión, y esto especialmente por obra de los jurisconsultos M. Gennio y Q. Muzio Scevola. Tal teoría fue recogida por Labeona, Paolo, Ulpiano y Gaio”.

En el derecho justinianiano, en la Edad Media, y aún en las últimas legislaciones de la época contemporánea, como en la Teresiana, el Código Josefino y en las Constituciones Modenesa de 1771 y Piemontesa de 1770, consideraban hurto los casos de apropiación indebida.

De acuerdo con la legislación, los juristas siguieron en las distintas

épocas, los criterios en boga. Según Julio Claro, citado por Angelotti: “*si familus, vel nuntius cui per dominum tradita fuit pecunia, ut illum Titio de fenet et illiam nom debit furtum comittit*”, criterio que compartieron, entre otros, De Angelis en su *Tractus Criminalis de Delictis*, Anton Matteo y otros.

II. En virtud de la gravedad con que se persiguió el hurto en el derecho romano, en el cual, como en todos los pueblos medioevales que lo siguieron, en los casos en que se cometían varios hurtos, se aplicaba la pena extraordinaria, más severa a veces que el homicidio, resultaba necesario precisar su noción.

De aquí que, para graduar la pena proporcionalmente a la gravedad del hecho, se estableció una distinción sobre la preexistencia o no de la posesión, y se reelaboró primero en el derecho germano, la distinción apuntada ya en el derecho romano, entre el *furtum proprium* y el *furtum impropium*.

“Se reconoció *furtum* (*Diebsthal, diebliches Nehmen*) cuando había violación de la *Were* o *Gewere*, concepto no equivalente a la posesión del derecho romano, que es más extenso, ni a la posesión de nuestro derecho privado: pero indicativo de una especie de posesión”.

“Para los casos, en los que la apropiación se ejecutaba sin violación de la *Gewere*, se daba una figura diversa del hurto, o sea una retención furtiva, por cuanto la apropiación se reducía a una retención, o sea a la falta de restitución de la cosa, encontrándose la misma ya en posesión del delincuente”.

“Por tanto, los casos de hurto propio se consideraban únicamente aquellos en los cuales se violaba la *Gewere* y los de hurto impropio, aquellos en los cuales no se violaba la posesión por estar ya detentada por el culpable”.

Así fue, concluye Angelotti, que bajo la influencia de la doctrina tedesca del siglo xvi, la distinción del hurto impropio sirvió, a partir de entonces, de base para atenuar la pena de robo y para iniciar la tendencia hacia la autonomía del delito de apropiación indebida.

III. Sin embargo, otra corriente de opinión sostiene que tanto la estafa, como la apropiación indebida, debían comprenderse en esta última figura, como lo afirmaron Cremani y Renazzi, citados por Angelotti.

Esta corriente doctrinal fue acogida por la doctrina y la legislación italiana; Carrara sostiene que los romanos no hicieron la distinción entre el hurto propio e impropio. “Ellos refirieron, dice, y equipararon al título de hurto muchos hechos que hoy especializamos como títulos diferentes y designaron confusamente con el nombre de *estellionato* a muchos otros hechos en los cuales encontraron entremezclada la falsedad”.

Sin embargo, en la práctica, la pena del robo resultó siempre excesiva y los juristas encontraron que el delito, como todo ente, debe tener determinados elementos que lo constituyen.

Cuando todos esos elementos concurren en el delito, se dice propio, y si falta alguno, se dice que la noción es impropia, valga el término, incompleta y la pena lógicamente debe ser menor.

Aplicando este principio, los prácticos, afirma el maestro italiano, considerando que el objetivo del hurto consistía en la violación de la propiedad y de la posesión, concluyeron, que cuando se violaba únicamente la propiedad, pero sin violar la posesión, le faltaba al hurto uno de sus objetivos y debía regularse el hecho como hurto impropio y castigarse más benignamente.

Para Carrara, el concepto general que vuelve impropio el hurto, es la violación de la propiedad no acompañado de la violación de la posesión (porque el propietario ya estaba en ese momento privado de ella) y por lo tanto, de las diversas causas que pueden dar lugar a la separación de la posesión, de la propiedad, derivan las distintas formas de hurto impropio y su partición y clasificación.

La posesión, al decir del maestro de Pisa, puede estar separada de la propiedad por causas distintas, que nos permiten agrupar los delitos de hurto impropio en cuatro grupos:

1º) Porque el propietario espontáneamente se haya despojado de la posesión de una cosa a favor de otros, reservándose su dominio.

Esta forma da origen a los títulos de truffa, administración fraudulenta y baratería.

2º) El propietario puede haberse despojado de la posesión por engaño.

Esta segunda forma da origen al título de estelionato, de falsedad privada y de usura ilícita.

3º) El propietario puede encontrarse sin la posesión de su cosa, por haberla perdido involuntariamente.

Esta tercera forma da lugar al título de hurto de cosa encontrada.

4º) Finalmente, el propietario puede no encontrarse en la posesión de la cosa por no haberla conseguido nunca, sea con el cuerpo, sea con el ánimo.

De aquí se origina el título de expoliación de herencia y de hurto de tesoro.

Siguiendo la doctrina auspiciada por Carmignani, Carrara y los juristas italianos de la primera mitad del siglo pasado, consideraron, al igual que la legislación italiana, el delito de apropiación indebida como fraude.

El Código Penal de las dos Sicilias de 10. de octubre de 1819, consideró el delito de apropiación indebida como fraude, y el artículo 430 precisó que podía cometerse esa conducta ilícita:

a) Después de haber recibido la cosa de otro en depósito voluntario o para cualquier otro uso determinado, si con fines de lucro se negara la entrega o alegando un falso motivo para liberarse de la obligación de efectuar la restitución.

b) Después de haber recibido la cosa de otro en depósito necesario, se retenga, se emplee en uso propio, se distraiga o deteriore, con el fin de obtener un lucro, contra la voluntad del dueño.

En el artículo 400, se consigna que, por razones de su profesión, a los domésticos, huéspedes, posaderos, taberneros, transportistas, aprendices, empleados, etc., se les considera como depositarios para los efectos de ley.

Al igual que el Código de las dos Sicilias, el Código Gregoriano, el Toscano, el Español de 1848, el de 1870, el de 1928 y 1932, y con ellos la mayoría de los códigos iberoamericanos, encuadran el abuso de confianza o la apropiación indebida, dentro de la estafa.

IV. En el último período a que alude Angelotti, el delito de apropiación indebida logra su autonomía, y en los diversos códigos modernos se le tipifica y diferencia, tanto del hurto como del fraude, precisándose en todos ellos sus elementos constitutivos.

Sin embargo, existen divergencias importantes en la legislación comparada, como lo señalaremos a continuación, y aún quedan restos en muchas legislaciones de la difícil separación a resultas del peso de la tradición jurídica entre el abuso de confianza y el fraude.

3º) Como lo indicamos ya, algunos códigos iberoamericanos consideran el delito, entre nosotros conocido con el nombre de abuso de confianza, como fraude o estafa.

El artículo 173 del Código Penal Argentino señala que "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideraran como casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que en él se establece:

2º) El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver".

Al referirse a esta fracción, el doctor Ernesto J. Ure, autor de una clásica monografía sobre el "Delito de Apropiación Indebida", afirma: "En nuestro Código Penal el delito aparece incorporado al artículo 173, bajo el rubro de defraudaciones y agrupado con otras nueve hipótesis delictuosas heterogéneas, que el legislador, por lo visto, también considera defraudaciones, pese a que varias de ellas constituyen casos comunes de estafa. Tal criterio, mantenido a través de códigos y proyectos, con excepción del recentísimo de Peco —al que me referiré en cada oportunidad— sólo se explica, aunque no se justifica, por apego a la tradición hispánica".

"Son conocidas las censuras que, desde la cátedra y el libro, se han hecho a la estructuración del artículo 173 en cuanto a sus defectos de técnica legislativa. No los repetiré ahora".

"En la clasificación de los delitos, el artículo distingue a una figura delictiva de otra y le da su fisonomía propia dentro del Título y del

Capítulo. Cada artículo puede, sin embargo, contemplar varias figuras, pero siempre que sean de la misma especie, identificadas en cuanto al objeto jurídico substancial específico y en sus elementos fundamentales, y diferenciado sólo en cuanto a las modalidades relativas a la forma y medio de ejecución. No se justifica, pues, de modo alguno, la falla técnica que consiste en amalgamar arbitrariamente diez tipos delictuosos desemejantes".

El Código Chileno ubica también el abuso de confianza entre las estafas y otros engaños; en el artículo 470 fracción I, dispone que las penas del artículo anterior (defraudaciones) se aplicarán también:

"I) A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren, dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla".

Alfredo Etcheberry, al comentar este artículo en el Tomo III de su Derecho Penal, afirma: "Entre nosotros (Chile), se considera sólo una hipótesis más de "estafa" (denominación, según se ha visto, absolutamente impropia), sin siquiera denominación especial. Así lo hacía también el Código Español, que ha sido reformado en este punto y sistematiza ahora la apropiación indebida como una sección separada dentro de las defraudaciones, en paralelo con las estafas".

Ecuador, aun cuando le da cierta autonomía al delito que estamos considerando, lo incluye en el Capítulo V del Título Décimo "Delitos Contra la Propiedad", denominándolo "De las Estafas y Otras Defraudaciones", postura que tiene cierta similitud con el Código Colombiano, sólo que éste denomina al Capítulo V, del Título XVI, "Del Abuso de Confianza y Otras Defraudaciones"; sin embargo, en el anteproyecto de Código Penal Colombiano de 1974, la apropiación indebida adquiere plena autonomía y en el Capítulo IV del Título XV, "Delitos Contra el Patrimonio Económico", se denomina "De la Apropiación Indebida", en tanto que el Capítulo V se refiere a las defraudaciones; también en el anteproyecto de Código Penal Ecuatoriano, de Jorge Hugo Rengel, se independiza el "Abuso de Confianza" en el Capítulo V, del Título XI "De las Estafas y Otras Defraudaciones".

Al igual que los Códigos antes mencionados, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Puerto Rico y El Salvador, siguen el mismo sistema de considerar el tipo en cuestión como fraude o estafa, por lo que lo ubican entre las fracciones de artículos que contemplan tipologías fraudulentas.

De los Códigos europeos, sólo los de San Marino y de la U.R.S.S., reputan la conducta que estamos analizando como fraude. El primero, en el artículo 513, y el segundo en el artículo 147, ubicado en el Capítulo V, que comprende las infracciones contra la propiedad personal de los ciudadanos, pues en el Capítulo II de la Parte Especial, se describen las infracciones contra "La propiedad socialista".

Por su parte, el anteproyecto de Código cubano, deja de considerar como delito el abuso de confianza o apropiación indebida, confirmando la poca técnica con que se ha redactado.

4º) En los demás países que han dado autonomía al tipo que estamos estudiando, se siguen sistemas y denominaciones, que podemos reunir en los siguientes grupos:

a) Sistema francés. El delito se denomina abuso de confianza, y en el Capítulo II "Crímenes y Delitos Contra las Propiedades", Sección II, que encuadra los llamados delitos de "Bancarrotas, fraudes y otras especies de fraudes", en el apartado 2 se tipifican como abuso de confianza, los cometidos en contra de menores, abusando de su debilidad, sus necesidades y pasiones, el aprovechamiento de una firma en blanco, la distracción de los objetos confiados a título de alquiler, de depósito o de mandato y ciertas subtracciones de piezas judiciales.

Este sistema, que si bien sigue ligado al fraude, concede autonomía al tipo y describe otras conductas que se reputan como abusos de confianza, se sigue en parte, entre otros, en los Códigos de Bélgica, España, Grecia, que define el abuso de confianza en el artículo 390, Suiza, Liechtenstein, que ubica el robo y abuso de confianza en el Capítulo XXI, Luxemburgo, Mónaco, Portugal, Turquía, y entre los países latinoamericanos, Haití y México, en los que el sistema francés es seguido fielmente por el primero, y en el segundo, si bien se acepta con bastante similitud la definición del código francés del abuso de confianza, hasta la reforma de 46, se le libera de su liga con el fraude y se comprenden otros tipos dentro del Capítulo respectivo, totalmente distintos a los considerados en el Código Francés.

b) Sistema Italiano. El Código Italiano, aun cuando concede también autonomía al tipo que estamos considerando, lo define con el nombre de apropiación indebida, y lo ubica en el Capítulo II, Título XIII, que comprende "Los Delitos Contra el Patrimonio", pero aún, como en el derecho francés, el Capítulo II se denomina "De los Delitos Contra el Patrimonio Cometidos por Fraude", y en el artículo 646 lo define en los términos siguientes: (Apropiación Indebida) "El que para obtener para sí o para otro algún provecho injusto se apropia el dinero o las cosas muebles ajenas cuya posesión tenga, por algún título, será castigado, por querrela de la persona ofendida, con reclusión hasta por tres años y multa hasta por diez mil liras.

Si el hecho se cometiere sobre cosas poseídas a título de depósito necesario, se aumentará la pena.

Se procederá de oficio, si ocurriere la circunstancia indicada en el número 11 del artículo 61".

Se refuta igualmente apropiación indebida, la apropiación de cosas

extraviadas, de tesoros o de cosas obtenidas por error o caso fortuito, así como la receptación.

Con la misma denominación, abarcando los mismos tipos u otros diversos, y con más o menos autonomía del fraude, siguen dicho sistema los Códigos de Brasil, que en el Capítulo V del Título II de la Parte Especial, denominada "De la Apropiación Indevida", comprende la apropiación de cosa mueble recibida en depósito (Art. 180), de la habida accidentalmente (Art. 181), del tesoro (Art. 182), de la cosa perdida (Art. 183) y de la cosa común (Art. 184); Costa Rica, que con buena técnica distingue la administración fraudulenta, de la apropiación indebida, en la Sección V del Título VIII, del Libro Segundo del Código (Artículos 222 a 224), comprendiendo en la última la apropiación de tesoros, cosas perdidas o recibidas por error; Perú, Uruguay y Venezuela, que en los artículos 240 y siguientes, 351 y 468, respectivamente, siguen el modelo italiano.

c) Sistema Alemán. En el Código Alemán se distingue la distracción de la cosa ajena mueble, recibida en depósito o guarda, que se describe en el artículo 246 y se agrupa en la Sección XIX, denominada "Del Robo y la Distracción", del abuso de confianza definido en otros ordenamientos legales, como administración fraudulenta y que ubica en la Sección XXII, denominada "Del Fraude y Abuso de Confianza", artículo 266, que a la letra dice: "Será penado, bajo la inculpação de abuso de confianza con pena de prisión y multa, todo individuo que abuse voluntariamente de los poderes que ejercite por ley, otorgados por la autoridad o por cualquier acto jurídico, para disponer de bienes pertenecientes a otro u obligar a terceros, o haya quebrantado voluntariamente las obligaciones que se le hayan impuesto por la ley, la autoridad o el acto jurídico o fiduciario para obrar en interés pecuniario de algún tercero y haya con ese hecho, perjudicado a la persona que le hubiese encargado sus intereses. Podrá pronunciarse en su contra, la pérdida de derechos cívicos".

En la parte final del artículo, se contemplan circunstancias agravantes. Aun cuando en el código alemán se da cierta autonomía a los delitos descritos, siguiendo la vieja tradición, los ubica todavía entre los robos y fraudes.

De este sistema, Quintano Ripollés nos comenta:

"La bipolar estructura alemana de la apropiación indebida que, a pesar de sus complicaciones fue saludada por Binding como una gran conquista de la ciencia jurídico-penal moderna, ha gozado de sumo predicamento en los sistemas de Derecho del mundo germánico. No sólo en Alemania, donde subsiste en los proyectos de 1930 y 1960, sino en los Códigos de Holanda, Suecia, Finlandia, Hungría (incluso en el po-

pular de 1961 en parágrafo 292 y 294) expandiéndose en la postguerra al de Grecia, tan influido por las doctrinas alemanas y al checo de 1961 que recoge la dualidad en sus artículos 248 y 255."

Por lo que se refiere a Finlandia, si bien acepta la bipolar estructura alemana, y en el Capítulo XXXVIII la amplía a conductas no registradas en otros códigos y que agrupa bajo la denominación de provechos ilícitos, como lo son la del abogado, que en el proceso que se le confió, en perjuicio de su mandante, presta asistencia a su adversario o le presta consejo o pruebas, etc., o al abogado, médico, cirujano, enfermera, farmacéutico, asistentes, que divulguen secretos privados o de familia que hayan conocido con motivo de su profesión, y otras más descritas en los párrafos 4 a 16 de dicho Capítulo; en el XIX describe abusos de confianza, considerados en el derecho francés, razón por la que, además del nombre, lo hemos considerado más cercano al sistema francés, que al alemán.

El Código Suizo, además de emplear la misma denominación del Código Francés, en el artículo 140, describe el delito base de abuso de confianza, como la apropiación de una cosa mueble perteneciente a otro que se la hubiese confiado, delito que se agrava en el inciso 2, si se obra en calidad de miembro de una sociedad, funcionario, tutor, curador, gerente, en ejercicio de una profesión, industria, comercio. Las cosas perdidas, tesoros, las obtenidas por error, etc., se describen en el artículo 141, denominado "De las Distracciones".

d) Sistema Socialista. En los países socialistas, en los que se adopta indistintamente el sistema unitario o el bipolar que hemos mencionado, o la varia denominación de distracción o abuso de confianza, se distingue, como en el Código Soviético, del resto de las legislaciones europeas, por cuanto diferencian los delitos contra la propiedad socialista, de los delitos contra la propiedad de los particulares.

En Checoslovaquia, por ejemplo, el abuso de confianza se denomina distracción (Art. 248), y la administración fraudulenta, gestión de bienes de otro (Art. 255), pero se distinguen de los delitos contra el patrimonio socialista (Sección III del Capítulo II de la Parte Especial); en Rumanía, el abuso de confianza contra la propiedad social, se define en el artículo 257, y el abuso contra los particulares en el 213, y la gestión fraudulenta contra la propiedad social en el 228 y contra los particulares en el 214; Yugoslavia, en el Capítulo XX, que denomina "Infracciones Contra el Patrimonio Social y Contra el Patrimonio Privado", distingue en el artículo 254, la distracción, siguiendo el sistema alemán del abuso de confianza, administración fraudulenta en otros ordenamientos, en el artículo 260.

Por lo que se refiere a Bulgaria, el sistema es parecido al yugoslavo,

distinguiendo al ejemplo alemán, la distracción del abuso de confianza, de los delitos patrimoniales en contra del Estado, previsto en los artículos 113 y siguientes del Código respectivo.

Cuba, como ya vimos, se aparta, en su proyecto de todos los sistemas.

5º) México, que como apuntamos, sigue en parte el modelo francés, definió el abuso de confianza en el artículo 407 del Código de 1871, en los siguientes términos:

“El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda: de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos o de cualquier otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato o depósito, alquiler, comodato u otro de los que no confieren el dominio, sufrirá la misma pena que, atendidas las circunstancias del caso y las del delincuente, se le impondría si hubiera cometido en dichos casos un robo sin violencia”.

La influencia del código francés es evidente, y así se reconoce en la Exposición de Motivos de dicho código, que a la letra dice: “Abuso de Confianza. El abuso de confianza no tiene hoy por nuestras leyes otro carácter que el de circunstancia agravante y la Comisión lo ha considerado bajo este aspecto y al mismo tiempo bajo el de un delito especial, como lo han hecho el Código Francés y todos los posteriores, porque realmente son dos delitos diversos, el de apoderarse alguno de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de su dueño, que es lo que constituye el robo y el de disponer indebidamente de una cosa ajena que se recibió en confianza o en virtud de un contrato que no transfiere el dominio”.

La definición y la descripción del tipo de nuestro Código de 71, es similar a la contenida en el artículo 408 del Código francés, reformado, por cierto, en 1935, para describir conductas que nosotros consideramos fraudulentas; en el artículo 408 del Código Francés, el delito de abuso de confianza se define, según vimos, en los siguientes términos: “Quienquiera que haya distraído o disipado, en perjuicio de los propietarios, poseedores o detentadores, de efectos, dinero, mercancías, billetes, recibos u otros documentos que importen obligación o liberación y que se hayan recibido a título de alquiler, de depósito, de mandato, prenda, uso o por trabajo asalariado o no asalariado...”.

Sin embargo, a pesar de la similitud en las definiciones, las diferencias son manifiestas, por cuanto nuestro Código ubica el delito de abuso de confianza en un capítulo especial (el IV), así denominado “Abuso de Confianza”, y distingue en el artículo 405, el abuso de confianza, circuns-

tancia agravante del delito de abuso de confianza definido, según vimos, en el artículo 407.

En el artículo 406, nuestro viejo Código precisa: “El abuso de confianza constituye un delito especial que lleva ese nombre, y se comete en los casos expresados en el artículo siguiente. En cualquier otro, sólo tendrá el carácter de circunstancia agravante”.

Por otra parte, nuestro Código no acepta las otras figuras del Código Francés, definidas como abusos, o sea la de la firma en blanco, el abuso de la ignorancia o condiciones de los menores, la receptación, etc., y en cambio, en el artículo 409 dispone que no se castigará como abuso de confianza:

I. El hecho de apropiarse o distraer de su objeto un funcionario público, los caudales o cualquier otra cosa que tenga a su cargo, pues entonces comete un verdadero peculado y se le aplicará la pena de este delito.

II. La simple retención de la cosa recibida por alguno de los contratos de que habla el artículo 407, cuando la retención no se haga con el fin de apropiarse de la cosa o de disponer de ella como dueño: pues el que lo sea, sólo tendrá entonces la acción civil que nazca de la falta de cumplimiento del contrato; y

III. El hecho de disponer alguno, de buena fe, de una cantidad de dinero en numerario o valores al portador, que haya recibido en confianza: si lo hace en los casos en que el derecho civil lo permite, y paga cuando se le reclama o acredita plenamente que se halla insolvente por acontecimientos imprevistos, posteriores al hecho de que se trate.

El Código de 71 equipara además, en dicho Capítulo, al abuso de confianza, atento lo dispuesto en el artículo 408, “el hecho de destruir una cosa o de disponer de ella su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial”.

El artículo 407 sufrió las reformas de 26 de mayo de 1884 y septiembre de 1896 y quedó definitivamente concebido en los siguientes términos: “El que fraudulentamente y con perjuicio de otro, disponga en todo o en parte de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble que haya recibido en virtud de alguno de los contratos de prenda, mandato, depósito, alquiler, comodato u otro de los que no transfieren el dominio, sufrirá la misma pena...”.

El Código de 29 siguió el mismo sistema del Código de 71, reformado y además, aceptando las críticas que se hicieron a la definición del abuso de confianza en los trabajos de revisión de 1912, suprimió la frase “fraudulentamente”, y cambió la expresión “en perjuicio de otro”, en forma equivocada por la de “en perjuicio de tercero”, quizá para evitar la repe-

tición a que daría lugar al agregar también la frase "disponga para sí o para otro".

El Código de 29 aceptó en sus términos lo previsto en el artículo 409 del Código de 71, pero agregó una fracción más al artículo 1147, que corresponde al 408, fracción que a la letra dice: "II. El hecho de disponer o destruir la cosa depositada el depositario judicial que no sea dueño de ella".

El Código de 31 introdujo aún mayor confusión en la definición del abuso de confianza, al apartarse de lo previsto en los Códigos de 71 y 29, y suprimir la frase "para sí o para otro", substituyéndola por la frase "para sí", de donde resultaba que si la cosa se había dispuesto para otro, no quedaba tipificado el delito; sin embargo en el Código de 31 se suprimieron acertadamente las disposiciones que transcribimos en los artículos 405, 406 y 409 del Código de 71, inexplicablemente repetidas en un código de factura positivista, como pretendió serlo el de 29, y agregó una fracción más a los delitos considerados como abuso de confianza, y aceptó que la simple retención de la cosa no debía reputarse delictuosa.

En el año de 1946 se reformaron los artículos 382, 383 y 384; en el primero, además de reformarse en cuanto a la pena, se agregó la frase, indebidamente suprimida en el texto primitivo del Código de 31, "para otro" después de la frase "disponer para sí" y además se cambió también la expresión "de tercero" del Código de 29, por la palabra "de otro"; en el artículo 383, en la fracción II, se agregó la frase "o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo" después de "depositario judicial".

El artículo 384 sufrió una reforma substancial, por cuanto se consideró que la retención sí configura el delito de abuso de confianza en los supuestos señalados en dicho artículo.

Las disposiciones reformadas en el año de 46, quedaron como sigue:

"Art. 382. Se aplicarán prisión de tres días a nueve años y multa de cinco a dos mil pesos, al que con perjuicio de otro, disponga para sí o para otro, de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco, en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio".

"Art. 383. Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

I. El hecho de disponer o sustraer una cosa, su dueño, si le ha sido embargada y la tiene en su poder con el carácter de depositario judicial;

II. El hecho de disponer de la cosa depositada o sustraerla el depositario judicial o el designado por o ante las autoridades administrativas o del trabajo;

III. El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depó-

sito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad".

"Art. 384. Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho o no la entrega a la autoridad, para que ésta disponga de la misma conforme a la ley".

A reserva de volver sobre el tema, al estudiar cada uno de estos artículos, la reforma estaba justificada, pues la redacción del artículo 382 daba lugar a graves equívocos, tanto más que el Código en cuestión aceptó la errónea expresión del Código de 29, "en perjuicio de tercero", en vez de "en perjuicio de otro", como establecía el Código de 71, y además alteró la frase "para sí o para otro", reduciéndola a "para sí", de donde resultaba, que se alegó ante los jueces que el perjuicio debía resentirlo persona ajena a la que entregaba la cosa, o a su propietario, lo que no dejaba de inquietar a los intérpretes del Código de 31, y también fue alegado, que si la cosa se obtenía para otro, no se cometía delito alguno, razón por la que la Comisión de 45 estimó conveniente volver a la redacción del Código de 71, sólo que al modificarse el texto, se repetía la palabra "otro", lo que no resultaba del todo correcto.

En la reforma de 1950 se corrigió esta defectuosa redacción y además se simplificó la definición, para quedar en la forma y términos que aparece al principio de este Capítulo, o sea: "Al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio".

Se puede apreciar que esta nueva definición, simplificada, no perdió ninguno de sus elementos característicos, ni sufrió en cuanto a su interpretación.

En el año de 1975, el artículo 382 fue objeto de una última reforma, que comentaremos en su oportunidad, por cuanto ésta se refiere únicamente a la penalidad.

En los proyectos de reforma al Código vigente, en el del año de 1950 se suprime inexplicablemente la definición, la frase para sí o para otro, no obstante haber sido modificado este texto en 46 y en 50.

En el anteproyecto de reforma de 1958, se define el abuso de confianza en los siguientes términos: "Comete el delito de abuso de confianza el que, con perjuicio de tercero, disponga para sí o para otro, con ánimo de dominio o de uso de una cosa ajena, mueble, de la cual se haya transferido la tenencia y no el dominio", definición que se modificó en el anteproyecto del Código Penal Tipo de 1961.

En relación con los Códigos Penales vigentes en la República, unos siguen el texto no reformado del Código de 31, otros aceptan la reforma de 46 y, finalmente, unos más, han definido el delito de abuso de confianza en los mismos términos que el texto vigente en la actualidad, excepción hecha de la pena.

Sólo se apartan de las definiciones que hemos mencionado, el Código

de Guerrero, que describe el abuso de confianza en los siguientes términos:

“Art. 351. Se aplicará prisión de dos meses a siete años y multa de diez a diez mil pesos al que con perjuicio de alguien disponga de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, o que tenga la obligación de entregar o devolver”.

El Código de Michoacán, que inexplicablemente en la definición, igual a la vigente en el Código de 31, cambia la frase “con perjuicio de otro”, por la ya rebasada y desechada de “perjuicio de terceros”; Tamaulipas, que lo define en el artículo 375, expresando: “Al que retenga o disponga para sí o para otro de una cantidad de dinero en numerario, en billetes de banco o en papel moneda, de un documento que importe obligación, liberación, o transmisión de derechos, o de cualquier otra cosa ajena mueble, de la cual se le haya transferido la tenencia y no el dominio, se le sancionará...”, y el Código de Sonora, que de acuerdo con lo previsto en el anteproyecto de reformas de....., lo define en los siguientes términos: “Se aplicará prisión de dos meses a siete años y multa de cinco a diez mil pesos, al que con perjuicio de alguien disponga de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio.”

6º) En la evolución que el abuso de confianza ha sufrido en la legislación extranjera y en nuestra legislación, se van destacando los elementos que le son propios y lo distinguen de los demás tipos agrupados bajo el Título que protege el patrimonio.

El concepto de patrimonio, a los efectos del Derecho Penal, lo hemos estudiado ya en el volumen que dedicamos al robo, y sobre el particular señalamos que, como aceptábamos, en parte, el concepto de De Marsico, para el que “a los fines del derecho penal, se entiende por patrimonio el complejo de las cosas que interesan a un sujeto de derecho para la actuación de sus necesidades económicamente valubles, o de los bienes pertenecientes a un sujeto, comprendidos entre ellos, los derechos de contenido económico”.

A esta definición agregaríamos, decía, o de cosas de valor afectivo, aun cuando no pudieran ser valubles en dinero, o de aquellas que están fuera del comercio, pero necesarias para la satisfacción de las necesidades de un sujeto.

Así entendido el patrimonio, comprende cosas, bienes muebles o inmuebles, derechos reales, obligaciones, servicios y derechos personales, que pudieran ser violados o puestos en peligro por las distintas conductas que se expresan en el verbo que sirve de núcleo a las figuras descritas en los códigos penales: apoderarse, substraer, tomar, disponer, engañar, amenazar, chantajear, ocupar, despojar, destruir, deteriorar etc.

El verbo que rige la conducta en el abuso de confianza, es disponer, cuya naturaleza jurídica reservamos para ser posteriormente tratada, pero

que en todo caso presupone, para poder realizarse, el que la cosa esté previamente en manos del abusario.

De este hecho surgen las más acentuadas diferencias con otros tipos, afines al abuso de confianza, que violan o ponen en peligro el interés jurídico, patrimonio, y explica el lento despegue de la figura, de aquellas que durante siglos la absorbieron y las similitudes que presenta con ellas, diferencia y similitudes a las que nos iremos refiriendo en el cuerpo de este estudio.

7º) Confundido el abuso de confianza con el robo, la circunstancia de la previa entrega o transmisión fiduciaria de la cosa, determinó la necesidad de establecer una primera e importante diferencia; no se podía robar lo que ya se tenía. El apoderamiento, la substracción, la toma de la cosa, no era posible por quien ya la tenía en su poder.

Por ello fue, como vimos, que faltando un elemento esencial para reputar robo, la disposición de la cosa que se había recibido previamente, se hubiese tratado de adecuar dicha conducta a lo que se llamó primero hurto impropio, y después se destacara este elemento base para distinguir, el hurto o robo, del tipo que se denomina abuso de confianza o apropiación indebida, de acuerdo a la evolución a que nos referimos en páginas anteriores.

En el robo, el activo no tiene la posesión de la cosa; en el abuso de confianza o en el hurto impropio, se reconocía el hecho de que la cosa estaba en su poder, la había recibido antes de que el delito se consumara.

En el robo, el delito queda consumado cuando el actor hace entrar la cosa en su esfera de poder; en el abuso de confianza, la cosa se ha entregado al abusario, éste la tiene antes de consumarse el delito, a resultas de un acto jurídico que trasmite la posesión, pero no el dominio; el pasivo la ha entregado voluntariamente. Es por lo tanto la entrega de la cosa, su posesión o tenencia, el presupuesto lógico del delito; en el robo, el activo se apodera, obtiene la posesión de la cosa, posesión o tenencia que en el abuso de confianza ya tiene el abusario, cuya acción se hace consistir en la inversión del título por el cual se posee.

“La figura jurídica de la apropiación indebida, presenta una notable afinidad con el hurto, las dos figuras son similares y se complementan entre ellas. Ambas se refieren a la cosa mueble ajena, pero mientras que el hurto, como se ha visto, implica en el autor la falta de la posesión, consistiendo en el hecho de procurárselo (apoderamiento), la apropiación indebida presume que el agente ya esté en posesión de la misma cosa. Cuando el reo no tiene la posesión, él no podrá jamás cometer apropiación indebida; cuando posee la cosa no puede hacerse responsable de robo”.

Oportunamente, analizaremos el concepto de posesión y tenencia en el Derecho Penal, frente a los casos límites, en que la cosa puede tener relación material con el activo, y que, sin embargo no se da tenencia

ni la posesión, lo que explica a través de los modernos conceptos de esfera de actividad y esfera de custodia, la existencia del robo y de las circunstancias agravantes del robo de domésticos, huéspedes, obreros, etc.

Al rechazar, después de una larga evolución, que el abuso o la apropiación indebida se pudieran reputar robo, o robo impropio, la incertidumbre persistió en cuanto a la autonomía del tipo, que presentaba similitud a su vez con el fraude, por cuanto en éste, la cosa se obtiene también, en la mayoría de los casos, por el activo, voluntariamente del pasivo, esto nos explica el porqué, en algunas legislaciones se le englobó dentro de las figuras fraudulentas y el que aún en los Códigos que le otorgaron autonomía, como el francés, el italiano y sus seguidores, persistan en clasificarlo en capítulos o secciones reservadas al fraude.

Ciertamente, en el fraude la cosa se entrega voluntariamente al activo; sin embargo, esa entrega es motivada por el engaño, el ardid, la falsedad o el error, y en cambio, en el abuso, la entrega se hace a resultas de un contrato, convenio o cualquier otro acto jurídico.

De aquí que en el fraude, el dolo es previo a la obtención de la cosa, en tanto que en el abuso, es posterior; surge precisamente por el hecho de tener ya la cosa en su poder; en el fraude, el delito se consuma al obtener la cosa; en el abuso de confianza, en el momento de invertir la posesión, o sea al violar el título por el cual se posee.

Resumiendo pues, las diferencias fundamentales entre el abuso y los tipos que le son afines, robo y fraude, destacamos el hecho de que, en el abuso, la cosa está en poder del abusario a resultas de un contrato o un acto jurídico, posesión que se obtiene lícitamente sin engaño ni error, como en el fraude, y sin que se logre mediante el apoderamiento, o sea la movilización de la cosa para hacerla entrar dentro de la esfera de poder del activo.

CAPITULO II

DE LOS PRESUPUESTOS DEL ABUSO DE CONFIANZA

1) Nos hemos referido y estudiado, en el volumen dedicado al Robo, a los presupuestos lógicos de los delitos en contra del patrimonio, que siguiendo a Vannini, dijimos eran: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico y objeto material.

A dicho estudio nos remitimos, por cuanto lo dicho en él tiene cabal aplicación al delito de abuso de confianza, clasificado, según vimos, como el delito en contra del patrimonio; sin embargo, existen situaciones especiales por cuanto atañe a este tipo, que nos obligan a insistir sobre dichos presupuestos.

Reiteramos, que sujeto activo de la infracción es el hombre, ya que no se contempla en nuestra legislación la posibilidad de que las perso-

nas morales o jurídicas respondan de la comisión de un delito, pero en el abuso de confianza se requiere además, que en el activo, como señala Angelotti, se den los siguientes supuestos:

a) Que tenga legítimamente la tenencia o posesión de la cosa; y

b) Que la tenencia o posesión de la cosa la tenga precisamente en el momento de la disposición.

A un tercer supuesto se refiere Angelotti, que no estimamos útil recoger, dados los términos de nuestra legislación penal.

Sin embargo, de los dos primeros que hemos mencionado, deduce Quintano Ripollés que lo hace afín a los denominados "delitos de propia mano", siquiera sea para reafirmar su autonomía.

En estas condiciones, pudieran surgir problemas de participación en el abuso, "como se acostumbra hacer en los casos de malversación para el extraneus, situación que no encaja, sin embargo, en la definición del código, en el que el delito puede cometerse disponiendo de la cosa para sí o para otro".

Aparte del antedicho problema de incomunicabilidad, ajeno, repetimos, entre nosotros, nos dice Quintano, "que no siempre es mantenido con el rigor que queda expresado por cuanto a las cuestiones de participación plural, no suelen determinar en este delito particularidades dignas de mención. La coautoría no ofrece dificultad alguna cuando a la igualdad de participación se añade la coincidencia de titularidades equivalentes, como la de Director-Gerente en uno de los reos y la de Secretario en otro (S. 21-VI-1955). La de encubrir se ha apreciado en quien, con posterioridad a la apropiación de barras de oro, se limita a gestionar su venta (S. I-VII-1947)".

No hace mención Quintano a los cómplices y auxiliadores, cuya responsabilidad en el abuso es indiscutible, aun cuando la posesión no la tengan ellos, sino el autor; y en relación a éste puede ser coautor, nunca autor, el que se beneficia, a sabiendas, de la disposición.

En un cuantiosísimo delito cometido hace varios años en una ciudad fronteriza, los funcionarios de una gran empresa giraban cheques a cargo de una institución de crédito, que los pagaba, de acuerdo con el Gerente, el Cajero y otros empleados de la misma, los que disponían indebidamente del dinero de la institución en beneficio de la empresa giradora.

Se dictó formal prisión, previa querrela, en contra de los Gerentes de la institución de crédito, cajero, empleados, así como en contra de funcionarios de la empresa, en beneficio de la cual se disponía de los fondos.

Se sostuvo la tesis, que el gerente de la institución de crédito disponía de fondos de la misma en favor de la empresa, en combinación con cajeros y empleados, y que el procedimiento seguido para disponer de dichos fondos, era el de expedir cheques, a sabiendas de que no existían fondos, pero que, no obstante, se cubrían por órdenes expresas del gerente.

Para ocultar la disposición de fondos, se hacían, con posterioridad, maniobras en contabilidad para ocultar dicha disposición.

De lo antes expuesto, encontramos que los problemas que pueden surgir respecto a coautoría y participación, serán no tanto en función de los inherentes a los denominados "delitos propios", sino más bien en función de la naturaleza de la querrela, que tiene, respecto al abuso de confianza, relevancia, ya que como lo veremos posteriormente, es un delito que se persigue a petición de parte ofendida.

Es también observación de Angelotti, por lo demás sugerente, el destacar el doble carácter del abusario, pues además de ser sujeto activo de la infracción, es sujeto pasivo del vínculo jurídico nacido con la tradición, la entrega de la cosa, traslación que es de naturaleza receptiva y por lo tanto ligada y estrechamente conectada con la aceptación expresa o tácito del accipiens, o sea del eventual sujeto del derecho, de tal suerte que si no coexiste la entrega y la aceptación, sino tan sólo una relación física con la cosa, no puede cometerse abuso, sino robo, como lo hemos de precisar.

SUJETO PASIVO. También el sujeto pasivo, objeto de anterior estudio en el Capítulo Primero, del volumen que dedicamos al robo, presenta aspectos de relevante interés por lo que toca al abuso de confianza.

En el capítulo a que nos hemos referido, explicamos el porqué, tratándose del sujeto pasivo, podía serlo tanto una persona física, como una persona moral, y apuntamos criterios para determinar a quien debía reputarse sujeto pasivo en los delitos patrimoniales.

Sin embargo, respecto de la figura que estamos estudiando, y teniendo en cuenta que el artículo 385 del Código Penal dispone que es un delito que solamente se puede perseguir a petición de parte ofendida, consideramos oportuno insistir en el tema, tanto más que, como ya vimos, la doctrina no es uniforme en cuanto a la determinación genérica del sujeto pasivo.

Don Ernesto J. Ure sintetiza criterios al respecto, apuntando en su monografía, a la que ya nos hemos referido y seguiremos refiriendo frecuentemente:

a) Que para algunos, persona ofendida es aquella sobre la cual recae la acción del sujeto activo.

b) Para otros, la expresión tiene un sentido más amplio, comprendiendo dentro del mismo no solamente la persona, sino también la cosa sobre la que materialmente recae la acción delictuosa.

Este criterio, enunciado por Carrara, ha sido sostenido por tratadistas como Florián, para el cual "sólo merced a un perjuicio metafísico se puede rechazar la parificación de la persona con la cosa".

c) En un sentido más extenso aún, se ha entendido que sujeto pasivo

primario, es el estado en que se produce el delito, porque es el titular de todo ordenamiento jurídico.

Esta teoría "coloca demasiado alta y demasiado lejana a la víctima del delito, y se corre el peligro de dejarla muy imprecisa" (además es inaceptable en nuestro derecho, por cuanto el abuso es delito que sólo se persigue a petición de parte).

d) Finalmente, la teoría más aceptada y racional, es la que reserva la designación de sujeto pasivo al titular del bien o interés jurídicamente protegido por la ley, y que es agredido por el agente, lesionándolo o exponiéndolo a peligro".

De acuerdo con nuestro código, es indudable que sujeto pasivo de la infracción es quien resiente el perjuicio, que bien puede ser el dueño, quien entregó la cosa o un tercero; el artículo 382 es claro al respecto, al acuñar la siguiente frase: "al que con perjuicio de alguien", ¿pero quién es ese "alguien"?

El problema no es sencillo; dejando de lado opiniones de juristas extranjeros, es indudable que de acuerdo con nuestra legislación existen casos, y numerosos por cierto, en que el que sufre el perjuicio no es el que entregó la cosa, sino un tercero, en los términos del artículo 32 del Código Penal. ¿Corresponde la facultad de querellarse a las personas mencionadas en el artículo 32? Me parece que sería aventurado hacer dicha afirmación, pero también el negarla.

Varios casos nos pueden ejemplificar la gravedad del problema y la incertidumbre derivada de la circunstancia, de que la querrela sólo puede presentarla el ofendido por el delito.

¿El chofer de un camión que recibe mercancías para transportarlas y dispone de ellas, causa perjuicio al propietario del producto transportado o a la empresa transportista? ¿Quién debe formular la querrela? ¿Quién es el ofendido por la infracción? Sostenemos que es el transportista quien debe pagar el importe de la mercancía, y no el propietario de la misma, ¿y si la mercancía está asegurada o existe fianza de fidelidad?

En nuestra práctica judicial se sigue el criterio de que la querrela debe formularse por la empresa cuyo empleado ha cometido el delito, ya que el pago del seguro o de la fianza debe cubrirse hasta que se dicte sentencia, o condicionalmente después del auto de formal prisión.

Si un empleado recibe valores y tiene facultades para su manejo, o sea su venta y compra de otros, ¿quién debe querellarse si dispone el empleado del importe de la venta de los valores o de éstos mismos? Indudablemente la casa de valores, y no los propietarios de los mismos.

Pero si un alumno de un internado recibe un libro de un compañero y dispone de él, ¿responderá el director del internado de ese hecho? Nos parece contrario al sentido común, pues la finalidad de la fracción III del artículo 32, no se compadece con esa conducta.

Hay, sin embargo, casos en que manifiestamente no es posible, o re-

sulta difícil, concretar quién es el que resiente el perjuicio y por lo tanto quién debe formular, en su caso, la querrela respectiva.

El Comité Ejecutivo de un sindicato solicita de la empresa, con la cual tiene celebrado contrato de trabajo, que le dé instrucciones a su cajero para que haga los descuentos convenidos con la misma, para su caja de ahorros, y reciba las aportaciones fijadas en el contrato de trabajo con la empresa. El sindicato, una vez accedida por la empresa que el cajero los auxilie, le da instrucciones para la compra de valores, el descuento de las cuotas, el pago y el cobro de los créditos autorizados a los trabajadores, etc.; en por lo menos dos de los varios casos en que intervine, se dieron situaciones distintas, pues en una, el sindicato, con anuencia de la empresa, le daba una compensación al cajero por el trabajo extra que desempeñaba, y en la otra, por acuerdo con el sindicato, era la empresa la que pagaba esa cantidad extra al cajero, por su trabajo extra.

En los dos casos, el cajero dispuso tanto de cantidades propiedad de la empresa, como de los sindicatos. Estos sostuvieron que a la empresa correspondía formular la querrela, no sólo por el faltante en bienes de la misma, sino del sindicato en los términos del artículo 32 del Código Penal, ya que estaba obligada a cubrir al sindicato las cantidades dispuestas por su empleado; las empresas sostuvieron, y creo que era fundada la posición de éstas en el primer caso, que como quien que había accedido, como un servicio al sindicato, a que el cajero realizara actividades que no le correspondían, por lo que el faltante era sin duda a cargo del sindicato, y en último caso, los obreros debían reputarse sujetos pasivos del delito; en este caso, indudablemente, la empresa sólo dio la autorización para que su cajero realizara ese trabajo por cuenta del sindicato, el cual le pagaba, como dijimos, una cantidad extra. Pero en el segundo caso, en que la empresa cubría la cantidad extra al cajero, entiendo que el problema no presentaba la misma claridad y podía discutirse si el perjuicio fué resentido por la empresa o por el sindicato, y que a quien correspondía por tanto, formular la querrela, era a la primera.

Como éstos son muchos los casos que presentan duda, entre otros, cuando son varios sujetos pasivos y no es posible determinar la cantidad dispuesta en perjuicio de cada uno; por ejemplo, el depositario de una cosecha de varios agricultores, que dispusiera de parte de la misma, no permite saber, generalmente, qué parte digamos, del maíz, del trigo, de la fruta, etc., corresponda al agricultor A, al B o al C, si toda la cosecha la guarda en un solo silo. Perjudicados serían todos, ante la imposibilidad de precisar de quién fue precisamente el maíz, el trigo o la fruta de que se dispuso, y desde luego, la facultad de presentar la querrela corresponde a todos o a cualquiera de los que sufrieron el perjuicio.

INTERES JURIDICO PROTEGIDO. El interés jurídico protegido en

el abuso de confianza, es el patrimonio en general, pero en concreto, ¿qué derechos patrimoniales son los afectados?

En el robo afirmamos que era la posesión, ¿pero en el abuso de confianza? Quintano Ripollés hace una afirmación categórica al respecto. "El objeto jurídico del delito de apropiación indebida (entre nosotros abuso de confianza), en el sentido de bien específicamente tutelado, es inequívocamente la propiedad como tal y aisladamente considerada, no conjuntamente con la posesión, al modo de las demás infracciones de apoderamiento lucrativo".

Acordes con este criterio están, entre otros, en España, Ferrer Sama y Don José María Rodríguez Devesa, tanto más que este último reputa que la propiedad es igualmente el interés jurídico protegido en el robo.

De los latinoamericanos, en Argentina, Soler, Gómez, Fontán Balestra, Ernesto J. Ure, partiendo de la definición que el código da al delito denominado en ese país de "retención indebida", consideran que el interés jurídico protegido consiste, precisamente, en la negativa a restituir o a no restituir a su debido tiempo, la cosa recibida, en perjuicio de otro; el último de los citados, en su tantas veces mencionada monografía sobre la apropiación indebida, después de reconocer que en la doctrina es variable la postura de los autores por cuanto al interés jurídico protegido, en expresa referencia al código argentino, sostiene lo siguiente: "El examen del precepto contenido en el artículo 173, inciso c), suministra, en efecto, ese elemento invariable de la apropiación indebida en cualquiera de sus manifestaciones, y que aporta, al propio tiempo, el elemento fundamental para la determinación deseada: la obligación de entregar o devolver constante e invariable, sea quien fuere el titular del derecho a la restitución, consecuente a la mencionada obligación; es decir, del derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena. Con el hecho de la apropiación, se lesiona ese derecho del sujeto pasivo de la relación jurídica, y ese derecho es el tutelado en la incriminación del delito del artículo 173, inciso 2 del Código Penal".

En Brasil y Colombia se sostienen las dos tesis expuestas, o sea, que el interés jurídico protegido es la propiedad, en atención a la definición del artículo 180 del nuevo Código de Brasil, que describe el delito de apropiación indebida, en los siguientes términos: "Apropiarse, en provecho propio o de otro, de cosa ajena mueble, que se tenga en posesión o detentación".

Para el profesor Edevaldo Alvez da Silva, es indudable que el interés jurídico protegido es la propiedad; en Colombia, en los trabajos de la Comisión Redactora del nuevo Código Penal, el profesor Darío Velázquez, parece inclinado a sostener los criterios apuntados en la doctrina argentina, tanto más que el texto recoge la idea de la apropiación de la

cosa que se haya confiado o entregado por título que implique obligación de "entregarla o restituirla".

Para el profesor Etcheberry, de Chile, "la figura de la apropiación indebida tiene dos verbos fundamentales, o sea dos modos posibles de comisión: apropiarse o distraer. El concepto de apropiarse es el mismo que vimos tratándose del hurto: comprende un elemento material, el ejercicio de actos de dominio sobre la cosa (ordinariamente la disposición de la misma) y uno psicológico, el ánimo de señor y dueño. El elemento material en este delito, a diferencia de lo que ocurre en el hurto, no consistirá en una acción física de apoderamiento, puesto que la cosa, por voluntaria decisión de su titular, ya se encuentra dentro de la esfera de resguardo y custodia del apropiante. Empero, algún elemento material debe existir, que ponga externamente de manifiesto la apropiación, pues el solo ánimo de señor y dueño no es suficiente para tener por consumada esta última. El elemento material se manifestará mediante la ejecución de actos propios del dominio y a los cuales el título no da derecho, o bien mediante la negativa a entregar cuando llegue el momento de la restitución o entrega, y ésta es exigida (la negativa no necesita ser expresada: puede consistir en una mera omisión o pasividad ante el requerimiento).

La otra modalidad de la apropiación indebida, es la distracción. El significado de este término suscita algunas dudas. En términos generales, se refiere al hecho de dar a la cosa un uso o destino diferente de los que le están asignados. Ordinariamente el simple uso de la cosa, aunque el título no lo permita, no ocasionará perjuicio al propietario, y por lo tanto no habrá delito. Pero si excepcionalmente, el uso indebido acarrea perjuicio, habrá distracción indebida punible. Entre nosotros, Labatut y Politoff, opinan que la distracción, al igual que la apropiación, supone el ánimo de señor y dueño".

Roy de Perú, Febres Cordero y el maestro Mendoza de Venezuela, sostienen que el interés jurídico protegido en el delito en cuestión, es la propiedad, aun cuando este último, menos terminante, sostiene que: "A primera vista, el comportamiento delictivo no ofrece dudas respecto al verbo usado por el legislador, que es apropiarse, cuyo significado castizo es hacer propia una cosa, tomarla para sí haciéndose dueño de ella, o convertirla en su beneficio o de un tercero, o como el profesor Ferrer Sama dice: "incorporarla a su patrimonio con intención de usar o disponer de ella como dueño y con ánimo de no restituirla". Pero a poco que se profundice el núcleo del delito se hallará que muchos conceptos, que el penalista argentino reduce a tres solamente, pueden darse en la acción de apoderarse".

De estos conceptos haremos posterior referencia, al tratar de hacer valer nuestro criterio.

En la doctrina europea, en Italia y Francia, la mayoría de los autores señalan como bien jurídico tutelado, la propiedad, en concreto, y así lo

sostienen, entre otros, Maggiore, Antolisei, Marciano, Saltelli y Romano di Falco, etc., y Rousselet, Patin, Chauveau Helie Garraud Garçon; los primeros italianos y los segundos franceses.

Para Garçon, "El hecho material de inversión de la posesión consistirá fundamentalmente en un acto jurídico de disposición: venta o entrega en prenda de la cosa confiada, por ejemplo. En cumplimiento de tales actos, el deudor fiduciario manifiesta de la manera más enérgica su intención de conducirse como sólo un propietario lo puede hacer".

Sin embargo, en estos países existen criterios divergentes; Petrocelli, por ejemplo, sostiene, al decir de Ure, que la esencia del delito "reposa en la violación de la confianza y la confianza constituye el objeto específico del delito y de la tutela penal, entendida la confianza en su sentido objetivo, vale decir implícita en la naturaleza del vínculo y no referida a una relación que reconozca como origen una elección especial. En otras palabras, que no se requiere la existencia de un vínculo de confianza, directo o inmediato, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

La simple violación del derecho emergente de la obligación, no es suficiente, al decir del autor citado —y en esto no puede discreparse— para justificar la tutela penal.

"La ley penal no toma en consideración el incumplimiento de la obligación en cuanto tal, puesto que para ello sería bastante la tutela del derecho privado, y el orden jurídico no tendría razón ni interés en hacer algo más". Considera algo especial que se manifiesta en ciertos incumplimientos; una particularidad que motiva la inejecución, un *quid* que la tutela del derecho privado no tiene razón ni manera de considerar, pero que, en cambio, interesa al derecho penal, y que, al par que caracteriza la ofensa al particular, refleja una ofensa al interés público. En la obligación de restituir, el *quid* especial que constituye la razón y la finalidad de la tutela penal, es la violación de la confianza; se encuentra, en la historia de la apropiación indebida, como nota general y constante, en todas las legislaciones. Sin necesidad de remontarse a las más lejanas fuentes legislativas, y partiendo de la época en que, por primera vez, aparece una configuración jurídica autónoma del delito, vemos destacada la esencia de la apropiación indebida en la violación de la confianza.

Los razonamientos de Petrocelli son impecables, salvo que la confianza no es elemento del patrimonio y, por lo tanto, no es motivo de la tutela penal que se otorga en el abuso de confianza.

Ciertamente, como lo señalan quienes han estudiado esta figura, existe una estrecha similitud entre el abuso de confianza, apropiación indebida, retención o como se le llame a este delito, con actos o contratos de naturaleza civil, cuyo incumplimiento sólo dan lugar al pago de daños y perjuicios, pero el delito no es sólo el incumplimiento de una obligación de entregar o devolver, sino que implica además una ofensa al interés público, ya que se violan otros intereses que no son únicamente el incumplimiento

BIBLIOTECA
LA LEY DE DERECHO

de un contrato o la confianza que puede existir o no, y que en una época, por lo menos entre nosotros, fue considerada como una circunstancia agravante en todos los delitos, sino un interés más concreto, más grave, más relevante de una conducta ilícita, o sea la inversión de la posesión concedida y la actuación como dueño en relación con la cosa.

Estos elementos son también una constante en todas las definiciones del delito, en todas las descripciones del tipo, que presuponen la posterior negativa, tácita o expresa, a entregar o a devolver la cosa, conductas que sí tienen relación con la noción de patrimonio, en los términos que lo hemos definido, del cual es totalmente ajena la simple violación de la confianza.

Quienes rechazan que la propiedad sea el objeto jurídico que protege la figura que estamos estudiando, sostienen que ello no se compadece con el hecho de que sujetos pasivos de la infracción no sean exclusivamente los propietarios, sino también los poseedores y aún los simples tenedores de la cosa, y además destacan que el Código Civil no señala entre los medios de adquirir la propiedad, el delito.

Estos argumentos no son exactos, pues si bien sujeto pasivo de la infracción puede ser cualquiera que haya entregado la cosa y además el que nuestra ley ha reconocido que el delito no da, en ningún caso el carácter de propietario al que lo comete para hacer suya una cosa, lo cierto es que el activo en este delito no viola derechos posesorios que ya tiene, sino que dispone, es decir, que actúa como dueño sobre una cosa que ya tiene, invirtiendo la posesión que se le dió, desviándola de su finalidad jurídica y económica.

En el robo, el activo no puede actuar como dueño de una cosa que no tiene, que debe tomar ilícitamente, que necesita movilizar, desplazar, para hacerla entrar dentro de su esfera de poder; en el abuso de confianza la cosa ya la tiene el abusario, sólo que para integrar el tipo debe disponer, lo que significa, como veremos oportunamente, realizar actos de señorío sobre la cosa, actuar como si fuera dueño de ella, aun cuando no logre convertirse en propietario por expresa disposición de la ley.

Al rehusarse a devolver la cosa indebidamente, es decir, sin fundamento legal y después de ser requerido para ello, se actúa también como dueño, y se realiza un acto de disposición, teoría sobre la que insistiremos al estudiar los elementos del tipo y precisar el concepto de acto de disposición.

A reserva también de insistir sobre el particular, expresamos en forma categórica, que el requerimiento para la devolución de la cosa, no es necesario cuando existe prueba de que el abusario ha dispuesto de la cosa, o datos que hagan suponer dicha disposición.

Entre nuestros autores patrios, el maestro González de la Vega conviene en que el interés jurídico protegido en el abuso de confianza, es la propiedad, y así afirma que "cualesquiera que sean los términos usados por las diversas legislaciones, todas ellas se refieren a aquellas acti-

vidades atentatorias en que el tenedor provisional se adueña de hecho del bien, es decir, procede con él como si tuviera su dominio para enajenarlo en todo o en parte, gravarlo, o retenerlo injustificadamente".

"Las simples violaciones contractuales, continúa afirmando, efectuadas por el que tiene la cosa, cuando no dan por resultado un movimiento de apropiación en la forma que dejamos explicada, no son constitutivos del delito de abuso de confianza. Ejemplo: un arrendatario de bien mueble, sin facultad de subarrendar dada por el arrendador, ejecuta esta operación; se ha extralimitado en sus derechos, ha violado el contrato, pero no es responsable del delito de abuso, porque su acto ilícito no implica el adueñamiento de la cosa; en cambio, si la oculta para darse con ella y se niega a restituirla, obrando como si fuera propietario, o la empeña, grava o enajena en cualquier forma, incurre en las sanciones penales".

Igual criterio acepta don Antonio de P. Moreno, en tanto que don Mariano Jiménez Huerta se inclina por el punto de vista aceptado en el derecho argentino, totalmente distinto al sistema que sigue nuestro Código. "El objeto de la tutela penal, nos dice don Mariano en el delito en estudio—, es el interés jurídico patrimonial que tiene la persona que transfiera a otra la simple tenencia de una cosa, que le sea restituida llegado el momento de la devolución", y agrega, en crítica a quienes sostienen que el interés jurídico protegido es la propiedad, que "este concepto no puede aceptarse, pues tanto implicaría como concluir que el delito sólo se integra cuando quien trasmite la tenencia de la cosa es su propietario, con lo cual quedaría a extramuros del tipo todos aquellos casos en que la transmisión de la tenencia la efectúa persona diversa del propietario".

Vimos ya que este argumento carece de consistencia, pero lo más serio es que la opinión de don Mariano peca de incompleta, pues se limita a la obligación de devolver, cuando el delito se comete, en la mayoría de las veces, al desviar la cosa de la finalidad jurídica y económica, para la que se entregó, al disponer de la misma como si fuera dueño, y poco importa al respecto que la entrega se haya hecho por el propietario, por el poseedor o por el simple tenedor de la cosa.

El Dr. Pavón Vasconcelos sigue a don Mariano, al afirmar que la definición legal "no individualizó al propietario como la persona que sufre el perjuicio patrimonial y, por otra parte, el acto de transmisión de la tenencia puede realizarlo, además del dueño, la persona que ejerce su poder sobre la cosa mueble, esto es, el usuario o usufructuario de ella, por lo que carece de validez el criterio que señala a la propiedad como el bien tutelado en el abuso de confianza".

De aquí que, siguiendo el criterio de Manzini, apunte que el interés jurídico tutelado es el patrimonio. ¿Pero qué parte del patrimonio? ¿Qué derechos patrimoniales? Considerar como lo hacen Jiménez Huerta y Pavón el problema únicamente en función de quien resiente el perjuicio o

entrega la cosa, es limitarlo, pues debe estudiarse este problema en su conjunto y precisar cual es la acción que se ejecuta, para deducir qué bien se lesiona o qué elemento del patrimonio con dicha conducta.

La acción en el abuso de confianza se centra, de acuerdo con la definición de nuestro Código, en el verbo "disponer", y disponer es actuar como dueño, ejercer sobre la cosa actos de dominio, de señorío, o como sostienen los civilistas, excluir la puesta en valor de un patrimonio o ejecutar actos de puesta anormal por lo que se refiere al mismo, criterio sobre el que insistiremos al estudiar los elementos constitutivos del abuso de confianza.

OBJETO MATERIAL. El objeto material en el delito de abuso de confianza, es la cosa mueble sobre la que recae la acción del sujeto activo de la infracción.

En la definición de la figura, nuestro código hace referencia expresa a cosas muebles, por lo que la acción sólo puede recaer sobre objetos corporales y no sobre derechos, y además se requiere que estos objetos sean muebles, o dicho en otros términos, que se puedan desplazar de un lugar a otro.

Sobre el concepto de cosa mueble, hicimos ya comentarios al estudiar el delito de robo, y hemos de concretar ideas al estudiar los elementos del tipo que analizamos, pero, desde luego, es oportuno reiterar que la cosa debe ser mueble, no en el momento de la comisión del ilícito, como sucede en el robo, sino en el momento que se entregue la cosa o se le otorgue el derecho para recibirla, punto sobre el que insiste Angelotti, y con el cual estamos de acuerdo, pues no deja de presentar dificultades en función del acto concreto que da origen a la relación entre los sujetos del delito y sus consecuencias jurídicas.

Para Angelotti, la cosa debe ser mueble en el momento de la entrega por parte del pasivo, de tal suerte que si el culpable moviliza la cosa que recibió, no como mueble, sino como inmueble, será responsable de hurto y no de apropiación.

Es el caso del administrador que recibe un bien inmueble en el que existan, digamos, figuras artísticas empotradas dentro del mismo; si las moviliza cometerá robo, y no abuso de confianza, puesto que la cosa que recibió no fue mueble, sino inmueble.

Sin embargo, esta regla no abarca todos los casos, pues depende de la naturaleza del hecho.

Don Ernesto J. Ure, afirma: "En materia de apropiación indebida, la movilización de la cosa plantea un problema muy discutido en doctrina y en la práctica. Cuando la cosa ha sido separada del inmueble por acto del derecho-habiente y en esas condiciones se recibiera por el agente para guardarla, entregarla a un tercero o cualquier otro título no traslativo de dominio y se lo apropie, no puede surgir duda alguna sobre la calificativa del delito. El problema nace cuando la cosa ha sido separada por

obra del agente que se hallaba en legítima tenencia del inmueble, pues se sustenta que, en tal supuesto, no aparece como acertada la calificación de apropiación indebida, sino que el hecho debe encuadrarse en los artículos que definen el hurto o el robo".

En cambio, si se trata de un predio rústico y el encargado o administrador, levanta la cosecha o corta los frutales de los árboles y dispone de la primera o de los segundos en su provecho o de un tercero, cometerá abuso de confianza y no robo, dada la naturaleza jurídica que dio origen a las relaciones contractuales entre el activo y el pasivo.

Al estudiar los elementos del delito definido en el artículo 382 de nuestro Código Penal, hemos de insistir sobre este aspecto, que por razón de método, hemos apuntado en esta ocasión, al hacer mención del objeto material del delito.

CAPITULO III

ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO

Señalados los presupuestos del delito de abuso de confianza, hemos de tratar lo referente a su estructura jurídica, referida a la genérica definición de delito como acción típica, antijurídica y culpable.

Así, el primer elemento a considerar es la acción que una buena parte de la doctrina, sobre todo entre nuestros juristas, se acoge sobre la genérica denominación de conducta, que comprende tanto el hacer como el omitir.

Como quiera que nuestro Código define el delito, tautológicamente, en el artículo 7º. como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, hemos de referirnos en primer término a esta distinción, tanto más que la doctrina, si bien acepta indistintamente la palabra conducta o acción, como un concepto superior, distingue, en todo caso, el hacer, del omitir.

"La acción, al decir de Juan del Rosal, como concepto superior, es decir gens, abarca las dos formas que se presentan tanto en la doctrina como en la legislación, o como un hacer activo, cifrado en los delitos de acción positiva, o como una conducta de omisión. Ambas formas se entienden dentro de un concepto amplio de la acción y han adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo".

En todos los delitos patrimoniales, la conducta supone un hacer positivo, excepción hecha, claro está, del delito de daño, y los autores, al tratar del delito de apropiación indebida, consideran que este delito sólo puede consumarse, ejecutarse, mediante un acto positivo, es decir mediante un hacer, y no mediante un omitir.

Esto podría ser discutible respecto a la retención, pues retener, ¿es un hacer o es un omitir?

En nuestra legislación el acto típico, el núcleo de la figura que estamos considerando, es el disponer, y nos preguntamos, si el disponer supone siempre un hacer, un actuar como dueño, el desviar de su naturaleza jurídica y económica la cosa recibida, o si el acto de disposición ha de suponer también una posible omisión.

El acto de disposición supone también omitir, y una de las distinciones que se establecen doctrinalmente entre el acto de disposición y el acto de administración es, precisamente, que el primero presupone una omisión, en tanto que el segundo, tiene siempre un carácter positivo.

"Administrar, es obrar, nos dice el profesor André Trasbot. Un administrador es un ser eminentemente activo, no se administra haciendo nada. Administrar es hacer una serie de actos positivos. Todos los artículos de la ley relativos a las funciones de los administradores, están llenos de ejemplos al respecto".

"Por ese carácter positivo, el acto de administración se parece también al acto conservatorio, que también es un acto esencialmente positivo. Cuando un elemento del patrimonio está en peligro, se debe necesariamente hacer un acto positivo para salvarlo. Sucede lo mismo con el acto de administración. El viñador, que cuida y mantiene su viña, hace un acto conservatorio; al recoger la cosecha realiza lo más a menudo un acto de administración. Pero, en los dos casos, la conservación y la administración se manifiestan por actos positivos.

"Pero este carácter positivo distingue claramente el acto de administración, del acto de disposición. Sin duda, habrá actos de disposición que se traducirán en actos positivos, que podrán aún traducirse por una puesta en valor, por ejemplo, la venta de una propiedad, pero el acto de disposición no será forzosamente un acto positivo. Podrá ser en efecto un acto negativo, una abstención, y entonces no habrá ya puesta en valor, porque no hay únicamente actos jurídicos, existen también abstenciones jurídicas que producen efectos de derecho. Así, el individuo que conscientemente deja prescribir su propiedad o su crédito, que omite hacer o renovar una inscripción hipotecaria, que deja su casa en ruinas, que rehúsa una donación, un legado o deja una sucesión en estado vacante, hace en efecto, en general, actos de disposición y no obstante, estos son actos meramente negativos.

Se concluye de lo anterior, que siendo siempre positivo el acto de administración, el acto de disposición, puede ser, por el contrario, bien positivo, bien negativo. Y de ello se saca esta consecuencia: una persona obligada a hacer un acto conservatorio o un acto de administración y que omite o descuida realizarlo, hace por ello mismo un acto de disposición, porque realiza un acto negativo. Como no tiene derecho a hacer un acto de esta especie, va más allá de los límites de sus poderes y se hace responsable".

Dentro de este criterio se puede sostener que si el núcleo de la figura es el verbo disponer, y la disposición supone, en determinados casos, un

acto negativo o una omisión, el abuso de confianza puede admitir la forma omisiva.

Esto es indiscutible en las legislaciones que, además de la apropiación indebida o el abuso de confianza, admiten otra figura que denominan administración fraudulenta, pero es discutible, y lo veremos posteriormente al estudiar con mayor detenimiento el concepto de disposición, si es posible la omisión en el abuso de confianza, y si actúa como dueño el que omite hacer lo que debe, causando un perjuicio al pasivo en su propio beneficio, o de otro.

Lo que sí no es discutible, es que el abuso de confianza, como todos los delitos patrimoniales, excepción del daño en propiedad, es siempre un delito intencional que no admite la forma culposa.

Si el núcleo del tipo es disponer, la disposición no se explica separada de un elemento subjetivo, que se integra, se hace uno, sin posibilidad, como en el robo, de separarse del elemento material; dispone, dijimos, el que actúa como dueño, y esta actividad no puede entenderse nunca desde un punto de vista objetivo, sino que forma parte de la conducta considerada como un todo, como un propósito, y no tan como un simple movimiento corporal, una distensión muscular.

En el abuso de confianza, quiero y actúo sobre la cosa como si fuera dueño, y este propósito no puede escindirse del movimiento corporal; de esta suerte, al decir de Mezger, si toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza ontológica (esencial), un carácter final, esto es, inseparable en el núcleo, disponer es conscientemente actuar como dueño respecto a la cosa, y esta actuación supone necesariamente una intención.

Por esta razón hemos clasificado al delito de abuso de confianza, desde el punto de vista de la conducta, como un delito doloso.

También desde el punto de vista de la conducta, consideramos que el delito de abuso de confianza es un delito unisubjetivo (no unisubjetivo, como se expresan nuestros autores y los argentinos, a resultas de una mala traducción del italiano), pues para su penalidad no se requiere de la existencia de varios sujetos en su comisión.

El delito plurisubjetivo ha sido especialmente estudiado en la doctrina italiana; para Petrocelli, para que el delito sea plurisubjetivo, es necesario que la conducta de todos los sujetos sea parte integrante del ilícito, o sea conductas punibles; Pannain, por su parte, sostiene que si bien en los delitos plurisubjetivos se requiere la concurrencia de varias personas, no es esencial que todos conozcan la ilicitud del hecho, punto de vista que aceptan Rocco, Sesso, etc., en las monografías que se refieren concretamente a los delitos plurisubjetivos.

Para Sesso, "para individualizar el tipo de delito plurisubjetivo es suficiente indagar la estructura legal objetiva de la figura".

"Al concepto de delito plurisubjetivo son esenciales varios sujetos en cuanto tenga cada uno una determinada conducta: premisa que tratándose de un delito plurisubjetivo, por definición misma, al menos uno de

los sujetos debe ser sancionado con pena, o sea que por lo menos uno de los sujetos debe ser sujeto activo del delito, pero que en relación a los demás basta que se trate de cualquier conducta que sea elemento necesario de un hecho descrito en la figura legal objetiva, sin ser necesario que tal conducta sea sancionada con pena (punible en abstracto) o no corresponda al sujeto pasivo del delito, o sea que basta que se trate de sujetos activos del hecho, sin que sea necesario que ellos sean sujetos activos del delito, o no sean sujetos pasivos del mismo, por lo tanto se requiere que se trate de conductas punibles en concreto".

Como ejemplo de los delitos plurisujetivos, se menciona la simulación, en la que se requiere la concurrencia de voluntades de los activos, o dicho en otros términos, que sean sujetos activos del hecho y del delito, en cuyo caso nos encontraremos con una figura de delito plurisujetivo perfecta; el adulterio, la bigamia, el incesto, en que fácticamente no es posible su comisión sin la concurrencia activa de varias personas, aun cuando si una de ellas ignora la relación parenteral o el estado de la persona con la que yace, no cometerá delito alguno.

En este caso, nos encontramos con dos sujetos activos del hecho, pero no con dos sujetos activos del delito.

En el delito de abuso de confianza, si bien tanto el sujeto activo como el pasivo, tienen determinadas características, cuya ausencia obligaría a que el tipo se traslade a otro ilícito, o que la conducta sea atípica, la figura no puede reputarse como plurisujetiva, aun cuando en el delito deban necesariamente intervenir un sujeto que entrega y otro que recibe, por cuanto que uno es sujeto activo y otro pasivo, y en ningún caso sujetos activos y pasivos al mismo tiempo del mismo hecho.

Esto no excluye la posibilidad de que intervengan dos o más personas en la comisión del ilícito, en los términos del artículo 13 de nuestro Código Penal, o sea que intervengan en la concepción, preparación o ejecución del delito de abuso de confianza; induzcan a otro a cometerlo, auxilién o cooperen de cualquier especie en su comisión.

Sin embargo, como señala el profesor Ure, el concurso de personas en el delito de apropiación indebida, sólo puede imaginarse en casos rarísimos, pues se trata de un delito que, por su propia naturaleza, no exige la cooperación, indispensable o no, de otras personas.

Carrara presenta el caso del comprador que interviene como parte principal en el contrato que constituye el momento consumativo del delito, y sostiene que debe reputársele como coautor y no encubridor. El ejemplo corrobora, al decir de Ure, su afirmación, ya que esa única hipótesis se refiere a la situación excepcionalísima de una apropiación indebida que se consuma en el acto de la compraventa, y claro está, se entiende, que el comprador adquiere la cosa con pleno conocimiento de la conducta del que enajena.

En este supuesto, de acuerdo con nuestra legislación, no se estaría en presencia de un acto de encubrimiento; primero por la naturaleza de las

cosas; y segundo, porque no se tipifica como encubrimiento en los términos del artículo 400 de nuestro Código Penal.

Sin embargo, en mi práctica profesional, he conocido numerosísimos casos, en que nuestros tribunales han aceptado la participación en el delito de abuso de confianza, y es práctica constante que en las querellas se haga referencia, que se presenta en contra de quien o quienes resulten responsables de los hechos por lo que se formula dicha querella.

En delitos cometidos en contra de instituciones de crédito o de otro tipo de empresas comerciales e industriales, es frecuente que sean varios los sujetos que participan en su comisión, tanto más que, en nuestro país, a diferencia de lo sostenido en otras legislaciones, se ha considerado como abuso de confianza, la conducta de los cajeros al tomar para sí o para otro, los fondos que se les han confiado.

En numerosos casos, los cajeros o los cobradores, en combinación con otros empleados de las empresas, disponen de las cantidades que han cobrado o recibido, o los directores o gerentes, en combinación con otros empleados o funcionarios de las empresas, realizan actos de disposición en provecho de quienes intervienen en la comisión del delito, por lo que no podemos suscribir la opinión de Ure y de otros autores argentinos, que ven como excepcional la participación en el delito de abuso de confianza, cuando esta participación es frecuente entre nosotros, y expresamente reconocida por nuestros tribunales.

Sin adentrarnos en las discusiones sobre la naturaleza de la autoría y la participación, o el concepto amplio o restringido de autor, así como sobre la definición y diferencias entre éste, el coautor, inductor, cómplice, auxiliador o cooperador, etc., considero que, a pesar de que el delito de abuso de confianza es un delito monosujetivo, puede ser cometido por varios, y que sus conductas, referidas al tipo, encuadran en las distintas hipótesis previstas en el artículo 13 del Código Penal, pues como sostiene Rovieri, el concurso de varias personas en un delito, no es una simple creación del derecho, sino que deviene de la naturaleza misma de los hechos que admiten ser realizados por sujetos múltiples.

Para Latagliata "estas conductas de coparticipación, intrínsecamente atípicas, llegan al nivel del relieve jurídico-penal como hipótesis de concurso, solamente cuando van ligadas por una situación de accesoriedad a otras acciones cometidas por uno o varios de los concurrentes los que, a su vez, están caracterizadas por el requisito de la conformidad al tipo legal de un delito".

Al juez corresponderá en vista del hecho concreto precisar la participación en el delito y aplicar la sanción respectiva de acuerdo con sus facultades, en los términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Es también el delito de abuso de confianza monosubsistente, o dicho en otros términos, delito que, como sostiene Pavón Vasconcelos, es de acto único, por no permitir la actividad típica fraccionada en varios actos, razón por la que podemos sostener que es naturalmente unisubsistente,

aun cuando excepcionalmente, existiendo pluralidad de disposiciones unidas por la misma naturaleza y la misma lesión jurídica (delito continuado), pueda admitir un carácter plurisubsistente.

Esto nos conduce a plantearnos la posibilidad de la tentativa, posibilidad que ha dividido también a los juristas que opinan, unos, que el abuso de confianza, por ser delito de resultado material, la admite, en tanto que otros la rechazan, fundados en la naturaleza del delito.

Entre los autores que la admiten, aun cuando reconocen que la tentativa sólo puede darse excepcionalmente, podemos mencionar a Carrara, Maggiore y Manzini, y entre los que niegan su posibilidad, a Angelotti y Petrocelli; considero que, como lo sostiene Petrocelli, en el abuso de confianza, apropiación indebida en el derecho italiano, por la naturaleza misma del delito, no es posible la tentativa, por cuanto el acto de disposición, es un acto completo, en el que su ejecución implica su consumación.

Quien actúa como dueño en relación a la cosa que tiene, por habersele transferido la tenencia previamente, realiza y consuma el delito al mismo tiempo, sin dar oportunidad a la tentativa, a pesar de que, desde el punto de vista del resultado, el delito se puede clasificar como delito material y de daño.

3) Desde el punto de vista del resultado, el delito puede clasificarse como un delito material, de lesión o daño.

Los delitos materiales, a diferencia de los delitos formales, en los que la acción o la omisión del actor es suficiente por sí sola para consumar el delito, son aquellos que, al decir de Manzini, exigen para su consumación la verificación de un evento, o sea de un acto que modifique el mundo exterior. El delito material no puede consumarse, afirma Cuello Calón, si no se produce el resultado antijurídico que el delincuente se propuso obtener (la muerte en el homicidio; la aprehensión de la cosa en el robo, etc.).

“Recordado, apunta Manzini, que todo delito consiste en la producción de un resultado y que no existen delitos de mera intención u opinión, se tienen, desde el punto de vista del efecto, esto es, del delito en cuanto es desconocimiento de un interés personal tutelado, delitos de lesión y delitos de peligro: distinción que nuestras investigaciones han demostrado que no era desconocida a los juristas italianos de la época intermedia”.

Los delitos de lesión, agrega Manzini, son aquellos que, como elemento constitutivo o como condición de punibilidad, exigen que el hecho produzca una modificación del mundo exterior directamente lesiva del bien jurídico protegido por la ley, mediante la incriminación de que se trate.

En cambio, son delitos de peligro aquellos cuyo hecho constitutivo no produce una efectiva destrucción o disminución del bien tutelado, sino que determina solamente un peligro de perjuicio para el bien mismo o que, si produce lesión, no es tal que llegue a modificar el título del delito.

De acuerdo, pues, con los conceptos antes reseñados, el delito de abuso

de confianza puede ser clasificado como un delito material y de lesión, por cuanto al modificar el mundo exterior, causa directamente una lesión al interés jurídico protegido, que es genéricamente, el patrimonio y concretamente la propiedad.

Esta lesión se traduce en un daño, por lo que el abuso de confianza es también un delito de daño, lo que se recalca de acuerdo con la definición misma de la infracción, que principia con la frase “el que con perjuicio de alguien”.

Así, aun cuando los delitos patrimoniales, en cuyo título se agrupa el abuso de confianza, suponen necesariamente la causación de un daño, en este tipo, la referencia es expresa y concreta, de tal suerte que si no se causa daño alguno, no se integra la figura.

Sobre la naturaleza del daño o perjuicio, hicimos ya una anterior referencia, pero no es ocioso que reiteremos con el profesor Ure, las características del daño o perjuicio referido, especialmente al delito que comentamos.

El daño o perjuicio, dice el profesor Ure, debe ser:

a) Efectivo (*dammun inuira datum*). Si el perjuicio no es concreto, no es real, no es efectivo, no puede hablarse de delito.

b) Directo. Vale decir que debe ser producido como consecuencia directa de la acción punible.

c) Cierto. O sea indudable, no dudoso; y

d) Patrimonial. Si el perjuicio no es patrimonial, faltará un elemento para la configuración del delito.

La posterior devolución de la cosa al acto de disponer o el pago del daño o su reparación, no tienen influencia sobre el delito.

El delito se consuma, al decir del artículo 362 de nuestro Código Penal, cuando “en perjuicio de alguien, disponga...”; en consecuencia, si dispuesta la cosa, arrepentido el autor de su comportamiento, como ejemplifica Ure, consigue recuperarla y la restituye, o si repara el daño, el delito existe, como lo ha sostenido con razón la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:

“Los actos posteriores a la consumación del delito, no influyen por lo que toca a su existencia, y en todo caso su comprobación, sino que a lo sumo repercuten en la aplicación del monto de la sanción en los términos de los artículos 51 y 52 del Código Penal, salvo que a resultas de esos actos posteriores se extinga la acción penal por perdón del ofendido.

Finalmente, podemos afirmar que en función del resultado, el delito de abuso de confianza es un delito instantáneo, o sea que se consuma en el momento mismo en que se concretan todos sus elementos constitutivos y el efecto cesa, pues si persisten, lo es ya sin la reiteración de la actividad o inactividad delictuosa, aun en el caso de la retención.

4) Desde el punto de vista del tipo, el abuso de confianza es un delito común, simple y de acción privada.

En relación al tipo, los delitos se clasifican en delitos comunes, especiales y propios; son delitos comunes aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, aun cuando determinadas cualidades o relaciones personales puedan agravar o disminuir la imputabilidad o la responsabilidad del culpable; en tanto que especiales son aquellos delitos cuya definición exige en el sujeto activo una determinada cualidad personal, de tal suerte que no puede ser cometido sino por las personas que poseen esa cualidad.

Otros autores clasifican los delitos en comunes, especiales y propios; los primeros, ciertamente se entiende, que pueden ser cometidos por cualquiera, pero se distinguen de los especiales y propios, por cuanto los delitos comunes son los definidos en el Código Penal, y los segundos en otras leyes especiales, que forman lo que en la actualidad se conoce como Derecho Penal Especial, distinción que acepta nuestro Código Penal en su artículo 6, al disponer que "cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código", delitos especiales que, a su vez, se distinguen, como los comunes, de los delitos propios, definidos tanto en el Código Penal, como en las leyes especiales, pero que se caracterizan porque no pueden cometerse por cualquiera, sino sólo por quienes, sujetos activos, tienen una condición particular. De esta suerte, tanto el delito especial como el común, difieren del propio, ya que los primeros pueden cometerse por cualquiera, y el último sólo por aquél sujeto que reúna determinadas características.

"Entre el delito especial, sostiene Bettioli en su obra "Sul Reato Propio", previsto en una norma especial, y aquella que se origina en una limitación de la esfera de los destinatarios de la norma, subsisten profundas diferencias. El delito especial deroga siempre a la ley general, por cuanto lo ha querido así el legislador, mientras que el delito propio, que postula en el sujeto activo una cualidad particular, no deroga las normas generales".

El concepto de delito propio no deja de estar lleno de dificultades, tanto por lo que toca a su definición, como los límites y relaciones con otros institutos del derecho penal, en especial con la participación, pero como quiera que para precisar la estructura del abuso de confianza es bastante el señalar aspectos generales, nos limitaremos a dar una idea del delito propio que se entiende, como ya vimos, como aquel que únicamente pueda cometerse por quien tenga la calidad personal definida por la ley. Ahora bien, esta calidad personal puede: a) referirse sólo al sujeto activo, sin influir en el hecho, el cual, lógicamente, podría ser cometido por cualquiera, pero faltando la calidad en el agente, no configuraría el delito, o daría lugar a constituir otro; b) que influya en el hecho, de tal modo que el sujeto activo, privado de la calidad requerida, no pueda en modo alguno realizar el tipo; y c) que si bien no influye en el hecho mismo,

puede influir en las circunstancias, de tal suerte que al darse la calidad, el delito se agrava o atenúa.

El delito propio será, atento a lo que hemos señalado con anterioridad, sólo el mencionado en el punto b) pues ni el supuesto a) ni el c) comprenden lo que debe entenderse por delito propio.

En el delito de abuso de confianza es elemento del tipo la entrega de la cosa, por lo cual se ha sostenido por algunos, que nos encontramos en presencia de un delito propio, ya que no puede ser cometido por cualquiera, sino sólo por aquel al que se le ha transmitido la tenencia y no el dominio de una cosa, circunstancia que se hace más relevante en determinados casos, por ejemplo, en el de los mandatarios, tutores, albaceas, administradores, etc.; sin embargo, considero que no es esta circunstancia la que podría llevarnos a clasificar el abuso de confianza como delito propio, por cuanto es un delito cuyas diferencias con el robo o el fraude, se desprenden del hecho de que el activo ha recibido la cosa en forma lícita y para una normal finalidad jurídica o económica.

Es el acto del pasivo el que da el elemento diferenciador al abuso de confianza, y no la calidad del activo, como sucede en los delitos cometidos, por ejemplo, por funcionarios públicos, cuya comisión requiere necesariamente la calidad de funcionario o encargado de un servicio, de tal suerte que si se carece del nombramiento o no se le ha dado determinada comisión, no puede tipificarse su conducta como delito de funcionario.

En el peculado, por ejemplo, si quien dispone de la cosa propiedad de la administración, o de una empresa descentralizada, no es funcionario o encargado de un servicio público, no adecuará su conducta al tipo y se reputará al autor como sujeto activo de un abuso de confianza; en cambio, el tutor, albacea, mandatario, etc., cometerá no un delito de tutor, mandatario, albacea o administrador, por cuanto lo que tipifica su conducta no es su calidad, sino el hecho de que se le ha transmitido la tenencia, y al disponer de las cosas que se le han confiado, adecuará su conducta a la definición del abuso de confianza.

Esta transmisión, esta entrega, se hace también en el caso del peculado o del delito oficial, contemplado en la fracción XXVII del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades, pero para tipificarse es necesario que el autor de la disposición sea funcionario o encargado de un servicio público, o empleado de una empresa descentralizada.

Es, al decir de la doctrina, una posición naturalística, expresamente señalada en la ley, la que debe tener el activo para que un delito pueda ser calificado como propio, lo que evidentemente no sucede en el abuso de confianza, que se integra con determinados elementos, que lo distinguen del resto de los delitos patrimoniales, pero que no requieren que el sujeto activo tenga determinadas características.

El abuso de confianza es, además, un delito simple, como lo señalamos con anterioridad al referirnos al acto, pero que conviene contrastarlo,

además, desde el punto de vista del tipo, con los delitos compuestos y en especial con los llamados complejos, o sea aquellos en que se requiere el concurso de varios delitos, o mejor dicho, de varios hechos delictuosos comprendidos en una sola figura; por ejemplo, el homicidio y robo, que en algunas legislaciones se considera como un solo tipo, o el secuestro con amenazas graves o tormento, lesiones, etc.

Finalmente, el delito de abuso de confianza es un delito perseguible por querrela de parte, «según que el delito sea punible, por incondicionada potestad del Estado (como en la generalidad de los casos), nos dice Manzini, o condicionada a una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del mismo, o de otro sujeto, los delitos se distinguen en delitos perseguibles de oficio y en delitos punibles sólo mediante querrela o instancia».

Conforme a lo previsto por el artículo 385 de nuestro Código Penal, el delito de abuso de confianza es un delito que solamente se persigue a petición de parte ofendida, presupuesto que, como vimos, da especial importancia al pasivo, en la figura que estamos estudiando, por cuanto exige una serie de requisitos que se irán detallando en su oportunidad.

Sobre la conveniencia o no de aceptar los llamados delitos privados, entre los que se ubica el abuso de confianza, se ha discutido abundantemente en doctrina, inclinándose los autores, unos por rechazarlos, ya que consideran que la persecución de los delitos no puede quedar a la voluntad de los particulares, y otros aceptándolos, por cuanto sostienen que además del interés del Estado en la persecución de los ilícitos, existen determinadas circunstancias que obligan a ponderar la conveniencia o no de ejercitar una acción penal, en conflicto con intereses superiores que no puede siempre, fríamente, ser valorados por el Estado, como en los casos en que se afecta a los derechos de familia, v. gr.: en el adulterio, en el robo entre cónyuges, el estupro, etc., o cuando los límites entre lo civil y lo penal, no siempre son precisos, como en el abuso de confianza; “la elección de los delitos, dice Manzini, cuya punibilidad debe condicionarse a la manifestación y a la permanencia de la voluntad conforme del particular ofendido, constituye, en todo caso, argumento de política penal. La misma tiene por objeto delitos cuya perpetración implica, además de una lesión del orden jurídico general, una violación de derechos subjetivos o de intereses protegidos correspondientes a particulares y por éstos en todo o en parte disponibles”.

Por otra parte, y por lo que toca a la naturaleza del delito, si bien la querrela se ha considerado bien como un simple obstáculo procesal, o un impedimento procesal, algunos juristas la reputan como condición objetiva de punibilidad, en cuyo caso repercute sobre la esencia del delito mismo, pues la ausencia de la querrela o su remisión, quita al hecho el carácter delictuoso y lo hace indiferente.

5) Por último, desde el punto de vista de la antijuridicidad, podemos clasificar el abuso de confianza como un delito de intención, concretado

en el acto de disposición, que supone necesariamente el actuar como dueño respecto a la cosa.

Al referirnos a la intención, aceptamos la existencia de elementos subjetivos en la antijuridicidad, ya que es frecuente que en los códigos penales, al describir los tipos, se agreguen ingredientes subjetivos a los elementos objetivos que por naturaleza le son propios.

En la doctrina moderna, se ha tratado de colmar la frontera de lo objetivo, reservando únicamente a la antijuridicidad, y de lo subjetivo a la culpabilidad, al reconocer que es frecuente encontrar elementos subjetivos, referidos a las actitudes o finalidades de las personas, en cuanto a sus actividades o conductas.

En el robo, por ejemplo, afirmamos, que es una de las figuras más intensamente acusada de ingredientes subjetivos, aun en legislaciones como la nuestra, en que no se hace referencia al “ánimo de lucro” o “en provecho”, “o con el ánimo de apropiarse”, etc., pues el apoderamiento está compuesto de un elemento objetivo, la movilización de la cosa, mas un elemento subjetivo, el propósito de hacerla entrar en su esfera de poder, elementos que no es posible disociar.

Como en el robo, y en general en todos los delitos patrimoniales, en el abuso de confianza el acto de disposición se encuentra coloreado por un ingrediente subjetivo, el actuar como dueño.

Por eso es que entendemos que el abuso de confianza es un delito de intención, pues subjetivamente, el activo en su fuero interno intenta obrar como dueño respecto a la cosa que tiene en su poder.

Estos elementos subjetivos de la antijuridicidad se explican, como afirma del Rosal, por cuanto el derecho en ocasiones “está flechado por la actitud interna de la persona: hinca su base de valoración en la posición psíquica o en los propósitos o deseos en lo que relaciona la descripción objetiva de una actitud o modo de ser del agente, de suerte que la acción antijurídica requiere hallarse integrada de esos elementos subjetivos de la antijuridicidad.

De este modo tenemos que en estos supuestos, la estimación jurídico-penal penetra hasta la interioridad de la persona, sirviendo de apoyo la simple conducta externa realizada”. Sin la intención, elemento subjetivo de la antijuridicidad, de actuar como dueño, de desviar la cosa de la finalidad jurídica y económica que motivó su entrega, de faltar a la confianza, en una palabra “disponer”, verbo que integra el núcleo que estudiamos, no puede existir el abuso de confianza.

LA CLAUSULA CALVO EN EL DERECHO MEXICANO

LIC. ROBERTO NÚÑEZ Y ESCALANTE

I. CONTENIDO

El texto de la cláusula conocida con el nombre de Carlos Calvo que aparece en el Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en las leyes reglamentarias y derivadas de la fracción I de dicho artículo, está elaborado bajo la fórmula de que "El Estado podrá conceder el mismo derecho (para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones) a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo".

Esta redacción merece un análisis considerativo antes de abordar cualquiera otro de los aspectos del tema que nos proponemos estudiar; cuando se incorporó la doctrina de Calvo a nuestra Ley fundamental por el Congreso Constituyente reunido en Querétaro, la redacción de su articulado obedeció a tres diversas técnicas de trabajo; la primera de ellas fue trasladar a la Constitución de 1917 textualmente algunos de los artículos que contenía la Constitución de 1857 cuyo contenido de técnica jurídica no tenía necesidad de modificarse puesto que no podía encontrarse en ellos ningún concepto que pudiera oponerse al nuevo concepto social que deseaba plasmarse en la Carta Magna como consecuencia del pensamiento revolucionario que debía inspirar la nueva estructura jurídica del pueblo mexicano.

En segundo lugar, se redactaron artículos referentes a la organización política del país que aun cuando modificaron esencialmente el texto anterior para adecuarse también a los principios de la Revolución no representan un cambio de técnica socio-jurídica; y finalmente, se establecieron artículos nuevos que vienen a sintetizar la doctrina social y política de la Revolución, muchos de cuyos aspectos fueron en ese momento la legislación más avanzada del mundo en materia de justicia social.

La introducción de la Doctrina Calvo en el texto del Artículo 27 de la Constitución viene a formar parte del tercer grupo mencionado ya que establece un requisito de validez para que los extranjeros puedan

adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones, el que previamente convengan con el gobierno mexicano en considerarse en igualdad a los nacionales, ya que la intromisión de las misiones diplomáticas en los asuntos internos del país se había propiciado a través de la adquisición de bienes inmuebles por parte de extranjeros, permitiéndose así que en el ámbito internacional las grandes potencias militares trataran de hacer valer extraterritorialmente sus leyes con el aparente pretexto de proteger a sus nacionales.

El espíritu del artículo 27 y su texto mismo nos lleva a considerar que la Doctrina Calvo ha quedado aceptada por nuestra legislación contenida en una cláusula que reviste los dos aspectos que generalmente le atribuye la doctrina: la cláusula legislativa y la cláusula contractual.

Se trata de una cláusula legislativa en tanto que su contenido forma parte de un texto legal fundamental, y el cual, al mismo tiempo que determina la capacidad de los extranjeros en esta materia, condiciona la validez de su derecho a la aceptación del texto legal.

Constituye una cláusula contractual en tanto que exige que el extranjero está obligado a celebrar convenio a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores para aceptar su texto a fin de colocarse en una situación de igualdad con el nacional que adquiere bienes inmuebles.

Esta situación del doble aspecto de la cláusula Calvo que al momento de redactarse el texto constitucional constituía una avanzada dentro de las relaciones internacionales para colocar a los países en un pie de igualdad y evitar la interposición diplomática como sistema de extorsión por parte de las naciones militarmente poderosas, constituye en la actualidad una modalidad obsoleta en relación a la nueva política internacional basada en la colaboración con tendencia a la integración primeramente regional y posteriormente universal.

El momento histórico en que los estados se veían obligados a pactar con los particulares convenios como el que estipula la cláusula Calvo contractual para poder oponerla a cualquier intento de reclamación diplomática, ha terminado; actualmente es indiscutible en el ámbito del Derecho Internacional que cada estado en razón de su autonomía está capacitado para establecer en su legislación interna las limitaciones que estime convenientes respecto a los derechos que los extranjeros puedan obtener en su territorio.

Asimismo, es indudable que cada estado está en plena libertad de regular su estructura política y económica en la forma que responda a las necesidades del bien común de sus nacionales y que ningún extranjero puede pretender que se acepten en su beneficio prerrogativas o privilegios que excedan o simplemente que igualen a los que corresponden a los nacionales.

El reconocimiento por todos los miembros de la Organización de las Naciones Unidas de la Declaración de los derechos humanos ha venido

a establecer cuáles son aquellas garantías legales y sociales que todo estado debe de respetar en beneficio no solamente de sus nacionales sino también de cualquier otra persona humana sin consideración a su nacionalidad, raza, religión o condición social y económica, por lo cual, todo estado que respete estos derechos humanos no tiene obligación de reconocer ningún otro derecho especial o privilegiado a los extranjeros.

Tomando en cuenta estas consideraciones es posible pensar que en el momento actual es inútil exigir la cláusula Calvo contractual; bastaría que la Constitución establezca que cualquier extranjero que adquiera el dominio de las tierras, aguas, y accesiones, dentro del territorio nacional será considerado respecto a esos derechos en igualdad de condiciones que los mexicanos, para que la cláusula Calvo legislativa le sea aplicada imperativamente.

Ninguna persona puede pretender que goza de un derecho que no esté consagrado por las leyes del lugar donde se encuentran los bienes sobre los cuales ha obtenido tal derecho: mucho menos puede una persona pretender que su derecho está sujeto a modalidades especiales que no deriven de la propia ley, y especialmente cuando se pretenda que esas modalidades deriven de una condición particular del sujeto titular de los derechos como puede ser la de su nacionalidad.

Las misiones diplomáticas acreditadas ante un gobierno jamás podrán presuponer que puede exigir para los nacionales de su país el respeto de un derecho que no esté consagrado por las leyes territoriales de la nación donde se adquirió ese derecho, pero con mayor razón no podrán pretender invocar un derecho que pugne contra texto expreso de las leyes nacionales.

Si es un principio general de derecho que nadie puede alegar en su provecho la ignorancia de las leyes, con mayor razón este principio debe aplicarse respecto a los extranjeros que adquieren derechos en el país, pues si cualquier persona tiene la obligación como corolario del principio mencionado de allegarse el conocimiento de las normas jurídicas que regulan los derechos que pretende obtener en su favor al realizar cualquier acto jurídico, aquél que desea realizar actos jurídicos cuyas consecuencias van a producir efectos en un país extranjero está mayormente obligado a ser más cauteloso y obtener la debida información respecto de las consecuencias y alcance legal de los actos que desea realizar y que trascenderán a un sistema normativo distinto del de su país.

Por todo ello afirmamos que actualmente es ya innecesario que el artículo 27 de la Constitución y su Ley Reglamentaria de la Fracción I exijan que el extranjero celebre un convenio con el Gobierno Mexicano a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores para considerarse en igualdad de condiciones que el nacional, pues bastaría que la propia Constitución establezca imperativamente que todo extranjero que adquiera el dominio sobre tierras, aguas o sus accesiones será considerado respecto a los bienes que adquiera como mexicano, para que ese pre-

cepto legal surta sus efectos sin requerir una aceptación previa por parte del extranjero, ya que las leyes vigentes tienen plena fuerza de aplicación sin que para ello se requiera una aceptación expresa de quienes se colocan en sus presupuestos.

Si la Constitución ha sido objeto de innumerables reformas, muchas de ellas incidiendo en los mismos artículos, no hay razón para no promover una reforma tan importante como ésta que sustrae del terreno consensual una modalidad del derecho de propiedad trascendental para evitar que existan desigualdades ofensivas a los intereses de la Nación.

La sanción que impone el incumplimiento del convenio que se celebra con el Gobierno mexicano tampoco necesita tener el carácter de pena convencional para que tenga plena validez. Toda ley imperativa debe establecer sanciones para el caso de incumplimiento, pues de lo contrario carecería de valor jurídico; y cuando una ley es de interés público la sanción debe de ser más grave precisamente por los valores que están en juego y cuya protección sanciona la ley. De aquí deducimos que sin necesidad de convenio expreso y solamente por mandato legal la Constitución puede imponer como sanción para el extranjero que invoque la protección de su gobierno respecto a derechos que hubiere adquirido sobre el dominio de tierras, aguas o sus accesiones en territorio mexicano la pérdida de dicho bien en beneficio de la Nación mexicana.

Las modalidades de los derechos que los extranjeros pueden adquirir en el país no están sujetos a la literalidad del título que lo funde sino al conjunto de preceptos legales que rigen tales derechos, y naturalmente donde no existe razón para establecer derechos de privilegio nadie puede invocar derechos especiales; si la ley en nuestro sistema jurídico establece la igualdad de todos los mexicanos con mayor razón tiene que establecerla respecto a los extranjeros, ya que aún legítimamente puede establecer modalidades que impliquen limitación a su capacidad para la adquisición o ejercicio de determinados derechos.

Para poder precisar la razón que determinó la inclusión de la cláusula Calvo en la Constitución Política es conveniente analizar los antecedentes históricos de este precepto ya que toda norma jurídica debe de responder a una necesidad social toda vez que cualquier ley que se establezca arbitrariamente sin que obedezca a la necesidad de regular debidamente la conducta social del hombre vendría a constituir una disposición dictatorial sujeta desde su nacimiento a dejar de ser obedecida, ya sea por injusta o por ser de imposible acatamiento.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

Carlos Calvo en su libro de Derecho Internacional Teórico y Práctico, de Europa y América, publicado en París en 1868, al tratar de los

deberes mutuos de los estados insiste con toda precisión en la igualdad de las naciones frente al Derecho Internacional, de donde deriva las consecuencias lógicas de que los nacionales de todos los estados tienen iguales derechos y que por tanto cuando se establecen en un país extranjero quedan sujetos a las leyes de ese país sin que puedan invocar privilegios especiales que pretendan establecer una desigualdad entre los derechos de las naciones o una situación que implique que los nacionales de un país merecen especiales consideraciones respecto a los súbditos de otras nacionalidades.

Hace el autor un análisis del desarrollo de los problemas que se originaron en la porción española de América con motivo de su independencia y la formación de nuevas naciones en territorios que anteriormente estuvieron sometidos a la dominación española; reconoce que estos territorios desde su emancipación política han sostenido continuas luchas que han sido indispensables para salvar la distancia que separaba esas colonias de los principios de la civilización moderna.

Refiere las distintas intervenciones que los estados europeos han realizado en América con el pretexto de hacer efectivas las cuantiosas y exageradas reclamaciones presentadas con motivo de daños sufridos por sus súbditos, y las cuales dieron lugar a que se pretendiera aplicar la que él llama "la regla inglesa" que consiste en el empleo de la fuerza según las circunstancias para satisfacer las demandas de indemnización presentadas por sus agentes diplomáticos en apoyo de sus propios súbditos.

Calvo analiza con toda serenidad y con estricto apego a la verdad histórica el propósito de aventura y de lucro que preponderaba en los europeos que venían a establecerse en el Continente Americano, y lógicamente obtiene la conclusión de que frente a esos propósitos el extranjero debe necesariamente considerar los riesgos que implica el establecimiento y desarrollo de su propia empresa, razón por la cual es insostenible e injustificada cualquier teoría que pretenda establecer responsabilidad para las naciones americanas, ya que no se trata de juzgar si en algunos países los procedimientos son más lentos o si en otros ofrecen mayores garantías a los litigantes, sino el hecho de que existe un trato igual para los extranjeros y para los naturales.

De este valiosísimo estudio se desprende el fundamento de la doctrina que sustenta y que por tanto se conoce con el nombre de Doctrina Calvo, estableciendo que es inadmisibles y contrario a los principios del Derecho Internacional que los extranjeros puedan gozar de mayores derechos que los naturales, y que este privilegio que se pretende extender a los extranjeros esté fundado en la posibilidad que tienen las naciones fuertes de hacer uso de la fuerza para sostener las demandas de sus súbditos.

La repercusión que tuvo esta tesis de Calvo en las relaciones entre los países de Europa y los de América vino a establecer como un principio de Derecho Internacional sostenido por todos los estados latinoamericanos

que los extranjeros al adquirir bienes en otros países deben ser considerados con igualdad de derechos respecto de los nacionales, y que por tanto, solicitar la protección de su gobierno en relación con esos bienes equivale a gozar de mayores garantías que los naturales.

Esta doctrina tuvo una aplicación inmediata cuando los estados latinoamericanos para prevenir futuros conflictos originados precisamente por reclamaciones de gobiernos extranjeros por concepto de indemnizaciones en caso de daños o incumplimiento de contratos, determinaron establecer en los contratos celebrados con extranjeros y en las concesiones otorgadas a éstos, que respecto a todos los derechos derivados en su favor de esos contratos o concesiones el extranjero sería considerado en igualdad con los nacionales, y que por tanto, el extranjero adquiere la obligación de no solicitar la protección de su gobierno en todo lo relacionado con los derechos derivados de ese contrato o concesión.

Esta fórmula que establece la aceptación del extranjero de la Doctrina Calvo al celebrar un contrato o al aceptar una concesión vino a concretar la doctrina en el uso de una cláusula que establece los puntos básicos del enunciado de Calvo, y es de esta manera como deriva de la Doctrina Calvo la Cláusula Calvo inicialmente de carácter contractual para posteriormente establecerse como un principio legal y complementar el propósito de no intervención contenido en los principios enunciados por Carlos Calvo mediante una cláusula legislativa de carácter general e imperativo.

Los tratadistas de Derecho Internacional han dividido sus opiniones al respecto a pesar de que los fundamentos y argumentaciones propuestos por Carlos Calvo son incontrovertibles y están establecidos con estricto apego a los principios de la justicia internacional, sin embargo, casi todos los tratadistas europeos niegan valor a la doctrina Calvo, y algunos de ellos simplemente la desestiman sin mayores argumentos mencionándola como inoperante.

En parte esta actitud de los europeos obedece a consideraciones de tipo político que tratan de justificar la conducta seguida por sus propios países en relación a las reclamaciones presentadas ante los gobiernos latinoamericanos; en parte también se debe a que dichos autores no han llegado a precisar el alcance de la doctrina Calvo y juzgan excesivas las consecuencias que produciría su aceptación.

Es necesario aclarar, aunque sea evidente considerando los argumentos presentados por Calvo, que la dictrina que estudiamos no pretende establecer el derecho para los estados de negar la existencia de los derechos legítimamente adquiridos por los extranjeros en su territorio, ni tampoco tiene como propósito atropellar impunemente esos derechos de los extranjeros.

La doctrina Calvo reconoce el derecho de los extranjeros puesto que lo que limita es que la defensa de los mismos se realice por medio de la protección de gobiernos extranjeros que implica evidentemente un acto

de intervención por parte de un estado en los asuntos internos de otros estado.

Exige el principio del sistema propuesto por Calvo que todo extranjero que adquiere derechos en un país tenga un trato de igualdad con los nacionales, que se someta a las leyes y a las autoridades del país donde ha obtenido esos derechos y que renuncie a solicitar la protección de su gobierno.

Los tratadistas europeos impugnan la doctrina Calvo manifestando que la relación jurídica que establece el vínculo de nacionalidad entre una persona y el gobierno de su país es de orden público, y que por tanto, no compete al particular renunciar a la protección de su gobierno y que éste tiene derecho indudable para vigilar el bienestar de sus súbditos y por tanto extenderles su protección.

Este solo enunciado nos hace entender la falta de comprensión en cuanto al alcance de la doctrina Calvo, pues al igual que su autor fundamentó la injusticia producida por el hecho de que los extranjeros gocen de mayores derechos que los nacionales, así como que los estados militarmente fuertes hagan un uso ilícito de la fuerza para sostener privilegios en beneficio de sus súbditos; Carlos Calvo no pretende establecer que el extranjero quede indefenso o que los estados apoyándose en su doctrina realicen en perjuicio de los extranjeros actos discriminatorios que los priven de sus derechos, o que se les desconozcan éstos sin fundamento legal.

Equiparar al extranjero con el nacional no puede nunca constituir una ofensa para el extranjero, por el contrario viene a afirmar el principio de igualdad de los estados al colocar a los nacionales de diversos estados en igualdad de trato que a los propios nacionales.

Es natural, y así proceden los países cuyos autores pretenden desconocer la validez de la doctrina Calvo, que cada estado pueda establecer limitaciones e incapacidades para los extranjeros respecto a los derechos que pueden adquirir en su territorio, pues el trato equiparable al de los nacionales que establece la doctrina Calvo se refiere al caso en que el extranjero adquiere legítimamente un derecho conforme a las leyes del país.

III. ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION

Desde su independencia México ha tenido la preocupación de establecer legalmente los derechos que pueden adquirir los extranjeros en su territorio y en especial cuando se refieren al dominio de la tierra, aguas y sus accesiones.

Es necesario recordar que no todos los residentes de la Nueva España obtuvieron la nacionalidad mexicana con motivo de la Independencia, y que por tanto desde este primer momento hubo necesidad de deslindar los derechos de los extranjeros, especialmente de los españoles que se

quedaron como residentes o que abandonaron el país al liberarse éste de la dominación española, sin embargo preocupados los gobiernos mexicanos por colonizar al país se procuraba dar facilidades a los extranjeros para adquirir tierras, y ya desde las primeras leyes sobre colonización como la de 18 de agosto de 1824 se les ofrecía seguridad en sus personas y en sus propiedades, con tal que se sujeten a las leyes del país.

El proyecto de 30 de junio de 1840 para reformar las Leyes constitucionales de 1836, establecía que los extranjeros introducidos legalmente en la República gozaran de la libertad de adquirir propiedades raíces, con tal que primero se naturalicen en ella, casen con mexicana, y se arreglen a lo demás que prescriba la ley relativa a estas adquisiciones. Esta disposición que no llegó a aprobarse prácticamente prohibía a los extranjeros la adquisición de tierras en la República.

En general podemos afirmar que las leyes no establecían restricciones o prohibiciones para que los extranjeros adquirieran propiedades en el territorio de la República, pero según el caso se pretendía en algunas leyes privarlos de su nacionalidad ya que se tenía confusión entre el concepto de nacionalidad y el de vecindamiento.

Antes de que surgiera el concepto del estado nacional o sea de acuerdo con el régimen feudal fincado en la tenencia de la tierra quien se vecindaba quedaba legalmente sujeto a la potestad del señor feudal, y este concepto de servidumbre o vasallaje que se manifestaba no sólo por la obligación de pagar tributo, de jurar lealtad y de tomar arraigo, sino también por la sumisión a la jurisdicción del lugar y a las leyes de la tierra, no permitía que algún otro señor pudiera alegar derecho a proteger a un vecindado o vasallo de otro señorío.

La evolución del señorío o reino en su sentido político y social para dar nacimiento al concepto moderno de estado puso las bases fundamentales para distinguir el concepto simple de vecindad con el de nacionalidad, o sea se trasmutó la vinculación jurídica que determinaba la sujeción del individuo a una legislación exclusivamente territorial fincada en la residencia o vecindad, a la de una vinculación jurídica fundada en conceptos de tipo sociológico que asimilando a los grupos humanos por características de comunidad social basada en igualdad de raza, de lengua, de costumbres y aún de religión determinó la formación de grupos nacionales y por ende la concepción del estado nacional.

Este nuevo concepto dio lugar a la elaboración de las primeras doctrinas sobre nacionalidad que vinculan al individuo no ya con la tierra sino con el estado; éste a su vez concebido no como la personalización de la autoridad en el monarca, sino como la entidad funcional que tiene como fin el bien común de la nación.

La concepción original de nación que trató de identificar el concepto jurídico de nacionalidad que vincula al individuo con el estado, con el concepto sociológico de nacionalidad que vincula al individuo con un grupo de características sociológicas similares, hizo concebir como medio

de atribución de la nacionalidad el *ius sanguinis*, y por tanto se desarrolló el concepto de jurisdicción extraterritorial del estado en relación a sus nacionales el cual prontamente se convirtió más en un supuesto derecho del estado de hacer suyos los intereses adquiridos por sus nacionales en el extranjero que en la posibilidad de ejercer directamente sobre la persona del nacional un derecho de jurisdicción, y así se inició el concepto de protección del nacional cuando sale del territorio de su estado.

Conviene también recordar que las vicisitudes que surgieron de la política del equilibrio de la fuerza que se desarrolló con el supuesto propósito de conservar la paz, dio lugar a la formación de las llamadas grandes potencias, y que éstas pretendieron y siguen haciéndolo, usar su poderío militar para defender los intereses de sus nacionales adquiridos en países extranjeros aun en contra de las leyes que justamente y por propio derecho tiene cada estado de determinar en su legislación las modalidades del derecho de propiedad y las limitaciones para el extranjero en el ejercicio de este derecho.

Independientemente de esto en nuestro país se distinguen claramente dos corrientes de pensamiento en relación a la tenencia de la tierra por extranjeros, las cuales pudiéramos resumir en la siguiente forma:

Una que tiene propósitos que llamaremos demográficos, y que fundamentalmente tratan de incrementar la población del país y el número de los mexicanos utilizando como atractivo para ello el deseo de los extranjeros que se vecindan en el país de adquirir bienes raíces.

Otra la de evitar que las naciones extranjeras pretendan entrometerse en los asuntos internos del país con el pretexto de proteger los derechos de sus nacionales.

Pero inicialmente ninguno de estos dos conceptos se fijó en el problema fundamental de impedir que los extranjeros pretendieran a través de la interposición diplomática obtener mayores derechos que los nacionales a pesar de que la historia de nuestras relaciones diplomáticas, en especial con los Estados Unidos, Inglaterra y Francia, nos presenta innumerables casos de reclamaciones presentadas por los gobiernos extranjeros en defensa de los intereses de sus nacionales, algunas de ellas apoyadas inclusive por la fuerza de las armas.

Así algunas de nuestras leyes fundamentales trataron de conceder la nacionalidad mexicana a los extranjeros por el sólo hecho de adquirir propiedades en el territorio nacional, y digo trataron de conceder la nacionalidad aun cuando la norma sea categórica al establecerlo, porque la experiencia nos reveló que ninguno de estos extranjeros naturalizados, se puede decir contra su voluntad, se sintieron alguna vez como mexicanos, y siempre siguieron considerándose como extranjeros, y en especial cuando se trató de la defensa de sus intereses al recurrir a la interposición diplomática.

Así por ejemplo, en la Constitución Política de la Monarquía Espa-

ñola, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812 se otorgaba la nacionalidad española por el sólo hecho de llevar diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía; el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822 facultaba al emperador en su artículo 8º admitir al derecho del sufragio a los extranjeros que adquieran propiedad territorial por la que paguen contribución al estado.

El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 25 de agosto de 1842, en su artículo 14 estableció que son mexicanos los extranjeros que adquieren legítimamente bienes raíces en la República; y lo confirma el Voto Particular de la Minoría de la Comisión Constituyente de 1842, formulado el día 26 de agosto de ese mismo año; en cambio en el Segundo Proyecto formulado el 2 de noviembre de 1842 se omite esa atribución de nacionalidad.

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a los Decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, concedía a los extranjeros que adquieren bienes raíces en la República, si la piden, y sin otro requisito, carta de naturaleza, e igual provisión se consignó en el artículo 13 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856.

De estos textos citados, en algunos de los cuales se concede al extranjero la nacionalidad mexicana por el hecho de adquirir bienes raíces en el país aun sin su voluntad, y en otros se les concede el derecho de obtener la nacionalidad mexicana sin más requisito que el de adquirir bienes raíces, llegamos a la conclusión de que los propósitos del legislador tenían finalidades demográficas o sea incrementar el número de los mexicanos a través del derecho de propiedad, pero nunca se pensó en atribuirles la nacionalidad con el propósito de sustraerlos a la protección de su país de origen.

IV. LA APARICION DE LA CLAUSULA CALVO EN MEXICO

Ahora veamos el texto del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de diez de abril de 1865, el cual en su artículo 53 declara que son mexicanos los extranjeros que adquieren en el Imperio propiedad territorial, de cualquier género, por el sólo hecho de adquirirla.

Aparentemente sólo se reprodujo el texto de alguna de las constituciones de la República, y si fuera así, dada la escasa duración en su vigencia de este Estatuto y las bases tan falsas y contrarias a la voluntad de la nación que propiciaron el establecimiento de un Imperio apoyado en bayonetas invasoras y encomendado a un príncipe extranjero, no hubiera sido objeto siquiera de una mención en este trabajo; más el aspecto jurídico presenta la situación más interesante de la aplicación

de la cláusula Calvo, ya que inmediatamente se promulgó la siguiente circular:

“Ministerio de Estado

Orizava, mayo 18 de 1865.

Habiendo tomado en consideración el Emperador las dudas que se han suscitado, sobre la inteligencia que deberá darse a la fracción última del artículo 53 del Estatuto, S.M. se ha servido declarar, que la calidad de mexicano, atribuida a los extranjeros que adquieran propiedad territorial en el Imperio no incluye la privación de la nacionalidad propia del individuo, y solamente resuelve que el adquirente, sea cual sea su título será considerado como mexicano en todo lo concerniente a las obligaciones, servicios y gravámenes que en cualquier manera puedan afectar la propiedad; pues respecto de ellos y sus accidentes, el adquirente no tendrá otros, ni más derechos, que los que tendría un mexicano.

Por el Emperador, El Ministro de Negocios Extranjeros, encargado del Ministerio de Estado, Ramírez.”

Esta circular claramente establece un propósito totalmente diverso al que había inspirado los preceptos constitucionales anteriores ya que con toda claridad determina que no se trata de premiar al extranjero que adquiere bienes raíces otorgándole o facilitándole el derecho de obtener la nacionalidad mexicana, sino que el propósito fundamental es que no pueda pretender otros, ni más derechos que los que corresponden a un mexicano.

No cabe duda que en esta circular encontramos muy claramente expresados los mismos conceptos que inspiraron a Carlos Calvo para formular su doctrina y de allí derivar el precepto que se conoce con el nombre de cláusula Calvo.

La fecha de la Circular comparada con la fecha de la publicación hecha en París por Calvo, nos revelan que ninguno de los dos documentos sirvió de inspiración al otro, sino que como ha ocurrido muchas veces en las ciencias, en la filosofía y en el pensamiento jurídico, la necesidad de resolver los mismos problemas ha llevado a los estudiosos a encontrar separadamente pero en la misma época las mismas soluciones; de aquí que podamos decir que México tiene derecho a la paternidad de esta doctrina al igual que el argentino Carlos Calvo.

Aun cuando no hay un documento idóneo que lo acredite, la historia y sus fuentes documentales nos enseñan que el que fue distinguido jurista mexicano don Teodosio Lares, quien inspiró toda la legislación que se promulgó o simplemente se proyectó para establecer las bases jurídicas del infortunado segundo imperio mexicano, y con base en ello podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la circular antes copiada fue redactada por él.

Don Teodosio Lares formuló varias leyes y códigos importantes que han sido siempre admirados por los estudiosos del derecho mexicano, y que han servido de base para la redacción de leyes y códigos expedidos después de la restauración de la República, sin embargo nunca se le ha rendido un homenaje que mucho se merece como una de las más preclaras mentes dentro de la lista de juristas mexicanos, debido a que cometió el error de abrazar una causa política que nunca fue ni ha sido satisfactoria para la gran mayoría de los mexicanos, sin embargo debemos de reconocer con lealtad dos cosas; la primera, que muchos hombres de ciencia cuando han aparecido en el foro político se han equivocado de camino, posiblemente porque su mayor preocupación ha sido dedicarse por entero al estudio; y segundo, que no se adhirió a esa causa por móviles utilitarios o bastardos; y por tanto al juzgarlo debemos de hacer una cuidadosa dicotomía entre el jurista y el político.

Cuando estemos dispuestos a escribir la historia de nuestra patria con serenidad, apartados de los odios insanos que engendra la pasión política, reconoceremos en cada uno de nuestros hombres públicos sus cualidades y sus defectos, y el día que esto hagamos no quedará otro camino que reconocer la valía de primera figura que como jurista fue don Teodosio Lares.

Así al hablar de la igualdad de derechos que respecto a la tierra, el agua, y sus accesiones, deben de aceptar los extranjeros en relación a las que corresponden a los mexicanos, deberemos hablar de la doctrina Lares, por haber sido él quien primero la expresó en un texto legal mexicano.

V. VALIDEZ DE LA CLAUSULA CALVO

Entre los publicistas europeos del Derecho Internacional, que por hoy son la gran mayoría, hay dos posturas frente a la cláusula Calvo, unos no se ocupan de ella o simplemente la mencionan en tres líneas del texto, y otros, la impugnan aduciendo que el derecho de protección de los súbditos es un derecho del cual son titulares los estados y que por tanto ningún individuo puede renunciar válidamente a un derecho que no le es propio, y la mayoría opina que el estado tiene la libertad de ejercer ese derecho de protección aun en contra de la voluntad del súbdito que ha sido víctima o de sus familiares.

Es por ello que primero debemos hacer una distinción entre los casos que caen bajo los presupuestos de la doctrina Calvo y los casos de ofensa a un estado o de violación de las normas ya sean contractuales o consuetudinarias del Derecho Internacional.

En el segundo planteamiento o sea cuando un estado incurre en responsabilidad frente a otro estado, es indudable el derecho del estado ofendido para reclamar por la vía diplomática o jurisdiccional la

reparación del daño; pero en el primer caso o sea el de la aplicación de la cláusula Calvo, debemos rechazar esta opinión, ya que lo que está en disputa no es el derecho de protección que el estado tiene respecto a sus súbditos, sino el derecho del estado territorial de no conceder más derechos a los extranjeros que a los nacionales.

Es por tanto indudable que la doctrina Calvo tiene plena validez, pues su autor no pretendió establecer un nuevo derecho para los estados sino simplemente instrumentar la forma de hacer eficaz ese derecho; es en este pensamiento donde vemos la similitud de ideas entre Calvo y Lares, ya que la preocupación de ambos no fue la de privar al extranjero de su nacionalidad, ni tampoco del derecho a ser protegido por el estado del cual es nacional, sino que ambos expusieron muy concretamente su posición al determinar que el extranjero al adquirir derechos territoriales se equiparará para el ejercicio de éstos a los que la ley otorga a los nacionales.

Es incuestionable que la cláusula Calvo obedeció a una necesidad provocada por el abuso de la fuerza que las potencias europeas realizaron en múltiples ocasiones en relación a los países latinoamericanos, pero también es necesario reflexionar si sigue respondiendo a una situación real de necesidad social o jurídica; y me refiero especialmente a la cláusula Calvo contractual que ya antes calificué de obsoleta.

Considero que desde la época en que Carlos Calvo enunció su doctrina, misma época en la que Teodosio Lares redactó la circular que transcribo, el Derecho Internacional ha evolucionado notablemente y que por tanto a la luz de la práctica actual de los estados debemos revisar este aspecto.

Primeramente diremos que se ha admitido el principio de que los estados tienen, en virtud de su independencia y del derecho de autodeterminación de sus pueblos, la libertad de legislar en relación a los derechos y modalidades que se refieren a la propiedad territorial y a su aprovechamiento, sin más limitación que el respeto a los Derechos Humanos universalmente reconocidos, por lo que los extranjeros que adquieren bienes inmuebles tienen necesariamente que regirse por las leyes del estado territorial.

Segundo, el Derecho Internacional propende cada día más a formular tratados de tipo normativo con vigencia universal creando una verdadera legislación internacional, y dejando los tratados-contrato para el sólo objeto de relaciones específicas ya sean bilaterales o multilaterales a fin de prevenir, evitar o resolver conflictos que puedan surgir entre los estados.

Tercero, no se puede aceptar que exista responsabilidad internacional para un estado que aplica su legislación interna a los extranjeros, salvo como ya dijimos cuando se violan los derechos humanos.

En conclusión considero que la doctrina Calvo debe actualmente limi-

tarse a su incorporación en las leyes de los estados para darle plena vigencia.

Siguiendo este pensamiento diré que basta con que el artículo 27 de la Constitución vigente diga que todo extranjero que adquiera tierras, aguas y sus accesiones en territorio de la República será considerado siempre como mexicano respecto a los derechos que adquiera y por el sólo hecho de adquirirlos para que se haga innecesario celebrar un convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores para confirmarlo.

Inclusive al establecer la Constitución la pena consistente en la pérdida de los bienes o derechos adquiridos por el extranjero si éste solicita la protección de su gobierno, no se hace tampoco necesario que el extranjero convencionalmente la reconozca.

Estos convenios que se celebran parecen suponer que la vigencia del artículo 27 constitucional depende de su aceptación en cada caso por los extranjeros, lo cual es obsoleto, ya que la generalidad de la ley cuyo desconocimiento no puede aprovechar a persona alguna, es suficiente para que sea efectiva y aplicable, así como para que la sanción pueda ser impuesta a quien la viole.

Por todo ello consideramos que la doctrina Calvo, que nosotros deberíamos llamar doctrina Lares, tiene plena validez conforme a nuestra Constitución y que salvo su adecuación a las circunstancias actuales que hemos apuntado, debe de seguir formando parte de nuestra Carta fundamental.

LAS VIVENCIAS DE JUSTICIA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL INDIVIDUO HUMANO

LIC. MIGUEL VILLORO TORANZO
*Profesor de Filosofía del Derecho
 en la Universidad Iberoamericana
 y en la Escuela Libre de Derecho*

La vivencia espontánea de los derechos subjetivos propios

Todos hablamos de derechos. Los sentimos, los vivimos como algo evidente que no necesita demostración. No se requiere mucho desarrollo de la razón para tener conciencia de ellos. Quítensele a un niño sus juguetes y se sentirá lastimado en sus derechos, aunque sea incapaz de expresar con palabras su sentimiento. La justicia se empieza a vivir mucho antes que se pueda razonar. Y se empieza a vivir en los derechos propios. Nadie es más consciente de la existencia de la justicia, o mejor, de que debe haber justicia, que aquel que ha sufrido un ataque en sus derechos. Derechos propios y vivencias de justicia son conceptos hermanos: los derechos propios expresan lo que se me debe en justicia; las vivencias de justicia son los actos de conciencia, nacidos de la integridad de mi ser humano, que proclaman mis derechos (o los derechos de otros).

Y así como el ser humano percibe espontáneamente sus derechos mucho antes de que sea capaz de razonarlos, del mismo modo los pueblos más primitivos descubren y viven sus propios derechos aunque no hayan elaborado una explicación coherente de su naturaleza. Si se les ataca, se sienten injustamente agredidos, se defenderán y elaborarán teorías para racionalizar la defensa de sus derechos. La espontaneidad con que se viven los derechos propios es un fenómeno universal, presente en todos los individuos y en todos los grupos humanos. Cuando se reunió la comisión de la UNESCO para redactar lo que hoy se conoce como la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* de 1948, a pesar de que existía diversidad de ideologías y hasta oposición entre las explicaciones teóricas de los miembros pertenecientes a diferentes países y sistemas políticos, hubo conformidad no sólo respecto de todo un catálogo de derechos humanos sino también sobre su contenido.

Se puede hablar así de un Derecho Natural espontáneo. Derecho: porque se vive como una exigencia que se puede reclamar a todos los demás y, en particular, al grupo social. Natural: porque se fundamenta en las tendencias de la naturaleza comunes a todos los hombres. Espontáneo: porque se vive existencialmente, antes incluso de razonarlo. Este Derecho

está muy emparentado con los instintos animales. A él se refiere el siguiente texto de las *Instituciones* de Justiniano:¹ "El Derecho Natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, porque el Derecho no es exclusivo del género humano, sino que es propio de todos los animales, los que viven en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí se originó la conjunción del macho y de la hembra, que entre nosotros se llama matrimonio; de aquí la procreación y educación de los hijos. En efecto, vemos que todos los demás animales se conforman a este Derecho en su experiencia".

El Derecho Natural espontáneo no es, por lo tanto, un sistema doctrinal, no es un conjunto de afirmaciones abstractas. El Derecho Natural espontáneo es un modo de reaccionar, de comportarse, de actuar, ante determinadas situaciones concretas. Al sentirse amenazado, se contrataca o se huye; al tener hambre, se reclama comida; el instinto sexual impulsa a buscar a una persona atractiva del otro sexo y a establecer relaciones sexuales y de convivencia con ella; la afirmación del propio yo procura el ser reconocido por otros como una persona valiosa, con honra y respeto; el *animus dominandi*, que no es más que una extensión (que puede desordenarse) de la afirmación del propio yo, se esfuerza por influir en las conductas ajenas, por supeditar las voluntades de los otros a la mía. Pero todo esto no se da en un mundo teórico, abstracto, sino en las situaciones concretas de la realidad.

Allí, en la realidad, se capta vivencialmente lo justo y lo injusto. Justo es lo que me favorece, lo que responde a mis tendencias naturales, lo que permite mi desarrollo y el desarrollo de mi mundo (de mi familia, de mi grupo social). Injusto es lo que me amenaza, lo que me frena, lo que me daña (a mí o a mi mundo).

El Derecho Natural espontáneo presupone la existencia de cierto orden natural o cósmico. Cada especie animal reacciona y se comporta de acuerdo con pautas de conducta que le son propias. Es verdad que hay determinadas conductas que son comunes a todos los seres vivos y otras a la mayor parte de ellos. Por ejemplo, al sentirse atacado, o se contrataca o se huye; al tener hambre, se busca alimento. Entre las especies dotadas de dos sexos es común la atracción hacia los miembros del sexo opuesto. Y lo común a los animales es lo que subraya el texto de Justiniano que acabamos de citar, por cierto tomando de Ulpiano.² En efecto, los juristas romanos entendían que los derechos humanos tienen su fundamento, no en la operación de la abstracción de la mente humana, ni tampoco en la graciosa concesión del soberano, sino en el orden de la realidad, en el orden cósmico. Pero la idea es mucho más antigua que Ulpiano, que murió en el año 228. Por lo menos desde Hesíodo (s. VIII a. C.),³ Pitágoras de Samos (ca. 580-500 a. C.)⁴ y Heráclito de Efeso (ca. 535-465 a. C.),⁵ en la cultura griega, y todavía antes en la cultura china,⁶ el hombre intuyó que, en alguna forma, la espontaneidad de los derechos es parte del orden legal del cosmos. Hoy no estamos muy lejos

de esa visión, cuando tratamos de entender a los derechos humanos —como pretendemos hacerlo en este trabajo— dentro del desarrollo evolutivo de la especie del *homo sapiens*.³⁰ 1991

Se pueden hacer algunas observaciones sobre el Derecho Natural espontáneo. La más importante es que pertenece a lo que Henry Bergson llama nivel de la moral cerrada, es decir, al tipo de vivencias de justicia que se aceptan más por interés personal o por egoísmo que por generosidad y atención a los derechos de los demás. Justo sería todo aquello que en alguna forma me beneficia, ya sea directamente porque permite la espontaneidad de mis tendencias, ya sea indirectamente porque fortalece a mi grupo y así acaba aprovechándose. Cuando la leona defiende a sus cachorros o un ciervo macho adulto protege a la manada, no actúan por amor sino porque ven a los cachorros o a la manada como parte de sí mismos. Se trata de respuestas puramente biológicas. Una situación análoga es la del hombre que en su casa aterroriza y desprecia a su mujer pero la defiende frente a extraños, porque cualquier ataque de éstos contra su mujer lo considera una agresión contra él mismo. Pero, a diferencia de otros animales, ese hombre racionaliza su conducta: para él, es injusta la agresión y es justo lo que él considera su derecho de dominio absoluto sobre su mujer. El Derecho Natural espontáneo abarca, por lo tanto, todas las vivencias que brotan espontáneamente de las energías biológicas y que, en el ser humano, son racionalizadas como justas; los demás animales lo viven instintiva y ciegamente, de acuerdo con las pautas de conducta que la evolución ha impreso en su especie; el hombre, puesto que tiene razón, no puede evitar vivirlo con alguna reflexión, lo cual le plantea un problema moral: puede dejarse arrastrar por sus tendencias biológicas, más o menos moldeadas por la cultura de su grupo, y entonces permanece encerrado en un mundo apenas supraanimal (de allí el nombre de "moral cerrada") o puede tratar de entender su situación respecto a los demás y en el mundo, puede abrirse a los derechos de otros, controlando y encauzando la espontaneidad de sus tendencias biológicas, y entonces comienza a vivir en el nivel de la "moral abierta", comienza a humanizarse.

Por enraizarse directamente en lo biológico, el Derecho Natural espontáneo percibe los derechos propios y resiente las injusticias con un vigor incomparable y con una evidencia que no tolera discusión. En efecto, ese Derecho está destinado a proteger lo más básico del ser vivo; su integridad física, su sobrevivencia, su necesidad de ser protegido por lo menos cuando es pequeño, su acceso a la comida y a la bebida, la sobrevivencia de su especie. Por eso, aunque las culturas pueden variar en la modalidad de la protección de esos valores, forzosamente todas ellas tienen que reconocerlos y edificarse a partir de ellos. Y otro tanto hay que decir de los individuos; si alguien es educado en un ambiente cultural que equivocadamente desconozca o combata alguno o varios de los valores biológicos básicos, desarrollará una personalidad desequilibrada. La mayor

parte de los traumas que tienen que combatir los psicólogos son el resultado de las fallas del ambiente cultural en la protección adecuada de los valores biológicos básicos: la desatención amorosa de unos padres ante el niño pequeño, modelos de sexualidad torcida, carencias de los bienes más necesarios, agresiones y violencias tanto más resentidas cuanto más indefenso se sentía el niño. Si se han violado esos valores, permanece el recuerdo vívido de las violaciones como un obstáculo a la integración equilibrada de la personalidad, más destructor todavía si ha sido repulsado el subconsciente.

Observamos también que el Derecho Natural espontáneo no se vive ni puede vivirse en forma idéntica en la especie humana y en otras especies animales. Por mucho que se rebaje el hombre a una conducta puramente animal, no deja de ser hombre, es decir, un ser con reflexión y libertad, un ser con tendencias superiores, que podrá ignorar y hasta conculcar pero que no puede hacer desaparecer por completo. Por eso, abandonarse a la pura animalidad es peor que degradarse como hombre, es convertirse en algo más dañino que una fiera. Las fieras sólo matan y hieren por hambre o para defenderse; el hombre es capaz de gozar del sufrimiento de otros, puede prolongar años su crueldad, llega incluso a defender como justo su sadismo. El hombre no puede evitar que algo de reflexión —y, por consiguiente, algo de responsabilidad— se introduzca en sus vivencias de justicia más espontáneas. Claro que esta reflexión se da a veces a un nivel mínimo de conciencia y hasta sin ella. Pero es todo el ser humano el que reacciona y, por lo tanto, también reacciona en cuanto ser inteligente. La grandeza y enorme responsabilidad del ser humano se fundamenta en el hecho que es un animal racional. Con la razón, apareció la conciencia moral. Es claro que la aparición de la razón en la especie humana fue preparada por el proceso evolutivo. Tiene, por consiguiente, bases en los sistemas nervioso y hormonal, sin los cuales no podría funcionar. Pero la razón es mucho más que una respuesta biológica (es decir, propia de todo ser vivo); es una respuesta humana y, como tal cargada de reflexión y de responsabilidad. La diferencia queda muy bien explicitada en la siguiente conclusión formulada por la etóloga Jane Van Lawick Goodall con apoyo en sus observaciones de chimpancés: “Es sólo al comenzar a considerar las cuestiones morales que están en juego cuando un ser humano implora el perdón de otro o cuando él mismo perdona, que nos metemos en apuros si tratamos de formular paralelos entre la conducta humana y la del chimpancé. En una sociedad de chimpancés, el principio que está en juego cuando un subordinado busca el ser tranquilizado por un superior o cuando un individuo de alta jerarquía calma a otro, no tiene nada que ver con la bondad o maldad del acto agresivo. Una hembra que es atacada por la única razón que resultó encontrarse demasiado cerca de la acometida de un macho, lo más probable es que se acercará al macho y le pedirá un gesto tranquilizador, de la misma manera que lo haría la hembra que

fue derribada por el macho cuando trató de quitarle algún fruto de su penca de plátanos. Una vez más, mientras podemos formular una comparación fidedigna entre los efectos producidos, ya sea en un angustiado chimpancé o en un ser humano, por un toque o un abrazo calmante, la cuestión se complica si investigamos las motivaciones que dirigen el gesto del simio o el acto apaciguador del ser humano. Porque los seres humanos son capaces de actuar por motivos completamente desinteresados; podemos sentir genuina lástima por alguien y tratar de compartir sus penas en un intento de confortarlo y ofrecerle consuelo [...] No es verosímil que un chimpancé actúe motivado por sentimientos como éstos; dudo que aun entre miembros de una familia, unidos como están por mutuos y fuertes lazos efectivos, puedan darse motivaciones de verdadero altruismo al tratarse unos a otros”.⁷ El ser humano que no quiere ser compasivo es peor que el chimpancé que no puede ser compasivo.

Por último observemos que la historia de todo individuo humano es la historia de su despertar a la reflexión o razón. Las vivencias de los derechos subjetivos propios están íntimamente ligadas con el descubrimiento y la percepción del propio yo: más aún, son una manifestación de su descubrimiento. Cuando es muy pequeño es cuando más se parece a otros animales, pues como ellos carece de reflexión y se comporta movido sólo por el egoísmo. “El amor innato del hijo por sus padres es un mito. El hijo ama a sus padres debido a que éstos satisfacen sus necesidades fundamentales, como podría amar a otra persona extraña que le prestara los mismos servicios”.⁸ Pero, en realidad, no los ama, si por amor se entiende la tendencia de la voluntad que quiere el bien para el ser amado, incluso a costa de sacrificios propios. El hijo pequeño se siente atraído por sus padres porque encuentra en ellos protección, seguridad, afecto, calor personal; podrá responder afectivamente al afecto de sus padres, pero sus motivaciones son esencialmente egoístas. Sólo a medida que aparece la reflexión empieza el niño a tener capacidad para amar. Entonces las energías emotivas y afectivas, que están potencialmente en el niño, comienzan a actuar junto con la razón para comprender a sus padres (y, a través de ellos, al mundo) y relacionarse con ellos (y con el mundo), mental y emocionalmente. La historia subsecuente varía mucho en cada individuo, pero siempre es la de los éxitos y fracasos del proceso de la humanización: permanecer en los límites egoístas de la moral cerrada o abrirse generosamente a los demás por el amor de acuerdo con la moral abierta, esos son los dos polos en función de los cuales el hombre puede manejar sus vivencias biológicamente espontáneas de justicia. Pero siempre hay que partir de ellas. El consenso logrado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre ya es mucho más que un acuerdo logrado sobre las vivencias básicas biológicas de justicia, ya incorpora experiencias comunes de moral abierta. Se construye sobre el Derecho Natural espontáneo pero lo supera. Es que el ser humano,

también espontáneamente, lleva en sí una potencialidad y afinidad de tender al Absoluto.

De la vivencia espontánea a la racionalización de los derechos

Acabamos de ver que el ser humano, por poseer su racionalidad como algo esencialmente presente en la integridad de su ser, no puede evitar el racionalizar sus vivencias biológicas más espontáneas. Nada parece más fácil que el encontrar justificaciones a las conductas propias. Lo que hago espontáneamente me parece tan natural que no puede ser más que justo. Ciertamente el sentido de la autocrítica no pertenece a las tendencias biológicas espontáneas del ser humano; hay que adquirirlo pacientemente tras un largo período de educación cultural o por un intenso esfuerzo moral personal. Lo normal es que demos por sentado que tenemos razón, que tenemos derecho a actuar espontáneamente. Es entonces cuando la palabra "racionalización" cobra el sentido propio que le dan los psicólogos. Las ideas y los argumentos son manejados como instrumentos de defensa; se dan razones aparentemente aceptables y, a través de ellas, se trata de ocultar los motivos y causas principales de la conducta pasada. Un alumno que fracasa en sus exámenes, trata de cubrir su falta de estudio achacando la falla al método inepto de un mal maestro o al poco tiempo que se le dio para preparar el examen. Un rico quiere evitar su responsabilidad de ayudar a los pobres, calificándolos de perezosos, ineptos y hasta borrachos. La razón es empleada, entonces, no en su función de instrumento que busca la verdad, sino como un mecanismo de defensa de las propias tendencias egoístas. Los derechos que así se proclaman no son más que formas racionales que expresan tendencias biológicas de protección y exaltación del propio yo. Pero así se ha comenzado a definir, a racionalizar, los derechos, tanto en la historia personal de cada individuo como en la historia de los pueblos. Moralmente el niño que considera su derecho el trato de favorito que recibe de alguno de sus padres está muy cerca del pueblo primitivo que considera su derecho el aprovechar su fuerza para saquear a otro pueblo o que el dueño de esclavos que no titubea en su derecho de poseer a otro ser humano. La única diferencia se podrá dar en que el niño tal vez encontrará resistencia a sus pretensiones en la cultura de su grupo, mientras que el pueblo primitivo apoya esas pretensiones por haberlas incorporado a su cultura. Pero reconozcamos que tanto el niño como el pueblo pueden proceder de buena fe; no se les podrá culpar mientras no tengan ocasión de salir de su moral cerrada. En efecto, un paso importante se ha dado: la reflexión ha obligado a razonar las tendencias espontáneas. Estas ya no se aceptan sin más, como fenómenos naturales justificables por sí mismos, sino de acuerdo con el nivel de moralidad que posee la cultura del grupo. Se ha pasado de la vida espontánea, ciega

e instintiva, de los animales a la vida de la responsabilidad, reflexiva y libre, de los seres humanos. Pero, al principio, es una responsabilidad que se acepta de los dictados del grupo, por el interés que tiene el individuo de formar parte del mismo. Es la responsabilidad de la moral cerrada.

Por construirse en torno de los intereses propios, la moral cerrada sólo admite un sujeto de los derechos: yo mismo. Los demás o están excluidos como sujetos de los derechos, o se les admite como tales en la medida que participan de mi yo. El dueño de esclavos estará de acuerdo en que su hijo también tiene derecho de darles órdenes, pues su hijo es parte de él. Los miembros de un pueblo conquistador se reconocen mutuamente el derecho de explotar a otro pueblo, pues todos ellos forman parte de la misma unidad social que es parte integrante del yo de cada uno de sus miembros. Pero —claro está— cuando se viven y se racionalizan los derechos en esta forma, lo que en realidad impera es la ley del más fuerte, o, si se prefiere, la ley de la selva, ya sea en las relaciones entre individuos o en aquellas que se dan entre pueblos o naciones. Por eso, primero entre los individuos y después entre los pueblos, la misma conveniencia ha ido imponiendo la necesidad de ir ampliando el sujeto de los derechos a otros fuera de mi yo. Criterio pragmático de justicia, todavía dentro de la moral cerrada: si yo quiero que se me reconozca un derecho, debo reconocérselo también por lo menos a aquel que hace posible la efectividad de mi derecho. Pequeña extensión de la racionalización de los derechos: ya son titulares de ellos por lo menos los miembros de un subgrupo, de una clase, de mi subgrupo o clase, lo cual significa que debo ampliar la noción de mi yo y comprender en ella tantos individuos cuantos, juntos, hacen posible mi afirmación y la de mis derechos. Pero un paso gigantesco se ha dado, un paso de racionalidad, que no son capaces de dar otras especies animales. El percibir que yo no soy ni puedo ser el único sujeto de los derechos que para mí reclamo, aunque esta percepción sea producto de razones utilitarias, ya me prepara a abrirme a otros, a iniciar una actitud de moral abierta. Por eso al principio que dice "no hagas a otro lo que no quieras te hagan a ti" se le ha llamado la regla de oro de la moral, porque es el principio de toda auténtica moral, digna del ser humano.

La regla de oro de la moral

Probablemente es tan antigua como la misma humanidad. El ser humano no posee las garras del tigre, no las fauces del león, ni la velocidad del ciervo, ni la fuerza de muchos animales. Física y fisiológicamente es mucho más débil que muchos de ellos. Pero, si ha sobrevivido con tanto éxito imponiéndose a las demás especies animales, es porque tiene inteligencia, una inteligencia que usada aisladamente por cada individuo

significa poca cosa, pero que unida a la inteligencia de otros individuos y acumulada en la cultura constituye la fuerza más poderosa de todos los seres vivos. Por eso la colaboración con otros individuos y la formación con ellos de un grupo son probablemente hechos tan antiguos como la misma humanidad. Y, para poder colaborar con otros, es necesario reconocerles los mismos derechos que uno reclama para sí, por lo menos en la forma negativa, utilitarista y pragmática: no hagas a otros lo que no quienes te hagan a ti.

Decimos que se trata de un principio negativo, puesto que sólo postula evitar daños, aquellos que no quiero sufrir yo. El espíritu que anima a este principio es evidentemente pragmático y utilitarista. Es pragmático porque no se remonta a teorías, a sistemas filosóficos; se limita a proponer una regla que funcione en la realidad. Es utilitarista, porque no busca grandes metas y el desarrollo de elevadas aspiraciones; se contenta con un resultado muy utilitario: evitar aquel tipo de conductas que yo considero son nocivas para mí.

La regla de oro ha sido acogida por casi todas las religiones. El Brahmaísmo la expresa así en el *Mahabharata* (5, 1517): "Nada hagas a otros que te dolería si te lo hiciesen a ti." Un texto budista dice: "No ofendas a los demás, como no quisieras verte ofendido." Confucio en *las Analectas* (15, XXIII): "Tsze-Kung preguntó: ¿Hay alguna palabra que pueda servir como regla práctica para toda la vida? El Maestro contestó: Esa palabra es reciprocidad. Lo que no quieras te hagan a ti, no lo hagas a los demás." Y el *Talmud*: "Lo que no quieras para ti, no lo quieras para tu prójimo. Esto es toda la Ley; lo demás es sólo comentario."

Pero también hay una formulación positiva de la regla de oro. Ya se encuentra en el siguiente precepto taoísta: "Sean para ti como tuyas las ganancias de tu prójimo y como tuyas sus pérdidas." Y todavía más claramente en el *Corán*: "Ninguno de vosotros será verdadero creyente a menos que desee para su hermano lo mismo que desea para sí mismo." Y, por supuesto, en las enseñanzas de Jesucristo: "Así, pues, todo cuanto quisiéreis que hagan los hombres con vosotros, así también vosotros hacedlo con ellos, porque ésta es la Ley y los Profetas" (*Mateo*, VII, 12; véase *Lucas*, VI, 31-48).

Entre las formulaciones negativa y positiva hay muchísimo más que una diferencia literaria. Es el paso de la moral cerrada a la moral abierta. Una cosa es ver al otro como un sujeto cuyos derechos debo respetar para que él respete los míos, y otra cosa es verlo como otro yo, como un hermano mío, tan digno de amor y comprensión como yo mismo. La fórmula negativa postula relaciones de no interferencia, que dejan aislados a los individuos; la positiva, relaciones de vinculación, que unen a los individuos por el amor y la mutua comprensión. En el primer caso se está muy cerca de la animalidad. Es verdad que ya se trata de una animalidad regulada por la razón, pero la razón sólo desempeña el papel de un instrumento que hace posible una vida animal menos cruel. En el

segundo caso, ya estamos en presencia de ideales de conducta eminentemente humanos. Sólo el individuo humano es capaz de ver a otro ser de su misma especie como un igual, y eso aunque el otro ser pertenezca a otro sexo o a otra clase social, aunque sea físicamente más débil y posea menor inteligencia, a pesar que tenga menos edad y experiencia. La moral cerrada se niega a ver a los otros como iguales; la abierta exige esa igualdad en respeto, atención y dignidad, como condición necesaria del crecimiento propio.

Sin embargo, la realidad de nuestras experiencias parece desmentir las pretensiones de la moral abierta. Todos somos diferentes: hay muchos grados de inteligencia, desde el genio al retrasado mental; el poder y la riqueza están desigualmente repartidos y ofrecen oportunidades muy diferentes; el sexo, la educación, la edad y la experiencia aumentan nuestras diferencias. ¿Cómo puede un ser humano considerar a otro como su igual en derechos, como su hermano en dignidad? Si la definición de los derechos dependiera únicamente de lo observado, todas las pretensiones de la moral abierta quedarían reducidas a un gran absurdo. Un pensamiento puramente intelectual no es capaz de ver más que la materialidad de los acontecimientos, su encadenamiento con el pasado y el futuro, su posición relativa en el conjunto de la realidad observada por la experiencia, aunque no puede determinar esa posición más que de un modo incompleto. En cambio, el sentido moral, que todos llevamos dentro, nos permite una visión más amplia, más humana, de las desigualdades que todos comprobamos, nos permite tener empatía. Por "empatía" se entiende la facultad que tiene todo ser humano de ponerse con la imaginación en el lugar del otro para vivir su situación concreta tal como él la vive, es el "carácter especial que pueden tener las vivencias, que consiste en que el sujeto participa de una situación o hecho objetivo mediante la comprensión afectiva del mismo."⁹ La visión que nos permite el sentido moral y sin la cual no habría moral abierta consiste en contemplar la realidad —sobre todo aquella que atañe a las relaciones humanas— en sus posibilidades de ser transformada en beneficio del hombre. Esta visión la tuvo que aprender el animal humano a través de la historia, del mismo modo que cada individuo humano la tiene que aprender a través de su propia vida. En uno y en otro caso juega un papel definitivo el proceso que los antropólogos, psicólogos y sociólogos llaman de *trial and error*, es decir, de ensayo y error, o, lo que sería mejor, de tanteos y equivocaciones, pues lo que se pretende indicar es que se buscan soluciones y, si éstas se demuestran equivocadas, se intentan nuevas soluciones. La historia enseñó así a los hombres que, mientras no reconozcan a los demás aquellos derechos que pretenden para sí mismos, no podrán obtener de ellos la colaboración necesaria para lograr la satisfacción de los propios intereses. La historia comunica, por lo tanto, una lección de moral cerrada. Pero la historia no enseña a amar, ni a sacrificarse por otro, ni siquiera a ser generosos con aquellos que

no necesitamos. Aquí es donde el sentido moral toma el relevo del proceso de ensayo y error y lo hace por medio de la empatía, enseñándonos a identificarnos vivencialmente con los problemas de los demás.

Pero también en la empatía podemos distinguir dos niveles. Hay una empatía de moral cerrada, casi animal, fuertemente enraizada en lo biológico. Es la que estudia Irenäus Eibl-Eibesfeldt, cuando se refiere al nacimiento de las normas éticas y de los vínculos que ligan a las personas.¹⁰ El conocimiento familiar de otro ser y de sus modos normales de reaccionar, diversas formas de contacto físico, el vínculo sexual, son, no sólo pautas que inhiben la agresión, sino también vehículos de vinculación con el otro que crean una empatía de tipo meramente animal. A nadie le extraña que un perro se enoje o se ponga triste cuando su amo está enojado o triste.

La empatía de la moral abierta se levanta sobre la empatía de la moral cerrada y de ningún modo puede prescindir de ella, pero ya es producto del sentido moral y de la razón; por eso es exclusiva del ser humano. Por la empatía de la moral abierta, se logra una visión de los demás seres humanos como personas: son mucho más que seres, cuyas penas y alegrías compartimos; son seres dignos del pleno desarrollo humano que les corresponde de acuerdo con sus realidades concretas respectivas. La empatía de moral cerrada puede darse y se da entre animales de especies diferentes. A ella pertenecen la compasión por el perro atropellado y la indignación al ver atormentar fríamente a un animal. La empatía de la moral abierta se dirige a otros seres humanos y, por eso, para que pueda darse, son necesarios los siguientes requisitos: a) Yo debo verme como persona. b) Debo ver al otro como persona. Y c) lo cual implica que debo poseer un mínimo de moral abierta.

Ya dijimos que las vivencias de los derechos subjetivos propios están íntimamente ligadas con el descubrimiento y la percepción del propio yo, es decir, con la revelación de mi yo como persona. Esto supone haber solucionado el problema de la propia identidad, lo cual, en los mejores casos, suele darse alrededor de los doce o trece años. Antes, cuando el niño o el púber habla de derechos, en realidad lo único que hace es racionalizar —y así justificar— sus tendencias espontáneas. Dejemos que un psicólogo nos explique el fenómeno. Agostino Gemelli escribe: "Hasta el cuarto año, el niño no reflexiona sobre la existencia del propio 'yo'. Si alguna vez lo percibe, es sin conocerlo. En realidad, en la infancia afirma su tendencia, sus necesidades, sus aspiraciones frente a la voluntad de los demás. Se encabrita pretendiendo que sus deseos y aspiraciones sean satisfechos. De hecho, las tendencias y deseos dominan toda la vida del niño, sin que este hecho exprese la afirmación de la personalidad del niño por ser necesario que se conozca el 'yo' y sin que dirija su actividad conforme a determinados principios. También el muchacho busca conocer el mundo que le rodea, pero sin interrogarse respecto al mismo. Hacia los doce o trece años, en cambio, el observador nota, no sin alguna

sorpresa, que el púber demuestra una viva sensibilidad acerca del propio 'yo'.¹¹ A partir de entonces, sigue el proceso de encontrar la propia identidad, es decir, de saber quién es, qué papel se tiene ante los demás, qué se espera de uno. Lo cual implica encontrar una definición de uno mismo como un ser con derechos y deberes ante otros; en una palabra: verse como persona. Claro, el encuentro de la identidad propia depende sobre todo del medio ambiente social que rodea al individuo; es ese ambiente (padres, escuela, grupo social, etc.) el que propone uno o varios papeles o, si se prefiere, una o varias definiciones de persona. A veces (y esto se repite cada vez más en nuestros tiempos), la multiplicidad de papeles ofrecidos dificulta, retrasa y hasta impide el encuentro de la propia identidad. Es la crisis que es conocida con el nombre de "difusión de papeles"; quien la padece no acaba de saber quién es, qué clase de persona es y, por lo tanto, qué derechos y deberes tiene. Entonces, seguirá reaccionando conforme a una moral cerrada, de defensa de las tendencias propias frente a las voluntades ajenas. Pero quien la supera, además de lograr cierto equilibrio en la integración de la propia personalidad y precisamente por haber alcanzado ese equilibrio, ya puede verse como persona, como un ser que tiene derechos y deberes (y, por lo tanto, responsabilidades) respecto de los demás seres humanos. Ya podrá iniciar actitudes de moral abierta.

Desde el equilibrio de la identidad propia, es fácil ver a los demás como personas, es decir, reconocerles derechos y deberes, que no forzosamente son los mismos que definen la propia persona. En efecto, lograr la identidad propia significa definir el papel que uno va a desempeñar ante los demás y también, por consiguiente, los papeles que éstos deben desempeñar ante uno. Pero, en todo caso, ya se les ve como personas, que pueden tener los mismos y hasta más derechos que uno. Así un hijo reconocerá a sus padres derechos que no reclama para sí, o admitirá que la autoridad política tiene derecho de imponerle determinados deberes. Estas ya son actitudes de moral abierta, que pueden implicar sacrificios que se aceptarán racionalmente con generosidad. Se ha superado el nivel de la animalidad con su moral cerrada y se comienza a vivir el nivel exclusivo del ser humano, que es el de la moral abierta. Ya en este nivel es posible definir positivamente la regla de oro; ver a los demás seres humanos como tan dignos de amor y comprensión como uno quiere ser visto.

La mayor parte de las culturas han alcanzado la formulación positiva de la regla de oro. Por eso se aceptó sin dificultad en el artículo primero de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Las implicaciones filosófico-jurídicas de la formulación positiva de la regla de oro son riquísimas. Trataremos de explicar las que nos parecen más importantes. Y, puesto que la formulación po-

sitiva de la regla de oro tiene su fundamento en la moral abierta, comenzaremos por destacar el significado de ésta.

Moral abierta

No sabemos cuándo, pero en algún momento en los orígenes de la especie del *homo sapiens*, la razón, que ya debía venirse usando como un instrumento para entender el mundo, para comunicarse y para racionalizar las tendencias espontáneas, tomó conciencia de sí misma y enfrentó al ser humano con la novedad de su naturaleza: ya no podría sobrevivir y desarrollarse dejándose llevar por la espontaneidad de sus tendencias; el ser humano podía y debía fijarse metas, determinar sus propias leyes, servirse de los medios de acuerdo con una libertad que le imponía la carga de la responsabilidad, antes insospechada. Y, formada por esa razón consciente de sí misma, se fue moldeando la conciencia moral. Por ella el ser humano se descubrió (aunque debió de ser un descubrimiento más intuitivo que racionalizado) como un ser esencialmente diferente de otros animales, con una dignidad que lo colocaba por encima de éstos y lo hermanaba con otros seres humanos, con una tendencia al Absoluto. Ludwig Feuerbach (1804-1872) lo explicó a su modo: "Pero, ¿en qué consiste esa diferencia esencial que hay entre el hombre y el animal? La contestación más sencilla y más generalizada, y también la más popular, es: en la conciencia —pero no la conciencia en el sentido de una sensación de sí mismo, de una fuerza de distinción sensual, de la percepción y hasta de un juicio de los objetos sensibles según características determinadas y perceptibles... [...] la conciencia, en el sentido estricto, [que] sólo se encuentra allí donde un ser tiene por objeto de reflexión [que] su propia esencia, su propia especie [...], la conciencia que tiene el hombre de su esencia no finita, no limitada, sino infinita."¹² Y, más adelante, siguió precisando: "pero ¿cómo es entonces la esencia del hombre de la cual éste es consciente, o en qué consiste la especie, la humanidad propiamente dicha en el hombre? Consiste en la razón, en la voluntad y en el corazón. Para que el hombre sea perfecto, debe tener la fuerza del raciocinio, la fuera de la voluntad y la fuerza del corazón. La fuerza del raciocinio es la luz de la inteligencia, la fuerza de la voluntad es la energía del carácter y la fuerza del corazón es el amor. La razón, el amor y la fuerza de la voluntad, son perfecciones, son las fuerzas más altas, son la esencia absoluta del hombre como hombre y el objeto de su existencia. El hombre existe para conocer, para amar y para querer."¹³ Para un materialista confeso, como fue Feuerbach, la explicación de ningún modo está mal. En efecto, Feuerbach, su discípulo Marx y muchos otros materialistas tras ellos, reconocen que el desarrollo y progreso de la humanidad dependen de la aceptación y práctica de la moral abierta, fundada en el amor y no en el egoísmo. El que traten

de explicar la moral abierta sólo en función de factores materiales, nos parece un intento condenado de antemano al fracaso, pues no se puede explicar lo más por lo menos: el principio de razón suficiente exige por lo menos proporcionalidad entre la causa y el efecto. Por otra parte es desconocer lo que continuamente se observa en el universo: que los seres, cuando alcanzan una mayor organización y complejidad, se rigen por nuevas leyes, propias del nivel alcanzado, las cuales no niegan sino trascienden las leyes de los niveles inferiores o de menor complejidad. Así como las leyes biológicas trascienden, sin negar, las leyes físicas y químicas, del mismo modo las leyes del desarrollo humano como tal trascienden, sin negar (al contrario, apoyándose en ellas), las leyes del desarrollo puramente animal.

Toda esta explicación está destinada a situar a la moral abierta en el lugar que le corresponde. La moral abierta es la ley que hace posible la humanización y que es aceptada no por egoísmo sino por la responsabilidad que sigue a la conciencia de ser hombre y no bruto. Esta ley no apareció suplantando sin más a la moral cerrada, sino como una forma de superarla, que coexiste y lucha con ella. Y llamamos "ley" a la moral abierta porque se impone como obligatoria a todos los que quieren ser más humanos, menos animales, y con tanto mayor obligatoriedad cuanto poseen más conciencia moral. Aristóteles, los estoicos y Santo Tomás la llamaron "la recta razón" (*ορθός λόγος*; en griego: *recta ratio*, en latín). Oigamos al estoico Cicerón: "Existe una ley verdadera, que es la recta razón, que está de acuerdo con la naturaleza, ley esparcida en todos, inmutable e impercedera; que nos conmina imperiosamente a cumplir nuestros deberes y que nos prohíbe y nos aparta los engaños; de esa ley el hombre honrado seguirá siempre los mandatos y las prohibiciones, mientras que los perversos le permanecen sordos. [...] Quien no obedece a esta ley huye de sí mismo y, porque no habrá comprendido la naturaleza humana, sufrirá por eso mismo el más grave castigo, aunque escape a otros suplicios."¹⁴ Recta razón, conciencia moral, fuerza del corazón, llamados o voces de la conciencia, sentido moral, pues de todas estas formas y de otras ha sido llamada, el hecho es que el ser humano no logra su desarrollo humano sino acatando esa voz o ley interna que le impulsa a hacer el bien y evitar el mal, a amar a sus semejantes, a abrirse a los demás con su inteligencia, con su voluntad y con su corazón. "Las voces de la conciencia son conocidas de todos los hombres, sean primitivos o evolucionados. Los antiguos creían que el propio Dios nos dictaba su ley por intermedio de esta voz de la conciencia. Hoy la atribuimos a nuestras propias estructuras psíquicas, a la ley moral interiorizada. Quizás las dos concepciones, la antigua y la moderna, son igualmente valederas, pues suponiendo que Dios prescriba algo al hombre, sólo podría hacerlo actuando sobre nuestro psiquismo profundo y por lo tanto hablándonos por la voz de nuestra conciencia. Pero hasta para el creyente sería un error identificar cada imperativo de su conciencia con

la voluntad de Dios, pues las fuentes en que nuestra conciencia moral extrae los materiales necesarios para su construcción son múltiples, y no siempre de la misma limpidez. En el hombre civilizado de hoy, una parte no desperdiable del contenido de su conciencia moral proviene del más lejano pasado del género humano. Su transmisión no se hace mediante una enseñanza cualquiera, sino más bien por vía de una misteriosa herencia.¹⁵ Así, la herencia de la especie, las inconscientes y conscientes influencias del medio ambiente social (el superyó) y hasta las experiencias en nuestra vida pasada pueden hacernos la jugarreta de confundir como ley de moral abierta lo que en realidad no son más que impulsos de moral cerrada. Por eso tantas veces y con las mejores intenciones el proceso de humanización ha sido desvirtuado en la historia de la humanidad y de los individuos humanos.

Lo que venimos explicando de la aparición de la moral abierta en la especie del *homo sapiens*, se repite en cada individuo. Los primeros años del ser humano son egoístas. Lentamente y no sin esfuerzos personales se va construyendo el sentido de responsabilidad conforme a la moral abierta. Ayudan a este proceso tanto lo más constructivo del superyó como la misma naturaleza humana que, a partir de la adolescencia, presiona al ser humano a ser generoso, a amar y a sacrificarse por valores absolutos. La moral abierta se presenta así como una posibilidad que cada grupo e individuo humano puede libremente realizar o rechazar. Como dice muy bien Octavio Nicolás Derisi: "El hombre se encuentra en posesión de un ser dado, frente a un Ser que no tiene, pero para cuya posesión está capacitado y destinado por el movimiento de su naturaleza."¹⁶ Solemos aceptar en parte y rechazar en parte, la moral abierta, con diversos grados de aceptación y rechazo que no sólo varían en intensidad sino también respecto a la problemática. Sólo unos pocos individuos la realizan con alguna pureza y, entonces, son llamados héroes y sobre todo santos. Independientemente de la filosofía que profesemos, no podemos resistir el admirarlos y el ver en ellos los prototipos de humanidad que quisiéramos para todos y para nosotros mismos. En alguna forma son un reproche para nosotros, porque no hemos logrado lo que hubiéramos podido y debido lograr; desde otro punto de vista, despiertan en nosotros la nostalgia por una vida más pura, más impregnada de amor, más humana, que todos presentimos está a nuestro alcance, aunque por nuestra falta de generosidad se nos escapa: por último, son pruebas vivientes de la moral abierta y de que el ser humano está llamando a ella. Gracias a ellos nos es más fácil entender que la definición positiva de la regla de oro es una necesidad de nuestra convivencia como seres verdaderamente humanos.

Implicaciones de la definición positiva de la regla de oro

Mientras la definición negativa de la regla de oro se construye a partir de la afirmación animal del propio yo, la positiva se estructura a partir de una mirada en la que el otro o los otros ocupan el primer plano. La moral cerrada exalta los derechos propios; la abierta, puesto que ama a los demás al punto de sacrificarse por ellos, pone el acento en los derechos ajenos. Egoísmo y animalidad frente a generosidad, amor y humanización; o, si se prefiere, individualismo frente a sentido social. O también; vivencias de justicia que no son más que racionalizaciones de las tendencias animales propias frente a vivencias de justicia abiertas por la empatía a la comprensión de los problemas de los demás. Claro que la moral abierta, después de reconocer los derechos de otros, también los reconoce en uno mismo. Pero, al ver a otros o al verse a uno mismo como personas, la vivencia de los derechos en la moral abierta se vincula inseparablemente a la vivencia de los deberes. En efecto, reconocer a alguien como persona significa ver en él un ser capaz de responsabilidad, un ser digno de derechos y deberes. Por lo tanto y con fines de aclarar la cuestión, se pueden distinguir tres especies diferentes de vivencias de justicia, a las que corresponden respectivamente tres visiones de los derechos: las vivencias puramente animales, las de la moral cerrada y las de la moral abierta.

En un plano puramente animal, sólo se viven las tendencias espontáneas propias y los derechos no son más que racionalizaciones del egoísmo. Además, se ignoran tanto los derechos ajenos como los deberes propios. Pero ya hemos dicho que el ser humano, aunque lo quiera, no puede vivir en el plano de la pura animalidad. Sin embargo, puede caer en ella, degradándose así como ser humano.

En el plano de la moral cerrada, perdura el egoísmo y la definición de los derechos sigue siendo una racionalización de las tendencias espontáneas propias. Pero se razona y los argumentos de tipo utilitarista me obligan a reconocer derechos en otros y deberes en mí mismo. El espíritu de las vivencias de justicia sigue siendo del egoísmo animal: no se me debe tratar así, o tengo derecho a tal trato. Pero el interés personal, por los propios problemas de sobrevivencia y desarrollo, fuerza a la razón a matizar esas vivencias animales con argumentos de tipo utilitarista: si no quiero que me hagan daño, tampoco debo infligir daño a los demás; si quiero que me traten así, así debo tratar a otros; es necesario conceder a otros aquellos derechos que quiero para mí, pero lo importante es que yo los obtenga. Además, la visión que tiene la moral cerrada de los derechos humanos es esencialmente estática. Puesto que los derechos se ven como las reglas del juego social que permiten una convivencia más humana para todos, una vez establecidos como obligatorios, no deben cambiar; cualquier transformación de su definición es contemplada con temor e inseguridad, podría romper la balanza de in-

tereses correlativos tan difícilmente lograda. Finalmente, puesto que el espíritu que anima a la moral cerrada es el del interés personal (interés compartido, pero interés egoísta), es claro que sólo se reconoce a los demás el mínimo posible de derechos. La definición de los derechos se hará, por lo tanto, en la forma más restringida que permitan mis propios intereses, y como quien suele definir los derechos en una sociedad suele ser el más poderoso, éste reconocerá pocos derechos a los que le están sometidos: el marido a la mujer, los padres a los hijos, las oligarquías a las masas de gobernados.

En el nivel de la moral abierta, las vivencias de justicia se construyen a partir de la racionalidad y del sentido moral animado por el amor. Por la inteligencia del ser humano es capaz de entender a otros y... deja de ser un ente amenazante o un ente indispensable pero del que debo mantenerme a distancia; el otro se convierte en ser humano, en persona, como yo: es frágil, como yo, y por lo mismo está necesitado de ayuda y de comprensión. El otro es visto como un ser irremplazable y único, no como un número perteneciente a una categoría abstracta. Es un ser diferente a todos y su diferencia nos enriquece a todos. Es que, cuando somos capaces de mirar a un ser humano como lo que realmente es, no podemos menos que reconocer su dignidad. Entonces será fácil verlo como persona que tiene derechos. Esa mirada de comprensión requiere empatía y sentido moral. Lo que se cuenta de la reina María Antonieta que, cuando le dijeron que el pueblo no tenía pan, contestó que comiera pasteles, es un buen ejemplo de la falta total de empatía por los sufrimientos de otros así como de ligereza e insensibilidad moral: no podía entender que ella, como ser humano (y como reina) estaba afectada en alguna forma por los padecimientos de otros seres humanos, tal vez porque ni había sido capaz de verse como persona ni había entendido que esos seres tan distantes e imprecisos que forman el pueblo también son personas. Claro, en algunos casos es bastante fácil empatizar con los derechos de los demás, pero en otros no. La mayoría si no la totalidad de la gente podrá empatizar con los derechos de los niños; al fin y al cabo todos hemos sido alguna vez niños y, si somos padres, nuestro amor natural por nuestros hijos nos facilita la comprensión de esos derechos. Pero es bastante más difícil empatizar con aquellos canadienses recipientes de cheques de asistencia pública que pedían un aumento en los mismos, alegando el pretendido derecho a tener y alimentar animales caseros; para ellos era evidente que la asistencia pública (*welfare*) debía cubrir no sólo sus necesidades personales sino también la alimentación de sus perros, gatos o canarios. Y, sin embargo, para un miembro de una sociedad rica, como es la canadiense, esa pretensión ya no debe parecer tan absurda: el que un anciano o anciana quiera tener un animal que le haga compañía en sus muchas horas de soledad es una pretensión muy humana y, como tal, puede ser fundamento de un derecho. Lo que queremos concluir de todo lo anterior es que la visión que tiene la moral

abierta sobre los derechos está cargada de racionalidad y de sentido moral. Por ser racional, es realista; por originarse en la conciencia moral animada del amor, es dinámica. La razón, que me permite entender al otro como persona, me hace verlo en la realidad concreta de sus circunstancias, con posibilidades reales de crecimiento que pueden serle propias y, también, con aspiraciones que a veces no se pueden alcanzar. Quiero lo mejor para él, porque lo entiendo, pero lo mejor posible y alcanzable. Y, si tengo conciencia moral animada por el amor, lucharé por extender en la realidad los límites de lo posible. Por eso, entonces, mi visión de los derechos será dinámica: siempre querré ampliar la definición de los derechos. La Historia del Derecho es precisamente la historia de la ampliación de la visión sobre los derechos. Por una parte, se va ampliando el número de los seres humanos a los que se ve como personas: hijos, mujeres, siervos, esclavos, extranjeros, de ser semejantes a cosas susceptibles de apropiación y uso por sus amos o, en el caso de los extranjeros, seres dignos de ser combatidos y conquistados, pasan a ser personas como yo. Por otra parte, se va ampliando la visión de los derechos que se reconocen a las personas de acuerdo con sus circunstancias: por ejemplo, la mujer no sólo es vista como el ser humano que es, sino también con derechos políticos iguales a los del varón y con derechos especiales por ser madre o por ser trabajadora; la dignidad humana sirve como fundamento a la ampliación de derechos que antes no se conocían, tales como el derecho a la educación, el derecho al cuidado de la salud o el derecho a estar libre de la contaminación del medio ambiente. Lo que hace posible esta ampliación es un mayor dominio de las circunstancias: sólo cuando la riqueza social haya cubierto las necesidades básicas de las personas en México, podremos pensar en cheques de asistencia pública para los animalitos de los ancianos.

La definición positiva de la regla de oro, puesto que es producto de la moral abierta, es a la vez una mirada realista e idealista de los derechos del otro: realista, porque quiere para el otro todo lo que las circunstancias permitan; idealista porque desea ampliar los márgenes de las posibilidades. Es una mirada que ya no pone el acento en los derechos propios sino en los derechos del otro. Se desea el crecimiento de éste y, por lo tanto, tiende a tratarlo como ser responsable, titular no sólo de derechos sino también de deberes. Por consiguiente, los derechos se perciben vinculados a los deberes. Promover al otro es capacitarlo para que él, por sí mismo y ya sin ayuda, desarrolle todas sus facultades personales y sociales posibles. El ideal de la moral abierta —y de la definición positiva de la regla de oro— es lograr un tipo humano, equilibrado en su personalidad, realista, abierto a todo lo constructivo, consciente de sus derechos y de los deberes de los demás. Así quiero ser yo y así quiero que sean los otros. Los derechos dejan de ser privilegios y son vínculos que, con los deberes, me deben unir a los demás para poder, todos juntos, crecer como seres humanos.

La moral abierta —y su producto: la definición positiva de la regla de oro— es sumamente atractiva cuando es defendida por los demás. Al fin y al cabo están diciendo que quieren beneficiarnos. Pero al vivirla y practicarla personalmente exige un alto grado de generosidad y sacrificio; supone superar los egoísmos propios y ajenos así como las tentaciones del *animus dominandi*, de la pereza, de la ambición, de la envidia y hasta de la lujuria. Y ¿cómo pedir a otros que la practiquen, si uno no está dispuesto a practicarla? Supone también comunicación y diálogo, es decir, “una actitud de mutua aceptación: el reconocimiento del otro como sujeto que tiene algo que decir porque es persona humana digna de expresión y atención.”¹⁷

Con la definición positiva de la regla de oro, las vivencias de justicia de los derechos, ya vinculados a los deberes, son respuestas, ya no únicamente para sobrevivir o para satisfacer las tendencias animales, sino para hacerlos a todos juntos más humanos; y son respuestas que nacen de la razón y del sentido moral organizando y sublimando la animalidad. Esto nos remite a la cuestión del valor subjetivo u objetivo de su conocimiento.

Subjetivismo y objetivismo de las vivencias de justicia

Es claro, por todo lo expuesto, que cada quien vive subjetivamente sus derechos y deberes. Las vivencias de justicia son fenómenos subjetivos: brotan de la integridad de la personalidad y hay tantas personalidades cuantos individuos humanos; están moldeadas por la cultura y el medio ambiente cultural, además de variar incesantemente, afecta diferentemente a cada persona; se enraizan en la dotación genética que nunca es idéntica; y en último término, dependen de los grados de moralidad que alcanzan libremente los hombres. Por lo tanto, no es aventurado afirmar que no existen dos seres humanos con idénticas vivencias de justicia, es decir, que vivan en la misma forma los derechos y los deberes. Esto es un hecho, como también es un hecho que no hay dos científicos que “vivan” en forma idéntica el mismo fenómeno científico. Cada ser humano es un ente irrepetible, que vive su vida en una experiencia única, a partir de su dotación genética, de su ambiente cultural, de su historia y de sus decisiones libres. Por eso cada vida humana es irreemplazable y posee una dignidad muy superior a las demás creaturas no humanas que la rodean.

No debemos extrañarnos, por lo tanto, que existan tantas y tan diferentes definiciones, teorías y formulaciones de los derechos y deberes del ser humano. Es absolutamente normal que éstos sean explicados diferentemente por un miembro de una cultura agraria y por otro de una urbana, por el esquimal, el habitante de las estepas o el pescador de los Mares del Sur, por el medieval o el hombre de la Ilustración, etc., etc.

Lo extraño sería que vieran el mundo de la misma manera y, consecuentemente, que definieran igual a los derechos y deberes. Ni siquiera entre dos contemporáneos de la misma cultura podrá darse identidad de puntos de vista: el uno podrá ser más generoso y tenderá a ampliar la definición de los derechos de los demás; el otro podrá ser más realista y se preocupará más por definir a los derechos según lo posible que según lo deseable; uno puede haber tenido experiencias que le hagan subrayar un derecho que permanece incomprensible para el otro; las diferencias de inteligencia y de empatía moral también se proyectarán en diferencias de definiciones.

Ya sabemos que es común entre los filósofos actuales sacar una falsa conclusión del hecho innegable que cada quien vive la justicia a su modo. Hans Kelsen la ha formulado con mucha claridad: “En último caso es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, quien resuelve el conflicto.”¹⁸ “La justicia es un ideal irracional.”¹⁹ “La justicia absoluta es un ideal irracional o, lo que viene a ser lo mismo, una ilusión, una de las eternas ilusiones de la humanidad. Desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses de seres humanos y los conflictos de intereses que esos seres ocasionan. Se puede alcanzar la solución de estos conflictos ya sea satisfaciendo un interés a expensas del otro, ya por un compromiso entre los intereses en conflicto. No es posible probar que sólo una u otra solución sea justa.”²⁰

Se han destacado, en la explicación del subjetivismo valorativo en el plano jurídico, los miembros de la Escuela del Realismo Jurídico Escandinavo Alexl Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross. Olivecrona ha escrito: “...los derechos y su contrapartida, las obligaciones, solamente existen como concepciones de la mente humana”;²¹ “...la moción de deberes es completamente subjetiva. Dado que la fuerza obligatoria del derecho es una ilusión, no pueden haber obligaciones jurídicas en un sentido objetivo. El deber no tiene sitio en el mundo real sino solamente en la imaginación de los hombres. Lo que existe realmente es cierto sentimiento de deber al cual se vincula la idea de una obligación imaginaria.”²²

El paso siguiente que suelen dar los juristas que defienden el subjetivismo sobre la justicia y su correspondiente agnosticismo valoral es el que dio Gustav Radbruch: puesto que una sociedad no puede existir sin orden y seguridad, será justo lo proclamado como tal por la autoridad competente. Así ha nacido y se ha difundido el Positivismo Jurídico, como una respuesta utilitarista ante el escepticismo valoral.

Es fácil distinguir dos niveles en el pensamiento de estos autores. Un primer nivel se concentra en la observación de la diversidad de opiniones sobre la justicia y culmina en dos conclusiones: las vivencias de justicia son fenómenos puramente emotivos y por lo tanto —segunda conclusión— la justicia es una mera construcción mental que expresa un ideal

irracional. El segundo nivel difiere algo según las peculiaridades de los pensadores pero arroja un denominador común: todos ellos, por motivos utilitaristas, para hacer posible una convivencia humana civilizada, tratan de proponer algunas reglas del juego social que sean aceptables para todos; la más común —claro está— es aceptar como definición de lo justo, aunque se repite que es una definición arbitraria, lo que diga la autoridad competente, es decir, aceptar al Derecho Positivo. Todo esto nos recuerda el pensamiento de Hobbes: comenzó describiendo a los hombres comportándose por móviles egoístas y tratándose como lobos y terminó proponiendo acatar las órdenes del soberano para poder vivir como seres civilizados. ¿Qué hay de verdad en estos dos niveles de afirmaciones?

Que hay una diversidad inmensa en las opiniones sobre lo que es justo, no hay la menor duda. Nosotros hemos comenzado la presente sección subrayando dicha diversidad. Que en parte se explica la diversidad por intereses egoístas contrapuestos, lo reconocemos sin dificultad. También admitimos que las vivencias de justicia están cargadas de emotividad; más aún, cuando predomina la vitalidad de lo que hemos llamado Derecho Natural espontáneo, las vivencias son casi puro resultado de la emotividad. Pero escribir la historia de las vivencias de justicia como si todo fuera caos, arbitrariedad, diversidad, subjetivismo emotivo e interesado, es falsear el cuadro. En medio de la diversidad aparecen líneas maestras comunes, que se repiten una y otra vez. Las diversas vivencias de justicia se asemejan mucho más a variaciones de los mismos temas que a melodías totalmente diferentes. Por esto, cuando leemos autores de otros tiempos y de otras culturas, generalmente descubrimos en sus pensamientos ecos del nuestro. Ni Confucio, ni Platón, ni los proverbios africanos, árabes o sudasiáticos, nos son totalmente extraños. Para seguir la comparación, podemos decir que cambian los instrumentos musicales y el tono pero se sigue reconociendo al tema. En una obra patrocinada por la UNESCO, que en español lleva el título de *El derecho de ser hombre*²³ Jeanne Hersch recopiló, con ayuda de numerosos especialistas, textos tomados de las más diferentes y apartadas culturas y los agrupó en temas y subtemas. La impresión es de complementariedad y variación, no de oposición y menos de contradicción. Y esto también debe ser subrayado: aunque varían las sensibilidades artísticas y los grados de emotividad, hay coincidencia en lo racional. Todos entienden el valor y la importancia, por ejemplo, de la solidaridad social, de la autoridad responsable, de la libertad individual, de la necesidad de oponer el Derecho a la fuerza y a la arbitrariedad. Ya escuchamos a los positivistas jurídicos alegar: esas coincidencias se dan en un plano muy general y son insuficientes para establecer soluciones a problemas muy concretos. De acuerdo. Nos basta esa concesión de una coincidencia en lo general. Es a partir de ella como podemos entender al ser humano y a la esencia objetiva de los derechos y deberes.

En efecto, un estudio que no sea superficial de las diversas vivencias

de justicia no arroja como conclusión el subjetivismo emotivo e interesado y el agnosticismo valoral, sino conclusiones mucho más matizadas, que podrían formularse así:

1) Todas (o casi todas) las culturas y autores perciben la posibilidad que los seres humanos pueden comportarse movidos por intereses egoístas. Más aún, saben que de hecho muchas veces así se comportan. Pero condenan ese tipo de conducta. Es decir, condenan tanto las conductas animales como aquellas de moral cerrada en las que se ignoran los derechos de otros. Esta condena se puede explicitar en las tres conclusiones siguientes.

2) No hay duda que las conductas animales, animadas por lo que llamábamos el Derecho Natural espontáneo, llevan a cierto orden o equilibrio. Es el equilibrio ecológico, de acuerdo con el cual cada especie animal tiene su lugar dentro del conjunto de seres vivos. A él se llega por la supervivencia del más fuerte y la eliminación de los inadaptados. Pero es un orden objetivo. Se pueden construir derechos conforme a ese orden, que evidentemente sólo reclamarán los más fuertes y adaptados. Hitler alegaba ese orden y esos derechos para extender el poderío de la raza germánica y exterminar a los judíos y esclavos.

3) Sin embargo, la mayor parte de las culturas no admite tal género de planteamientos. Sólo aceptarán soluciones de conducta animal frente al enemigo irreconciliable y odiado, al que niegan categóricamente la calidad de persona. Frente a otros grupos, si se guían únicamente por los propios intereses, adoptarán una actitud de moral cerrada. Aparece así otro tipo de orden objetivo, no tan brutal como el animal, que sanciona como justo el orden del equilibrio de intereses tal como es descrito por la cultura del grupo. Es la *Realpolitik* o "política realista", defendida por Bismark en las relaciones internacionales y normalmente practicada por las potencias no sólo del pasado sino del presente: ya no pretende exterminar al adversario sino sólo convivir con él y servirse de él —si se puede— para el propio interés. En las relaciones internas de los grupos, este orden consagra y legitima los privilegios de los subgrupos o minorías dominantes, implementa la estructura jerárquica del grupo, exalta la función de la autoridad y la virtud de la obediencia a la misma y justifica la jerarquización de la estructura en virtud de que la naturaleza misma ha hecho que unos estén llamados a mandar y otros a obedecer, porque esa misma naturaleza ha hecho fuertes (física, intelectual o moralmente) a unos y a otros débiles. Pero no se trata de la justificación de la mera fuerza bruta, sino de la fuerza ejercida responsablemente en beneficio de la comunidad. Los poderosos están sujetos a un código de honor, de acuerdo con el cual deben tratar humanamente a los que les están sometidos; no compartirán con ellos su poder,

pero deberán darles ejemplo de sacrificio, sobre todo si están en juego los intereses de la comunidad. La historia conoce muchos de estos regímenes, en que el autoritarismo de los gobernantes queda atemperado por un paternalismo de rigor para los que controlan el poder. Así se han construido sociedades muy jerarquizadas, que tienen en su cúspide a una minoría privilegiada, la de los más fuertes y adaptados, y en su base a la mayoría o masa del pueblo, siervos o esclavos. Las sociedades feudales, el Antiguo Régimen y hasta los actuales regímenes socialistas tales como el de la Unión Soviética y el de la China comunista son buena prueba de ello. La ideología —ya sea la doctrina del derecho divino de los reyes o el dogma marxista del papel directivo del Partido Comunista— es en realidad una racionalización de las pretensiones que tiene una minoría para dominar e imponer su voluntad a la mayoría. La objetividad de este orden se mide a la vez por la capacidad que tiene la minoría de mantener unido y pacíficamente seguro al grupo y por el éxito logrado por esa misma minoría, en la satisfacción del modelo cultural aceptado, el cual implica el cumplimiento de los valores del código de honor. Si el señor feudal no daba pruebas de valor en el combate o el dirigente comunista no es capaz de aumentar la producción, quedan estigmatizados como infieles o traidores a su papel de guías del grupo humano. Puede haber elementos de moral abierta en estos regímenes, sobre todo a nivel individual, pero lo que los mantiene en el nivel de la moral cerrada es el espíritu que anima a la minoría dirigente como tal: es un espíritu de interés propio, celoso de conservar el poder y de no compartirlo, es una pretensión de ser los elegidos, los únicos capaces de encontrar las respuestas adecuadas, es un desprecio, patente o larvado, por el hombre común, al que como tal se le niega la capacidad de ascenso en la participación de la toma de decisiones; ese hombre común debe ser llevado de la mano y, si es necesario, manipulado. Detrás de ese espíritu hay una afirmación egocéntrica (un acto de soberbia, dirían los moralistas cristianos) de la minoría dirigente, muy vinculado con la conservación de los privilegios, los que no necesariamente deben ser materiales. Las morales utilitaristas fomentan ese espíritu, aunque Bentham ya da un paso adelante, hacia la moral abierta. Con su ideal de obtener la mayor felicidad para el mayor número, Bentham implanta la dictadura de la mayoría sobre las minorías, puesto que éstas, por definición, quedan excluidas del mayor número. Es una fórmula civilizada de la moral cerrada, puesto que trata de extender los intereses egoístas de la mayoría dominante al mayor número posible, pero sigue siendo de moral cerrada porque su criterio es el de los intereses egoístas. Se le podría preguntar a Bentham, dado su criterio utilitarista, a título de qué las aristocracias minoritarias deben renunciar a derechos propios para compartirlos con una mayoría. Es evidente que la extensión de derechos sólo se puede justificar por moral abierta, es decir, abandonando el criterio utilitarista de la moral cerrada. Los egoísmos en la protección de los

derechos propios han dado origen a muchos órdenes objetivos, que sirven de fundamento a la racionalización de abusos y explotaciones de los más débiles por los más fuertes. La historia está llena de esos órdenes objetivos, en los que el Derecho y la Justicia se convierten en las ideologías denunciadas por el marxismo. Desgraciadamente no han desaparecido por completo. Pero son órdenes verdaderamente objetivos, en cuanto que se miden por su éxito en su funcionamiento de acuerdo con el modelo ideal establecido en la cultura del grupo. La sociedad feudal se medía respecto del cumplimiento de los deberes y derechos propios a cada estrato de su jerarquía. La sociedad comunista se mide respecto de sus logros en el aumento de la productividad y en la distribución igualitaria de los frutos de la misma. En ambas será objetivamente justa la conducta que se ajusta al respectivo modelo, aunque en una el modelo se construye sobre una desigualdad jerarquizada y en la otra sobre una igualdad dirigida.

4) Casi todas las culturas perciben que los verdaderos derechos no pueden ni deben fundarse en un equilibrio de puras fuerzas animales ni en un equilibrio pragmático de intereses. "Esos equilibrios mecánicamente conseguidos, siempre provisionales como el de la balanza en las manos de la justicia antigua, están muy lejos de una justicia tal como la nuestra, la de los 'derechos del hombre', que no evoca ya ideas de relación o de medida, sino al contrario de incommensurabilidad y de absoluto."²⁴ En otras palabras: por su tendencia al Absoluto, el espíritu humano intuye un orden de justicia que se edifica sobre los órdenes de la animalidad y de los equilibrios interesados, un orden que los supera, los reacomoda y los utiliza; no los contradice, sino que los corrige y enmienda; los asimila para sublimarlos; los anima con un nuevo espíritu, que es el de la moral abierta, espíritu de amor y generosidad y ya no de interés propio, espíritu de responsabilidad tan bien expresado en el siguiente dicho del Mahatma Gandhi: "La verdadera fuente de los derechos es el deber. Si todos cumplimos nuestros deberes, no habrá que buscar lejos los derechos. Si, descuidando nuestros deberes, corremos tras nuestros derechos, éstos se nos escapan como un fuego fatuo. Cuanto más los persigamos más se alejarán."²⁵ Se intuye la posibilidad de un orden de las relaciones humanas que sea justo, ya no por medirse por la satisfacción de las tendencias animales naturales ni por el éxito en el logro de un equilibrio de intereses, sino por propiciar el desarrollo humano máximo en los demás. Este orden de moral abierta no puede ser precisado más que en sus grandes lineamientos, pero también es objetivo, en el sentido de que, cuando se da, produce efectos justos independientemente de que sea conocido o explicitado. Pero esto vale una explicación aparte.

El orden objetivo de la moral abierta

La objetividad del orden de la moral abierta comienza en el gran principio que la anima, que es el del amor. Es un hecho que, cuando el ser humano crece en un ambiente de amor, se desarrolla mejor; su personalidad puede integrarse más equilibradamente que cuando el ambiente es de indiferencia, desprecio u odio.²⁶ Así se puede establecer que la primera y más importante ley del desarrollo humano es que a mayor amor hay más desarrollo humano y que a mayor odio, incomprensión e indiferencia hay menos desarrollo humano. Es bajo esta ley como debe contemplarse la fórmula de la justicia, admitida por todos (o casi todos), según la cual hay que dar a cada uno lo suyo. Cuando se define lo suyo de cada uno con un espíritu de amor, es decir, de comprensión y de sincero deseo que se desarrollen los otros, se obtienen soluciones de justicia de moral abierta, que humanizan hasta donde es posible las relaciones humanas.

Pero es evidente que esta ley no nos provee con soluciones concretas; sólo nos indica el espíritu que debe animar esas soluciones, si queremos ser más humanos. Esto quiere decir que la ley no nos ofrece una definición exacta de los derechos y obligaciones que deben darse en una situación que debemos tratar de conocer la situación en la forma más completa que sea posible, y en especial el lugar que ocupan y el papel que desempeñan las personas involucradas en la misma. Para alcanzar ese conocimiento es imprescindible escuchar los diversos puntos de vista y en particular los de las personas afectadas; tampoco deben excluirse aquellos dados en el pasado por otros ante situaciones semejantes. El ver a los demás como interlocutores capaces de enriquecer nuestra visión de las cosas es parte esencial de la moral abierta. Además es muy difícil conocer los problemas de otros sin escuchar a los afectados por esos problemas. Es el que sufre la injusticia el primero en percibirla. En realidad la historia del Derecho es una larga repetición de casos en que un subgrupo, ya sea mayoritario o minoritario, al sufrir una situación que considera injusta, reclama para sí determinados derechos; sólo cuando la élite gobernante es capaz de empatizar con el subgrupo sufriente los derechos reclamados son reconocidos e incorporados orgánicamente al Derecho objetivo o sistema de normas para buscar solución a la situación de injusticia. Lo cual implica que, en segundo lugar, debe existir la sincera y generosa preocupación por el bien y mejoramiento de los demás, sobre todo si éstos, por su debilidad cultural, política o económica, requieren protección. Ya hemos visto que la moral abierta implica empatía por los sufrimientos de otros y auténtico deseo de que esos otros crezcan y desarrollen sus potencialidades, aunque esto pueda significar que se igualen a mí, si estoy más alto, o que me distancien, si estoy más bajo. La moral abierta excluye la envidia. Decía el marqués de Vauvenargues, hablando del hombre que merece los epítetos de humano y compativo:

“su generosidad le acusa en secreto de todas las calamidades del género humano, y el sentimiento de sus propios males no hace sino agravar su propiedad por los males de los demás.”²⁷ Tal es el espíritu de empatía de la moral abierta.

En tercer lugar hay que persuadirse que las mejores soluciones son aquellas en que no hay derrotados o perdedores. En cierto modo esto ya lo percibe la moral cerrada. Con su espíritu utilitarista y pragmático, se da cuenta que en el vencido de hoy existe un potencial enemigo del mañana. Por eso ya es propio de la moral cerrada la búsqueda del compromiso. Pero hay compromisos resultado de un equilibrio de intereses egoístas y compromisos resultado del convencimiento que sólo cediendo cada parte algo con generosidad es posible la convivencia no sólo civilizada, que evita las fricciones innecesarias, sino una convivencia basada en la solidaridad. Los compromisos fruto de la moral abierta son aquellos en que se ceden intereses propios porque se ve a los otros a la luz de la solidaridad, se les ve como partes de un problema que hacemos nuestro. Hay un hermoso proverbio peul, pueblo establecido en lo que hoy es territorio de los países de Guinea y Malí, que expresa muy bien la idea de la solidaridad: “Los hombres son como dos manos sucias. A cada una no la puede lavar sino la otra.”²⁸ El crecimiento de cada ser humano está vinculado al de los otros seres humanos: nadie se desarrolla o se embrutece totalmente aislado. No es humillando a los demás como se obtiene el crecimiento propio.

Si se aplican estas directivas, todavía no hay garantía absoluta que se habrá llegado a la solución que objetivamente es la mejor, sobre todo porque puede seguir faltando conocimiento de la realidad del problema y de sus posibilidades reales de solución. Pero se habrá acercado a esa solución idealmente justa, en los términos en que es alcanzable dado el conocimiento limitado que se tiene del problema. Y esa solución idealmente justa forma parte de un orden objetivo, aquel, que, cuando se da, produce realmente el desarrollo de la humanidad de todos los que participan en el problema.

Es la condición del ser humano tanto el tener la responsabilidad de buscar libre y racionalmente sus soluciones como el poseer una inteligencia y voluntad limitadas. Una y otra, dirigidas por el sentido moral, deben estar en tensión hacia ese orden objetivo de justicia, que evidentemente es un orden dinámico, pues lo suyo de cada uno puede variar mucho de acuerdo con las circunstancias. Y esto nos lleva a la aclaración que hablar de un orden objetivo de la moral abierta puede ser engañoso, si por tal se entiende un orden siempre igual, idéntico a sí mismo, válido en todos los tiempos y lugares. Más bien habría que hablar de muchos órdenes objetivos, tantos cuantos sean los problemas históricos que se plantean. Claro que el hombre va aprendiendo con su experiencia lo que tienen de común esos problemas y lo que tienen de peculiar y novedoso. Y siempre les será común el espíritu de la moral abierta, aun-

que ésta sea interpretada diferentemente por las culturas o por los individuos. Pero no debemos confundir la relatividad e imperfección propias de todo conocimiento humano con el orden objetivo que se esfuerza por desentrañar ese mismo conocimiento. Y así llegamos a la conclusión que se pueden distinguir, para fines de análisis, tres órdenes objetivos de Derecho Natural, o, si se prefiere, tres niveles de operabilidad objetiva del Derecho Natural.

Tres niveles de operabilidad del Derecho Natural

Ya nos hemos referido a lo que hemos llamado 'el Derecho Natural espontáneo' que —como decíamos— es común a hombres y animales. Cuando lo vive el ser humano, se produce un orden biológico en el que sobreviven los más fuertes a costa de los más débiles: es la ley de la selva. Entonces los más fuertes pueden racionalizar ese estado de cosas que tanto les favorece y pretender justificarlo en nombre de una justicia por ellos interpretada como la voluntad del dios tribal o como la gloria del grupo. Pero, en realidad, no hay auténtico Derecho ni verdadera justicia. En 1694 Fenelón escribía en una carta dirigida a Luis XIV: "Esta gloria que endurece vuestro corazón, os es más querida que la Justicia. Vivís como si tuviérais una fatal venda sobre los ojos." Al pretendido Derecho y a la pretendida Justicia se les puede, entonces, aplicar el sentido peyorativo que da el marxismo a la palabra "ideología": son construcciones arbitrarias de la mente de la clase dominante que sirven como instrumentos de sojuzgamiento de los oprimidos. Sin embargo, las sociedades, tanto humanas como meramente animales, que mantienen las reglas del Derecho Natural espontáneo logran subsistir y a veces con mucho éxito. Es que esas reglas son la garantía del funcionamiento del orden biológico. Entre ellas se encuentran las que regulan la alimentación y el sexo, así como las de una convivencia ordenada por medio de la distribución del trabajo y la jerarquización de los miembros del grupo.

Decimos que en el nivel del Derecho Natural espontáneo propiamente no hay Derecho ni verdadera justicia, porque no existe un criterio regulador de los intereses y ambiciones propias. El ser humano no puede evitar usar y servirse de la razón; si la emplea, cuando vive en ese nivel, la utilizará como mera racionalización de los intereses propios. Y eso no es Derecho, sino ideología en el sentido marxista. El Derecho es una regla que ordena la convivencia social dando a cada uno lo suyo. Cuando los más poderosos determinan, caprichosamente y sin más atención que la de sus propios intereses, las reglas del juego social, no se puede hablar de Derecho. Cuando, como decía Trasímaco,²⁹ "la justicia no es otra cosa sino aquello que es ventajoso para el más fuerte", no hay auténtica Justicia. Sócrates refutó muy bien a Trasímaco: sólo cuando el que gobierna no se propone su interés propio sino el de sus súbditos, hay Dere-

cho;³⁰ sólo cuando la justicia es un criterio obligatorio para todos, se puede hablar de Justicia.³¹ Para eso se requiere cierto autocontrol de las propias acciones, alguna responsabilidad hacia los demás, algo de reflexión crítica de los derechos propios vividos espontáneamente, es decir, se requiere pasar de las reacciones esencialmente animales (por racionalizadas que estén) al nivel de las conductas morales.

Se puede conjeturar que las primeras formas del Derecho aparecieron con la moral cerrada y, más concretamente, con la definición negativa de la regla de oro de la moral.³² Cuando el ser humano se dio cuenta que estaba en su propio interés el aceptar cierta reciprocidad en el reconocimiento de los derechos, ya apareció un criterio válido para todos, ya existían reglas del juego social que no sólo podían ser invocadas por los más fuertes, ya había la posibilidad de definir lo suyo de cada uno de una manera que no necesariamente coincidía con la ventaja de los gobernantes. El equilibrio de intereses, definido e impuesto por la cultura del grupo y aceptado por los miembros del grupo por su provecho en permanecer incorporados al mismo, ya especifica conductas de control y dirección de las tendencias animales; sublima la animalidad, civilizando al hombre. Aparece así un nivel de Derecho Natural que ya no es común a hombres y animales sino exclusivo de los primeros. Se le puede bautizar como Derecho Natural cultural, puesto que es el fruto de la experiencia cultural del grupo e incorpora como obligatorias las conductas responsables definidas como tales por la cultura del grupo. De él escribió Cicerón: "El comienzo del Derecho tuvo efecto en la naturaleza. Luego entró en la costumbre en consideración a su utilidad. Más tarde el temor de la ley y la religión sancionaron estas prácticas nacidas de la naturaleza y confirmadas por la costumbre."³³

En este nivel, las reacciones puramente animales (ciegas e instintivas) dejan de ser el ideal y son sometidas a una crítica, la cual está avalada por la experiencia de las generaciones pasadas incorporada en la tradición del grupo. Así aparecen reglas de conducta que un Derecho Natural puramente espontáneo no hubiera vislumbrado. tales como la obediencia a la autoridad incluso en circunstancias difíciles y sacrificadoras de los individuos o la prohibición del adulterio. En efecto, es la cultura de un grupo la que determina los mínimos de civilización que son imprescindibles para poder vivir humanamente en ese grupo y para que éste pueda sobrevivir y prosperar. Se trata de un espíritu utilitarista y pragmático: hacen falta reglas para la convivencia pacífica social, pues si no hubiera claras reglas del juego social se caería en la barbarie, en la anarquía, en la ley de la selva y, entonces, el grupo humano sería incapaz de sobrevivir frente a otros grupos y frente al medio ambiente y así quedaría condenado a la autodestrucción. Pero es un pragmatismo que tienen metas mucho más elevadas que las puramente animales. Ya no se satisface únicamente con el buen funcionamiento de la alimentación, del sexo, del sueño, de la seguridad animal. Exige un ambiente pacífico

de comportamientos amables y afables; exige la posibilidad de satisfacer las tendencias estéticas, de recibir respuesta a las inquietudes intelectuales y, en especial, de captar el sentido de la vida. El *homo sapiens* ya no puede contentarse con aquello que bastaba a hacer felices a sus antepasados carentes de reflexión. Ya abandonó la vida puramente instintiva y ciega y busca su equilibrio conforme a un nuevo orden natural, el de su naturaleza racional.

El Derecho Natural cultural se origina en la intersección de dos fuentes: por una parte, la razón práctica; por otra, las condiciones concretas de la realidad, o, si se prefiere, la naturaleza de las cosas. Decimos "la razón práctica" y no simplemente "la razón", porque a este nivel la razón no opera produciendo especulativamente un catálogo de derechos y obligaciones, sino que es más bien una fuerza o tendencia normativa, brotada de la integridad de la naturaleza racional, reemplazadora de los instintos como principal orientadora de las respuestas necesarias ante el medio ambiente y con la exigencia que esas respuestas satisfagan no sólo lo animal sino también lo racional de la naturaleza humana. Pero esa fuerza normativa no opera aislada de las condiciones concretas de la realidad, sino en contacto directo con ellas; por eso —y en razón del propio interés— se adapta a los fines esenciales de las cosas como también de la propia naturaleza racional, pues, de no hacerlo así, no se lograría la felicidad. Esta fuerza normativa ordena que lo razonable debe cumplirse. "Pero tampoco este principio debe entenderse como proposición jurídica, sino en sentido de una disposición natural de nuestra razón práctica para exigir lo que es razonable."³⁴ En efecto, hay que aclarar que el Derecho Natural cultural no se identifica con las culturas; ni siquiera con un común denominador destilado de todas ellas; es identifica con el nivel de racionalidad en que éstas nacen y actúan, nivel de exigencias racionales y pragmáticas frente a la realidad. Dice muy bien Arthur Fridolin Utz: "la ley natural no se identifica con los principios o proposiciones jurídicas formuladas".³⁵ Es verdad, como lo precisa el mismo autor, que "nuestra razón práctica... tiende a formular dichos principios",³⁶ pero puede haber formulaciones afortunadas y otras desafortunadas de las exigencias de soluciones racionales del Derecho Natural cultural. Por eso, desde una cultura, se pueden criticar y se han criticado las formulaciones inexactas y falsas tanto de la propia cultura, como de otras culturas, por no responder a la racionalidad que debe existir en el nivel de conductas que merezcan el calificativo de humanas. Así los estoicos criticaban la esclavitud que se daba en su propia cultura, mientras que Tácito reprochaba a la cultura de los germanos el no ver nada malo en la rapiña, lo que explicaba como una deformación de la conciencia jurídica originada por la mala costumbre. En otras palabras el Derecho Natural cultural se da en el plano ontológico y no en el sociológico, aunque tiende a proyectarse y manifestarse en este último.

Resumamos ahora lo dicho, explicando por qué lo llamamos "Derecho

Natural cultural". Es "Derecho" porque es un conjunto de direcciones normativas, exigibles a todos como justas porque se deben acatar para lograr una mejor convivencia humana. Es "Natural" porque esas exigencias brotan de la naturaleza, tanto la racional del ser humano (que no puede desarrollarse como tal si no es acatando sus leyes propias; por ejemplo, debe hacer el bien y evitar el mal) como la naturaleza de las cosas (las cuales también tienen sus propias leyes que tienen impacto en el ser humano; por ejemplo, una droga puede disminuir la racionalidad y, por lo tanto, deberá ser evitada). Es "cultural" porque, a diferencia del Derecho Natural espontáneo que es común a hombres y animales, éste es exclusivo de los seres humanos, se capta por la razón práctica en contacto con la naturaleza de las cosas, se va aprendiendo por la experiencia del grupo e incorporando a su tradición cultural y se comunica a las nuevas generaciones por medio de la cultura del grupo. Un individuo aislado difícilmente podría descubrirlo y formularlo; es la experiencia comunitaria de muchas generaciones la que va formando la conciencia jurídica del grupo. Y eso es un fenómeno esencialmente cultural. Los éxitos y los fracasos han enseñado al grupo. Cuando la infidelidad conyugal demostró ser una causa de disensión entre los individuos y las familias, hubo que prohibirla. Cuando el uso comunitario de los bienes redundó en la mala conservación de los mismos y en fuente de reyertas, se estableció alguna forma de propiedad privada. El historiador del Derecho sabe muy bien que las instituciones jurídicas nacen y evolucionan al ritmo de las experiencias sociales. ¡Ay del jurista que ignora las enseñanzas de la realidad y la experiencia de las generaciones pasadas! Está condenado a producir soluciones que, por excelentes que sean en teoría, sólo engendrarán confusión y desaliento, ya que serán incapaces de responder a las exigencias reales del ser humano. Pero no toda solución cultural es Derecho Natural cultural. Primero y antes que nada hay que ver si esas soluciones contribuyen a hacer al ser humano más humano, conforme a las exigencias de su naturaleza racional. Luego hay que distinguir, con Aristóteles, entre Justicia natural y Justicia legal: "De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación [porque se origina en las exigencias ontológicas de la naturaleza humana y de las cosas, las cuales son inmutables]. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o de otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente; por ejemplo, pagar una mina por el rescate de un prisionero, o sacrificar una cabra y no dos ovejas, así como también lo legislado en casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor de Brasidas, y los ordenamientos en forma de decretos".³⁷ La cultura cubre ambas justicias; el Derecho Natural cultural sólo las directivas generales de la Justicia natural.

¿Se pueden formular algunas de las directivas normativas del Derecho Natural cultural? El ya citado Arthur Fridolin Utz nos ofrece la siguiente

te enumeración tomada de las obras de Santo Tomás de Aquino: "el justo medio (III Sent. 37, 1, 4 ad 3), no perjudicar a nadie (I-II, 100, 3), el amor de Dios y del prójimo (I-II, 100, 11), la áurea regla: no hagas a los otros lo que no quieras que te hagan a ti (I, II, 99, 1 ad 2 y 3), la aspiración a la verdad absoluta, la vida en comunidad (I-II, 94, 2, 5; CG III, 117, 129), el derecho a la propia conservación, al propio perfeccionamiento, a la sociedad conyugal, a la educación de los hijos (I-II-94,2). Todos estos principios están contenidos en el principio generalísimo: hay que hacer el bien y evitar el mal (I-II, 94, 2)."³⁸

Resume el Aquinate: "Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales. En efecto, el hombre, en primer lugar, siente una inclinación hacia un bien, que es el bien de su naturaleza; esa inclinación es común a todos los seres, pues todos los seres apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza. Por razón de esta tendencia, pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos. En segundo lugar, hay en el hombre una inclinación hacia bienes más particulares, conformes a la naturaleza que él tiene común con los demás animales; y en virtud de esta inclinación decimos que pertenecen a la ley natural aquellas cosas que: la naturaleza ha enseñado a todos los animales', tales como la comunicación sexual, la educación de la prole, etc.— Finalmente, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a su naturaleza racional, inclinación que es específicamente suya; y así el hombre tiene tendencia natural a conocer las verdades divinas y a vivir en sociedad. Desde este punto de vista, pertenece a la ley natural todo lo que se refiere a esa inclinación, v. gr., desterrar la ignorancia, evitar las ofensas a aquellos entre los cuales tiene uno que vivir, y otros semejantes, concernientes a dicha inclinación."³⁹ Nosotros hemos agrupado bajo el nombre de "Derecho Natural espontáneo" los preceptos que Santo Tomás clasifica en primero y segundo lugar y distinguimos, en los del tercer lugar, dos planos, según se viva la racionalidad en el nivel de la moral cerrada o en el de la abierta. En efecto, el ser humano puede vivir su racionalidad contentándose con el nivel moral que le impone su cultura. Y entonces tenemos el "Derecho Natural cultural". Pero también puede escuchar los llamados más generosos de esa misma racionalidad e intentar construir un tipo de relaciones humanas mejores que las definidas como obligatorias por su cultura. Y entonces aparece la posibilidad de definir los derechos y deberes en función de la interpretación positiva de la regla de oro, ya no por un equilibrio de intereses sino por el amor a los demás, inspirándose en la confianza en los demás y no en la desconfianza. En cierto modo todo individuo humano está llamado a realizar ese nuevo tipo de convivencia, aunque en la práctica probablemente son los menos aquellos que seriamente luchan por implantarla. A ese tipo de exigencias, enraizadas en lo más noble y generoso de la naturaleza racional, se les podría llamar "Derecho Natural

propiamente humano", pues si algo es propio del hombre y lo distingue de los demás animales, no es su capacidad de motivarse por intereses propios, sino su potencialidad de sacrificio y de amor desinteresado por los demás. Claro que los ideales del Derecho Natural propiamente humano nunca podrán ser plenamente realizados, siempre podrán ser mejor y más precisamente definidos; pero son ellos los que indican por dónde debe desarrollarse la sociedad humana, son ellos los que critican y mejoran los niveles culturales de los grupos humanos, son ellos los que nos hacen vivir nuestra plena dimensión de seres humanos.

La operabilidad de los tres niveles del Derecho Natural

No creemos que en la realidad alguien viva en forma totalmente pura alguno de los tres niveles. El ser humano es sumamente complejo y en él siempre están en lucha las tendencias más nobles del Derecho Natural propiamente humano no sólo con las tendencias animales del Derecho Natural espontáneo sino con tendencias destructoras que le empujan a caer más bajo que los animales. Además, siempre presiona la cultura del grupo. El ser humano es un ser contradictorio: puede ser generoso y fiel en las relaciones familiares y, al mismo tiempo, un tirano sin escrúpulos en las relaciones políticas o en las del trabajo. Pero difícilmente podrá mejorar si no se conoce mejor. A esto van destinadas todas nuestras reflexiones. Sin embargo, a pesar de todas las contradicciones y complejidades, no es aventurado el afirmar que la realidad impone cierta coherencia en las reacciones humanas, de tal suerte que las energías de la personalidad tienden a agruparse en algún nivel de la moralidad. Por otra parte, las circunstancias de la realidad a veces presionan hacia determinados niveles.

Los teólogos juristas españoles del siglo XVI planteaban el problema de los derechos de dos naufragos que sólo disponían de una tabla de salvación capaz de sustentar únicamente a uno de ellos. Lo más probable es que cada uno reaccione conforme al nivel moral en que ha vivido. El que sólo se ha preocupado por satisfacer sus propias tendencias sin atender a las de los demás, no titubeará en luchar por apoderarse de la tabla y rechazar de ella al otro. Si, por el contrario, se ha vivido una vida de entrega a los demás, tampoco habrá hesitación en ceder la tabla y sacrificarse por el otro. Pero éstas son las dos reacciones extremas: la de la animalidad y la de la conducta propiamente humana o de moral abierta. Los más reaccionarán conforme a su cultura y, si ésta prohíbe quitar la vida a otros, titubearán en apartar de la tabla al otro, tal vez tratarán de alternarse en el uso de la tabla hasta que la realidad de la situación los reduzca a una de estas dos decisiones: o caer en una conducta animal de lucha por la sobrevivencia o sublimarse sacrificándose por el otro.

En algunos casos, una conducta de moral abierta puede provocar lo mejor en los demás. Así la política de no violencia del Mahatma Gandhi obligó a los ocupantes ingleses a abandonar sus interesadas ambiciones sobre la India. Pero esto fue posible porque los ingleses tenían una cultura capaz de reaccionar constructivamente. Es dudoso que, si los invasores hubieran sido rusos, su reacción hubiera sido la misma.

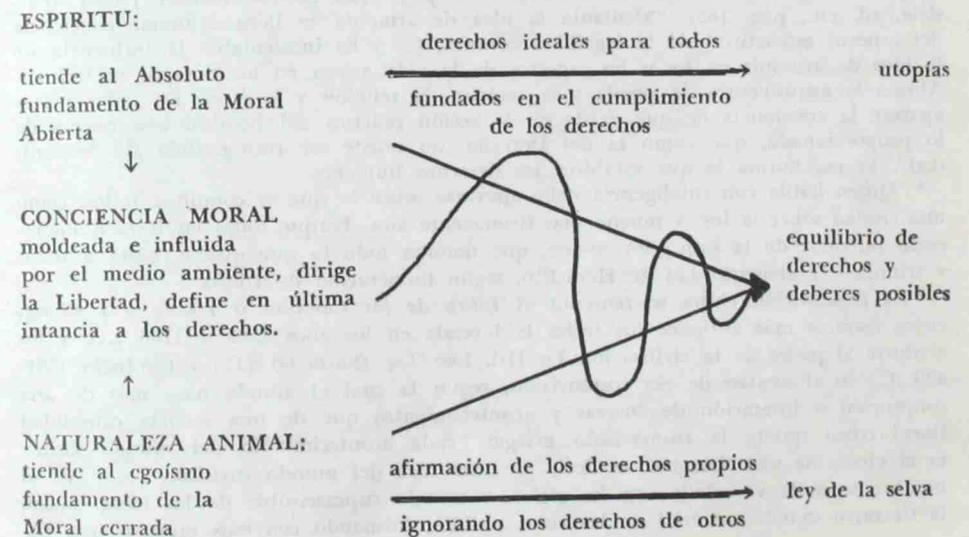
Ante un agresor violento que no escucha razones, las más de las veces no cabe más que una reacción animal de sobrevivencia. El agresor se asemeja a un perro rabioso ante el cual sólo queda el uso de la fuerza bruta. Pero no hay que olvidar que los hombres son siempre hombres y no animales, por más que se comporten como tales. Una reacción de generosidad puede despertar en los hombres más embrutecidos reacciones humanas insospechadas. Ciertamente el odio engendra odio y el único modo de romper el círculo vicioso de la animalidad es perdonando con generosidad las ofensas recibidas. A la larga sólo las conductas de moral abierta producen resultados fecundos, aunque a la corta exijan enormes heroísmos.

Por otra parte, las conductas de moral cerrada significan un enorme avance sobre la animalidad. Dos pueblos que se hablan y buscan un equilibrio de intereses están poniendo la base para construir relaciones más humanas. Por de pronto ya evitan la animalidad y, al escuchar a la razón, pueden descubrir posibilidades de colaboración que los harán verse como personas. Este es el nivel de la moral pagana. En el peor de los casos, se es un hombre disciplinado y razonable, que lejos de entorpecer la convivencia humana, la hace posible, dándole la base de estabilidad y de solidaridad (aunque interesada) sin la cual el grupo humano no funcionaría como tal; en el mejor de los casos, se es un factor de civilización y cultura y se hace posible el cultivo imprescindible para que surja la moral abierta. Pero una moral pagana que predica el vivir y dejar vivir sin preocuparse por los demás fácilmente decae en animalidad. Tratándose del desarrollo humano, quien se estanca y no progresa, en realidad se empobrece y retrocede. Por eso, si queremos dejar un mundo mejor a las siguientes generaciones, sólo nos queda el camino de esforzarnos en el sentido de la moral abierta. Esta significa: desde el punto de vista psicológico, lograr la afirmación equilibrada del propio yo y, a partir de ella, ser capaces de darse a los demás; desde el punto de vista moral, actuar con plena responsabilidad para obtener el desarrollo propio y de los demás; desde el punto de vista sociológico, actuar civilizadamente, en colaboración compartida, con confianza en los demás, tratándolos como personas y evitando los paternalismos no necesarios; desde el punto de vista teológico, crecer en amor a Dios, a los prójimos y a uno mismo. Difícil y lento camino, pero reto inevitable a nuestra humanización.

El por qué de las contradicciones e impredecibilidades de las reacciones humanas se entiende mejor si se considera lo que realmente es el ser

humano: un animal racional, como decía Aristóteles. No es un puro animal ni un espíritu descorporeizado, sino un ser poseedor de una naturaleza animal espiritual. En cuanto realidad corpórea animal, tiende a la afirmación egoísta del yo, fundamento de la moral cerrada. Según esa afirmación, define sólo los propios derechos y los deberes correlativos de los demás, se acepta a otros como personas únicamente cuando son parte del propio yo, y se busca el máximo de poder. Decía Nietzsche: "Nuestros derechos son aquella parte de nuestro poder que los demás nos han reconocido y quieren que conservemos". En cuanto espíritu, está abierto a la totalidad de la realidad y posee un dinamismo que lo empuja a trascender todo lo finito en una capacidad infinita del bien, del amor, de la verdad y de la Justicia. Entonces, quiere para los demás lo que quiere para sí, define los derechos lo más ampliamente posible vinculándolos a los deberes (sobre todo los propios), busca el máximo del desarrollo en especial de los que le merecen más compasión y se comunica más por convencimiento que por poder. Las energías animales y espirituales, brotadas de la misma unidad integral del ser humano, deben ser estructuradas en el equilibrio de la personalidad y frente a la cultura del grupo, la cual influye poderosamente en unas y otras. El equilibrio alcanzado en la personalidad se manifiesta en la conciencia moral, la cual dirige la libertad, pero sin lograr siempre su completo control. Por último son las decisiones de la libertad las que, influidas por el idealismo del espíritu y por el egoísmo de la animalidad y ante unas circunstancias reales concretas, optan por el nivel de moralidad en el que se da la definición última de los derechos y deberes.

Resumiremos las ideas anteriores en un cuadro:



Las tendencias ideales del espíritu humano deben, por lo tanto, descender a las posibilidades de la realidad, so pena de quedar en puros buenos deseos impracticables, es decir, en utopías. A su vez las tendencias de la animalidad deben ser elevadas por el control de la racionalidad, para crear un ambiente humano de convivencia civilizada. El punto de intersección de las dos coordenadas es delimitado por el acto libre nacido de la conciencia moral. Hay que luchar porque la definición de los derechos y deberes se acerque lo más posible a lo ideal pero sin abandonar los límites de lo posible impuestos tanto por el medio ambiente como por las tendencias de la animalidad. Como decíamos en otro lugar,⁴⁰ el mejor Derecho se da ahí donde lo posible se acerca más a lo ideal.

DERECHOS — NOTAS —

¹ *Instituta*, I, II, proemio.

² Véase el *Digesto*, I, 1, 1, 3.

³ Véase el magistral estudio que, sobre Hesíodo, hace Warner Jaeger en el capítulo IV del primer libro de su *Paideia* (trad. de Joaquín Xirau, Fondo de Cultura Económica, México, reimpresión de 1967). Entre otras cosas escribe (pág. 71): "En torno a la lucha por el propio derecho, contra las usurpaciones de su hermano y la venalidad de los nobles, se despliega en el más personal de sus poemas, los *Erga*, una fe apasionada en el derecho. La gran novedad de esta obra es que el poeta habla en primera persona. Abandona la tradicional objetividad de la epopeya y se hace el portador de una doctrina que maldice la injusticia y ensalza el derecho".

⁴ De la armonía del cosmos los pitagóricos dedujeron la armonía de la comunidad política y de una y otra la armonía del alma. "La ley —decían— es, en relación al alma y a la vida, como la armonía es en relación al oído y a la voz. Pues la ley instruye el alma y con ello regula la vida; como la armonía, educando el oído, regula la voz" (Fragmento 22 de Architas, extraído de Stobeo según apéndice de Juan B. Bergúa, *Pitágoras*, Eds. Ibéricas, Madrid, 1958, pág. 539). Escribe Werner Jaeger (*Paideia*, ed. cit., pág. 163): "Mediante la idea de armonía se llega a tomar conciencia del aspecto estructural de la legalidad cósmica. [...] Es incalculable la influencia de la idea de armonía en todos los aspectos de la vida griega en los tiempos posteriores. Abraza la arquitectura, la poesía y la retórica, la religión y la ética. En todas partes aparece la conciencia de que existe en la acción práctica del hombre una norma de lo proporcionado, que como la del Derecho, no puede ser transgredida sin impunidad". Es esa norma la que establece los derechos humanos.

⁵ "Quien habla con inteligencia debe apoyarse sobre lo que es común a todos, como una ciudad sobre la ley, y mucho más firmemente aún. Porque todas las leyes humanas están nutridas de la única ley divina, que domina todo lo que quiere, basta a todos y triunfa" (Fragmento 114 de Heráclito, según numeración de Diels).

⁶ La cosmovisión china se remonta al *Libro de los Cambios* o *Yiking* o *I Ching*, cuyos estratos más antiguos los fecha la leyenda en los años 2205 a 1766 a.C. y los atribuye al padre de la civilización Fu Hsi. Lao Tse (hacia 60 a.C.) y Confucio (551-479 .C.) se alimentan de esa cosmovisión, según la cual el mundo nace más de una conjunción o interacción de fuerzas y acontecimientos que de una estricta causalidad lineal como quiere la cosmovisión griega: "cada acontecimiento del mundo visible es el efecto de una 'imagen', es decir, de una idea del mundo invisible. [...] Así el hombre se halla vinculado con los ciclos, o mundo suprasensible de las ideas, y con la tierra, o mundo material de las cosas visibles, formando con esos mundos una tri-

nidad de poderes primigenios" (Richard Wilhelm, "Introducción" al *The I Ching or Book of Changes*, Princeton University Press, New Jersey, 8a. impresión, 1971, pág. LVII. La traducción es nuestra). En la cultura china, el concepto de la armonía cósmica se expresa con la palabra "tao". En un antiguo comentario al *Libro de los Cambios*, conocido como *Las Diez Alas* (atribuido al rey Wen de Chu hacia 1150 a.C.), se explica cómo los Santos Sabios autores del *Libro de los Cambios* "se ordenaron conforme al tao y sus poderes y, de acuerdo con él, establecieron el orden de lo que es derecho". "Su propósito era seguir el orden de su naturaleza y del destino. En consecuencia determinaron el tao de los cielos y lo llamaron lo oscuro y la luz. Determinaron el tao de la tierra y lo llamaron lo flexible y lo firme. Determinaron el tao del hombre y lo llamaron amor y rectitud" (Octava ala, en la citada edición del *I Ching*, págs. 262 y 264). El Derecho Natural y la ley moral, de acuerdo con la cosmovisión china, serían los poderes o energías por las que se manifiesta el tao cósmico. Sería interesante comparar esta visión con la de San Agustín y Santo Tomás, para las cuales el Derecho Natural "es la participación de la ley eterna en la creatura racional" (*Suma Teológica*, 1-2, q. 91, a. 2, c.).

⁷ Jane Van Lawick Goodall, *In the Shadow of Man*, Fontana-Collins, 2a. impr. Londres, 1973, págs. 237 y 238. La traducción es nuestra.

⁸ Ernesto Meneses Morales, *Educador comprendiendo al niño*, Universidad Iberoamericana, México, 2a. ed., 1945, pág. 15. Más adelante (pág. 28), el mismo autor explica que el amor del niño es egoísta.

⁹ Béla Székely, *Diccionario enciclopédico de la psique*. Caridad, Buenos Aires, 5a. ed., 1972, palabra "empatía", pág. 216.

¹⁰ Irenäus Eibl-Eibesfeldt, *Amor y odio. Historia natural de las pautas de comportamiento elementales*. Siglo XXI, México, 2a. ed., 1974. Véanse los capítulos 6, 7 y 8.

¹¹ Agustino Gemeli, *Psicología de la edad evolutiva* (trad. de J. Fábregas Camí), Razón y Fe, Madrid, 7a. ed., 1972, pág. 295.

¹² Ludwig Feuerbach, *La esencia del cristianismo* (trad. de Franz Huber). Juan Pablo, México, 1971, págs. 15 y 16.

¹³ *Id.*, pág. 16.

¹⁴ Marco Tullio Cicerón, *La república*, III, 22.

¹⁵ Ignace Lepp, *La nueva moral* (trad. de Delfín Leocadio Garasa). Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1964, pág. 36.

¹⁶ Octavio Nicolás Derisi, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*. Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1941, pág. 361.

¹⁷ María del Carmen Elu de Leñero, *¿Hacia dónde va la mujer mexicana?* Instituto Mexicano de Estudios Sociales, México, 2a. ed., 1973, pág. 162.

¹⁸ Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (trad. de Ernesto Garzón Valdís). Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina), 2a. ed., 1962, pág. 20.

¹⁹ Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez, de la 1a. ed. en alemán). Textos universitarios, UNAM, México, 3a. ed., 1969, pág. 15.

²⁰ Hans Kelsen, *What is Justice?* Universidad de California, Berkeley y Los Angeles, 2a. impr., 1960, pág. 21. La traducción al español es nuestra.

²¹ Karl Olivecrona, *El Derecho como hecho* (trad. de Gerónimo Cortés Funes). Depalma, Buenos Aires, 1959, pág. 56.

²² *Id.*, pág. 55.

²³ *El derecho de ser hombre*, antología preparada bajo la dirección de Jeanne Hersch (trad. de Gonzalo Arias Bonet). Eds. Sígueme, Salamanca, 1973.

²⁴ Henri Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 58a. ed., presses Universitaires de France, París, 1948, pág. 74. La traducción la hemos tomado del libro citado en la nota anterior, pág. 539, texto # 1044.

²⁵ Gandhi, citado en *El derecho de ser hombre* (ver nota 23), pág. 24, texto # 14.

²⁶ Véase al respecto nuestro artículo "La Justicia como vivencia", en *Jurídica*. Anuario del Departamento de la Universidad Iberoamericana, núm. 4 (julio, 1972), págs. 411-435.

²⁷ Vauvenargues, citado en *El derecho de ser hombre*, pág. 44, texto # 74.

²⁸ *El derecho de ser hombre*, pág. 39, texto # 50.

²⁹ Platón, *La república*, I, XII, 338 c.

³⁰ Véase *id.*, I, XV, 342 c. XVII, 345 d y XVIII, 346 c.

³¹ Véase *id.*, I, XIII, 339 c.

³² Decimos que se trata de una mera conjetura, pues bien pudo acontecer en el orden histórico del desarrollo de la humanidad que las primeras sociedades humanas estuvieran animadas de una vigorosa moral abierta. Sin embargo, la conjetura es conveniente desde el punto de vista didáctico, pues nos permite exponer en orden ascendente el Derecho Natural espontáneo, el de la moral cerrada y el de la abierta.

³³ Cicerón (*Retórica*, I, 11 c. 53), citado por Arthur Fridolin Utz, *Ética Social* (trad. Alejandro Ros), Herder, Barcelona, t. II, 1965, pág. 107.

³⁴ A. F. Utz *op. cit.* (nota anterior), pág. 92.

³⁵ *Id.*, pág. 95.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, L. V., c. VII, I.

³⁸ A. F. Utz, *op. cit.*, pág. 105 y sig. Las siglas de la cita se deben interpretar así: Sent: *Libro de las Sentencias*; C. G.: *Suma contra gentiles*; I-II: primera parte de la segunda parte de la *Suma Teológica*.

³⁹ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a.2.

⁴⁰ Véase nuestra *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 2a. ed., 1974, pág. 157 y sig. El cuadro sobre las fuentes materiales del Derecho que allí proponemos se asemeja mucho al cuadro con el que terminamos el presente trabajo. En efecto, el Derecho no es más que la declaración solemne de los derechos y deberes de los sujetos jurídicos, impuesta como fuerza normativa, obligatoria para todos, por la autoridad competente por considerarla justa, es decir, por estar de acuerdo con la conciencia moral del grupo.

CONSIDERACIONES SOBRE EL REGLAMENTO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Por F. JAVIER GAXIOLA O.
Profesor de Derecho Constitucional
de la Escuela Libre de Derecho

El 15 de diciembre de 1977, invitado por el Colegio de Abogados de Yucatán hice en Mérida comentarios sobre este tema. No quedaron escritos. Aprovecho la invitación de la Escuela para dar forma de artículo a algunos de ellos.

México, marzo 31 de 1978.

1. La Facultad Reglamentaria del Presidente de la República

Es sabido que en nuestro sistema constitucional, esta facultad deriva más de la necesidad y de la consecuente interpretación histórica que del texto de la Constitución, porque el "proveyendo en la esfera administrativa" a la exacta observancia de las leyes que expida el Congreso de la Unión de la Fracción I del artículo 89, por mucho que se quiera no significa ni jurídica ni gramaticalmente que el Presidente de la República puede reglamentar las leyes. Sin embargo, se ha intentado darle el significado tanto como se ha necesitado, llegando al extremo de que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que sí está atribuida esa facultad y precisamente en esa disposición.

No es el caso de que ahora discutamos esta "verdad jurídica", sino que la reconozcamos en razón de sus antecedentes, que hasta 1857 mencionaron la facultad expresa de reglamentar las leyes, de dar los reglamentos necesarios para su ejecución sin alterarlas ni modificarlas; en función de la necesidad y en tención a que la Constitución no prohíbe los reglamentos sino que reconoce su posible existencia al mencionarlos entre las resoluciones del Presidente sujetas a refrendo. (Art. 92).

En lo que el Constituyente no fue muy preciso es en su terminología; cabe aclarar que estos comentarios no son aplicables al reglamento autónomo que emana directamente de una disposición constitucional a la que está ligado de manera inmediata, como en los casos de los de policía a que se refiere el artículo 21, de los de extracción de aguas del subsuelo que menciona el artículo 27 y del Reglamento de Debates al que provee el artículo 71, sino a aquellos cuya liga con la Constitución es mediata y a través de la Ley que de ella emana.

Las leyes, en tanto normas de conducta de aplicación general expedidas por el Congreso son ordenamientos material y formalmente legislativos. El Maestro Tena Ramírez las clasifica como *Leyes Ordinarias*, que son aquellas que resultan simplemente del ejercicio de una actividad autorizada por la Constitución al Poder Legislativo; *Leyes Orgánicas* que ponen los medios para que funcione un artículo de la Constitución regulando la estructura o funcionamiento de alguno de los órganos del Estado; *Leyes Reglamentarias*, que también ponen los medios para que funcione un artículo de la Constitución desarrollándolo en detalle.

Por sus naturalezas semejantes la Ley Reglamentaria y el Reglamento son confundidos por quienes no tienen conceptos precisos. El Reglamento, como la Ley, es una norma de conducta, objetiva y de carácter general y pone también los medios para que funcione otra disposición desarrollándola en detalle; pero el Reglamento lo expide el Presidente de la República y no el Poder Legislativo, por lo que resulta materialmente legislativo pero formalmente ejecutivo, a diferencia de la ley que es material y formalmente legislativa; y en cuanto a los medios para que funcione una disposición desarrollándola en detalle, la ley los pone para un artículo constitucional, en tanto que el Reglamento los pone para una ley. En otras palabras, el Reglamento del Presidente de la República es a la ley expedida por el Congreso de la Unión lo que la Ley Reglamentaria expedida por éste es al artículo de la Constitución.

En México y en materia federal la facultad reglamentaria es exclusiva y expresa del Presidente de la República, porque el artículo 89 que hemos aceptado que la atribuye, se refiere a sus facultades y obligaciones, no a las del Poder Ejecutivo, no a las de sus colaboradores, sino privativamente a las de él.

El reglamento es un acto de autoridad delegada al que cabe aplicar la tesis sostenida por Hamilton en el *Federalista* y desarrollada por el Justicia Marshall (*Marbury vs. Madison*). Si es contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo, porque si ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, ningún reglamento contrario a la ley lo puede ser. "Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben."

Así, por su naturaleza jurídica y por sus antecedentes históricos, el Reglamento federal en México debe estar dentro de los límites de la necesidad de la ejecución de las leyes, sin alterarlas ni modificarlas.

En resumen, el reglamento no es una norma de conducta de carácter general y abstracto, de aplicación obligatoria, que en materia federal, sólo puede expedir el Presidente de la República, que para ser obedecido debe ser refrendado, que como se origina y vive referido a una ley,

debe respetarla "en su letra y en su espíritu" sin que su alcance la exceda o la contraríe.

Además de este breve análisis general, para los efectos particulares del estudio del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, es conveniente enfatizar:

- a) El Reglamento sólo puede ser acto del Presidente de la República. Dictarlo no es facultad del Poder Ejecutivo, ni de los Secretarios de Estado, ni de los funcionarios u organismos de la administración.
- b) El Reglamento es, pues, una disposición general del Presidente de la República, pero no de una Secretaría de Estado.
- c) El Reglamento debe estar subordinado y puede estar relacionado con una sola o con varias leyes siempre que para detallar su ejecución se formule y a ellas se refiera, pues de lo contrario sería una trampa que en lugar de ponerlas a funcionar obstaculizaría su funcionamiento.
- d) El Reglamento está limitado por la ley, no es una vía para que el Ejecutivo modifique las leyes del Legislativo.

2. Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta

Desde el 30 de enero de 1954, hasta el 30 de septiembre de 1977, casi 24 años, estuvo en vigor el anterior Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y de ellos más de la mitad, desde 1964, rigió un régimen transitorio. Previsto, pero no expedido el nuevo, fue necesario complementar aquél con acuerdos, circulares, oficios y resoluciones tendientes a no dejarlo caer en la obsolescencia.

Como parte en el proceso fiscal convenía al gobierno el resultado de disposiciones de difícil conocimiento y consulta a que se había llegado según su propio reconocimiento. Como sujeto obligado a desempeñarse leal y patrióticamente mirando en todo y por todo por el bien de la Unión, correspondía al Presidente de la República corregir, dar facilidad para la aplicación de la ley y seguridad jurídica al causante.

Es de reconocerse que la expedición del nuevo Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, al que en lo sucesivo me referiré sólo como el Reglamento, refleja un propósito loable del Presidente de la República y de sus colaboradores de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en tanto pueda significar un esfuerzo para integrar el orden normativo. De un análisis casuístico, si bien no exhaustivo resultará la opinión sobre la calidad de la materialización.

Se puede afirmar que el Reglamento tiene aciertos como el de considerar que las autorizaciones que deben operar mediante aviso del contribuyente se entenderán concedidas de la fecha de su presentación (artículo 6); el de precisar situaciones en materia de recargos (artículos 11, 13 y 14); el de permitir que se compense el crédito aun cuando provenga de impuestos que el solicitante esté obligado a retener, que precisa el

concepto de la ley haciendo clara su aplicación a pagos por terceros (artículo 15); el de limitar la responsabilidad de las instituciones de crédito a las operaciones derivadas de los fideicomisos (artículo 16) y establecer que para determinar el sujeto del impuesto en inversiones en bancos la institución deberá precisar con claridad en el documento quién percibirá los rendimientos y en qué proporción, con la correlativa obligación de informar, a cargo de los causantes, y la regla general para los depósitos colectivos de distribución de la carga por partes iguales (artículo 109); la definición de "reparaciones" y "adaptaciones" que las relaciona obligadamente con el aumento de rendimiento, vida útil, productividad o utilización (artículo 47); las reglas de determinación de créditos incobrables (art. 52).

Contiene, también, disposiciones razonables como la del artículo 107 que establece que cuando se ocurra a la prescripción para purgar vicios de los actos por los que se adquirió, no se considerará como ingreso gravable según el artículo 60-I-i) de la Ley; la del 108 que divide los ingresos y las responsabilidades en mancomunidades, sociedades conyugales, etc., la del 110 que también divide el ingreso entre los períodos a que corresponda cuando por causas ajenas a quien lo reciba se le haga un solo pago acumulado; la del 114 en cuanto permite a los cesionarios de derechos o de inmuebles que acumulen las erogaciones del cedente para fijar el precio de adquisición del inmueble; la del 115 en tanto se determina como fecha de adquisición para efectos fiscales aquella en que se consuma la prescripción, que beneficia al fisco, y es lógica y jurídica ya que la prescripción opera al consumarse, no al declararse.

Por otra parte proceden observaciones de carácter jurídico, porque el Reglamento contiene disposiciones cuya técnica legislativa es defectuosa, que exceden a los límites de la Ley, que son contradictorias o difusas, que no son reglamentarias de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que no son equitativas, que distinguen donde la ley no establece distinción, que cambian su contenido o que son contrarias a los principios de derecho, a la ley y a la Constitución. Así, por ejemplo:

El artículo 2 del Reglamento se refiere a autoridades administradoras y autoridades exactoras, entendiendo como administradoras a la Dirección General de Administración Fiscal, a la Dirección del Impuesto Sobre la Renta, a las Administraciones Fiscales Regionales, a las Unidades Administrativas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y a las autoridades locales competentes; y como exactoras a las Oficinas Federales de Hacienda y en su caso a las autoridades fiscales locales competentes para recaudar.

Esta división no está de acuerdo con el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que establece que la Dirección del Impuesto Sobre la Renta es auxiliar de la Dirección General de Administración Fiscal y que las administraciones regionales son auxiliares de la Dirección General de Administración Fiscal Regional que deben

actuar según acuerdo de delegación. ¿Por qué en un caso el Reglamento incluye entre las administradoras a la Oficina principal y a la auxiliar —que por naturaleza y dependencia jerárquica está comprendida en su principal— y en el otro se incluye a la principal y se incluye a los auxiliares?

Según el Reglamento las unidades administrativas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se entienden como autoridades administradoras. Dispone el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que las Oficinas Federales de Hacienda, como unidades administrativas son autoridades administradoras. Dada la técnica defectuosa del Reglamento, ¿hemos de concluir que son administradoras a las que debemos entender como exactadoras, o que son una y otra?

El artículo 8 del Reglamento se refiere genéricamente a la autoridad administradora sin precisar cuál de todas las que menciona el artículo 2 ya comentado, con lo que evidentemente no cumple el propósito de un Reglamento que es detallar para la aplicación de la ley reglamentada.

El artículo 113, queriendo comprender todas las operaciones de enajenación de inmuebles con pago de precio definido se refiere con notoria falta de técnica a contratos "cualquiera que sea el nombre que se les dé".

El artículo 3 del Reglamento está relacionado con la obligación de formular avisos, declaraciones y manifestaciones consignadas en el artículo 6 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, a la que en lo sucesivo me referiré como LISR. Según ésta, el causante debe hacerlo en formas aprobadas, lo que hace imperativo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las apruebe, ya que en los términos estrictos de la Ley, si no hay formas no hay obligación. Y no obstante, provee el Reglamento, para los casos "de que las formas no hubieran sido aprobadas", que con los avisos y declaraciones se deben presentar escritos que contengan datos relativos a la obligación que los causantes "pretenden cumplir", con lo cual se viola un derecho del sujeto del crédito fiscal, se pretende obligarle a actuar cuando legalmente no debe hacerlo y, más aún, a suplir las omisiones de la autoridad.

Además, es de llamar la atención sobre cómo el texto de la norma refleja una curiosa posición subjetiva de la autoridad fiscal frente a los causantes al referirse no a la obligación que cumplen, sino a la "que pretenden cumplir".

Siguiendo el razonamiento, el párrafo 2o. del mismo artículo 3 del Reglamento establece que para el pago de impuestos bastará que el causante presente ante la autoridad exactora un escrito por cuádruplicado expresando su nombre y domicilio, el número del registro federal de causantes, el ejercicio y el monto del impuesto; aparente facilidad para el pago que es contrario a la LSR que ordena que el pago se haga al presentar las declaraciones o manifestaciones exigidas por la Ley, esto es, en formas aprobadas, excluyendo otras maneras y obligaciones de pagar, entre ellas la que es materia de este reglamento.

El artículo 4 del Reglamento, al exigir que cuando se utilice el servicio postal se presenten los documentos por correo certificado, debiendo el cansante conservar copia y el acuse de recibo correspondiente y al obligar a que los avisos de clausura o de suspensión de operaciones se presenten directamente ante la autoridad exactora, excede y contraría los límites de la LISR.

La trasgresión del espíritu y de los límites de la LISR, es notorio en el artículo 132, que obliga a cumplir obligaciones fiscales ante el "consulado mexicano", como si fuera autoridad exactora —y no lo es conforme a la LISR y al Reglamento— y que "exime" de la obligación de utilizar formas aprobadas, cuyo uso, según se ha visto, como requisito y condición de pago es obligatorio según la LISR.

El artículo 9 del Reglamento es contradictorio en que faculta para prorrogar plazos para la presentación de declaraciones haciendo constar expresamente que la prórroga no exime de la obligación de efectuar el impuesto causado, el cual deberá quedar cubierto dentro del plazo legal. Independientemente de que el presupuesto de la prórroga es la imposibilidad de hacer la declaración y por tanto la de determinar el impuesto, la LISR obliga a simultaneidad en el pago y la presentación de la declaración y en consecuencia la contradicción del Reglamento es además violación de la LISR reglamentada. Por lo demás y en cuestión de plazos es discutible si se está reglamentando la LISR o el Código Fiscal de la Federación.

El artículo 18 del Reglamento establece una distinción contraria a la equidad. Las personas a quienes las autoridades fiscales soliciten informes y datos gozan, para proporcionarlos, de un plazo de 15 días que puede ser prorrogado; pero si la información se solicita durante la práctica de una visita domiciliaria, debe proporcionarse de inmediato. ¿En qué se funda y qué puede justificar la discriminación?

El artículo 76 del Reglamento contiene una disposición sana, conveniente, pero improcedente en un reglamento de la LISR: establece que en caso de destrucción, pérdida o robo de los libros y actas de asambleas o de consejo, la autoridad autorizará nuevos, pero en ellos sólo podrán asentarse las actas de reuniones que se hubieren celebrado dentro de los 60 días anteriores a la fecha en la cual el libro se autorice. La ley que se refiere a los libros de actas y que en su caso podría ser reglamentada en estos términos es la General de Sociedades Mercantiles, no la del Impuesto Sobre la Renta.

El artículo 102 del Reglamento contiene una disposición injusta. Obligados los que hacen pagos a trabajadores a calcular y a retener el impuesto de éstos, todavía les exige el Reglamento que compensen las diferencias que resulten entregando su importe a los trabajadores, pero les prohíbe que lo hagan con los saldos a favor de unos contra los saldos a favor de otros, debiendo pagar a la autoridad a más tardar en el mes de marzo las diferencias derivadas de la liquidación anual. Es así que

además de soportar cargas de terceros, el retenedor pierde la disponibilidad de sus fondos mientras el fisco se beneficia de ellos. Si el patrón retiene y paga por todos sus trabajadores y se convierte en un intermediario responsable entre éstos y la autoridad fiscal, debe permitírsele que considere esa relación fiscal como un todo autorizando la compensación entre sus partidas. Porque es razonable que no compense los sobrantes de un causante con los faltantes de otro para perjuicio de sus trabajadores; pero no que deje de compensarlos como partidas de un impuesto acumulado para el exclusivo beneficio del fisco.

El artículo 111 al determinar el carácter rústico o urbano de los bienes inmuebles invade la esfera de acción y competencia de los estados de la federación. El 117 al mencionar que en la enajenación de inmuebles cuyo dominio pertenezca a varios proindiviso, se dividirá la utilidad entre los copropietarios para determinar el impuesto, es lógico pero innecesario, dada la regla general para copropiedades, mancomunidades, etc., contenida en el artículo 108.

El artículo 92 del Reglamento es contrario a la LISR. Tratándose de personas físicas, sujeta la deducibilidad de reparaciones, adaptaciones e instalaciones a que impliquen adiciones al activo fijo, requisito que la LISR sólo establece para causantes al Ingreso Global de las Empresas y no para personas físicas. Reconocí antes la bondad del Reglamento al definir los conceptos de reparaciones y adaptaciones, pero no puedo aceptar la vigencia del artículo que ahora comento porque la LISR en su artículo 51, I, incisos b), c), y 4), menciona porcentajes de depreciación para edificios, construcciones, inversiones en maquinaria, equipo y bienes muebles, automóviles y otros equipos de transporte sin referirlos ni limitarlos a adiciones o mejoras, como lo hace en su artículo 21-X para las empresas. Si la LISR no exige, el Reglamento pretende ir más allá del límite de su contenido y es, por tanto, violatorio e inaplicable.

Hay algunos casos interesantes que ameritan comentario. La LISR contiene referencias a disposiciones de carácter general que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y tal parece que al formular el Reglamento y con su expedición se estaba pensando que se dictaban dichas disposiciones de carácter general. Por ejemplo, el artículo 24 del Reglamento permite que los causantes varíen el sistema de valuación de costo absorbente por el de costos estimados o costos estándar, para lo cual la LISR exige disposición de carácter general de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; el artículo 77 del Reglamento precisa los datos que deben contener los documentos comprobatorios a que se refiere el artículo 42-II de la LISR, cuando según esto corresponde fijarlos a disposiciones de carácter general de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Es cierto que el Reglamento es resolución de carácter general; pero se ignoró que en nuestro sistema sólo compete al Presidente de la República y que no es decisión de otros organismos o funcionarios del

Poder Ejecutivo Federal, por lo que jamás puede considerarse resolución de una Secretaría de Estado y en el caso particular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Esto, que para quienes no conocen suficientemente el derecho puede parecer absurdo es fundamental para determinar la validez de las normas correspondientes.

Es también interesante que entre los ingresos objeto del impuesto hayan incluido en el artículo 86 del Reglamento la ayuda o compensación para renta de casas y el importe de las becas otorgadas a personas que estén obligadas a prestar servicios como consecuencia de las mismas, que dio lugar a presiones y reclamaciones de organizaciones obreras y a reformas al artículo. En mi opinión tanto el contenido original del artículo, como los ataques y la reforma carecen de valor legal, porque los ingresos que pueden ser objeto del impuesto carecen de valor legal, porque los ingresos que pueden ser objeto del impuesto son los que la LISR señala. Si el Reglamento incluye otros no es legítimo, si los omite no tiene consecuencias, si los repite es inútil. Los ingresos de que en el caso se trata son contraprestaciones ordinarias o extraordinarias de las mencionadas en el artículo 48 de la LISR, están comprendidos en ella y su texto, su interpretación y su debida aplicación superan cualquier disposición que no se le conforme.

El artículo 87 del Reglamento es reglamentario del Código Civil, denota la actitud de desconfianza del fisco, y en su parte relativa es impugnable porque excede los límites y el espíritu de la Ley. Es así porque las asociaciones o sociedades civiles están normadas por la legislación civil y no por la fiscal; porque conforme a la ley que las crea y regula no se altera su carácter jurídico ni su personalidad moral por el hecho de que sus asociados o socios tengan asignada retribución o participación garantizada independientemente de los ingresos por participación. La doctrina y la ley aplicables a las personas morales no impiden las remuneraciones fijas y la costumbre las fomenta. ¿Cuántas sociedades tienen a sus socios como funcionarios a sueldo y quién con mayor interés que ellos puede dirigirlos?

Por lo demás, de la aplicación de este artículo con el que parece que se pretenden evitar erogaciones deducibles por remuneraciones a socios o asociados, sólo resultan dificultades de operación, porque la sociedad o asociación civil no es causante que pague impuestos y las percepciones de sus socios o asociados igual causan e igual son acumulables como participación garantizada que como remuneración.

Otro caso que amerita comentarse es el de los productos o rendimientos provenientes de bienes adquiridos por herencia a los que, en tanto no se verifique la partición se les sujeta a reglas especiales que el artículo 106 del Reglamento hace consistir en que deberán considerarse percibidos en el ejercicio en que la sucesión las distribuya o entregue aunque no se hubieren adjudicado los bienes que dieron origen a dichos ingresos, y en que si la sucesión no los distribuye se considerarán percibidos en el

ejercicio en el cual se adjudiquen los bienes o bien se podrán considerar percibidos conforme se vayan devengando.

El artículo 133 del Reglamento establece un procedimiento a seguir en caso de muerte de causantes, que implica aviso de baja y declaración y pago de impuestos por ingresos percibidos por el autor de la sucesión hasta el momento de su fallecimiento.

LA LISR sólo grava los ingresos derivados del trabajo o del capital o de su combinación u otras situaciones jurídicas que ella señale. La sucesión está sujeta a reglas de derecho peculiares y constituye una unidad patrimonial que como su nombre lo indica sucede universalmente a su autor hasta que se hace la partición y adjudicación. Esta sustitución comprende derechos y obligaciones en los que quedan incluidos los de carácter fiscal. Es notorio que en las disposiciones reglamentarias no cumplen con los principios generales apuntados y excede los límites de la Ley.

Es curioso que la LISR mencione las gratificaciones de fin de año y que el Reglamento en su artículo 88 permita que se cubran en cualquier época y en un solo pago o en parcialidades, condiciones que hacen perder el carácter original. ¿Por qué no reformar a LISR en lugar de ocurrir a procedimientos indirectos como éste, cuya validez es cuestionable? Siguiendo la misma idea: la LISR exceptúa del pago del impuesto las indemnizaciones por riesgos profesionales o enfermedades profesionales, y el reglamento en su artículo 89 añade la indemnización por riesgos no profesionales y la declara exenta del impuesto.

He hecho estas consideraciones a manera de ejemplos y vicios del Reglamento, que si como abogados podemos aprovechar en defensa de nuestros clientes, como juristas debemos tratar de corregir. Cada caso particular requerirá su propio análisis y el estudio de las normas en que se funde; el estudio general del Reglamento lleva a la conclusión de que el esfuerzo que significa se materializó con vicios para cuya corrección se requiere una intervención más directa, más activa y más considerada de los peritos en derecho

EL CONTRATO DE SEGURO

LIC. LUIS RUIZ QUIROZ

*Profesor de Seguros y Fianzas en la
Escuela Libre de Derecho*

1. SU NOCION

Se ha discutido siempre acerca de una definición del Contrato de Seguro que lo sea verdaderamente, sin que se haya logrado algo satisfactorio, porque se tropieza con la dificultad, hasta ahora no superada, de encontrar una fórmula que pueda englobar dentro de un concepto realmente unitario los dos tipos irreductibles del seguro contemplados por la doctrina universal y por las leyes de todos los países: el de daños y el de vida.

Nuestra Ley Sobre el Contrato de Seguro lo define en su artículo 1º, de la siguiente manera:

“Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato”.

Esta definición realmente se descompone en dos, la del seguro de daños y la del de personas, o mejor dicho, la descripción de esos dos grupos principales. Para poder identificarlos dentro de ella es necesario separar el contenido del artículo 1º de la Ley Sobre el Contrato de Seguro en dos párrafos que pueden quedar redactados de la siguiente manera:

I. Por el contrato de seguro de daños, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

II. Por el contrato de seguro de personas, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a pagar una suma de dinero, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

2. SU DEFINICION

Es necesario buscar los elementos comunes para ver cuáles son los esenciales, es decir, aquellos suficientes para que se pueda calificar a un contrato como de seguro, independientemente de que sea de daños o personas.

Esos los encontramos reunidos en la definición que Hémard propone: “Operación de seguro es aquella por la cual una parte, el asegurado, se

hace prometer, mediante una remuneración llamada prima o cuota, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo determinado, una prestación por otra parte, llamada asegurador, que toma a su cargo un conjunto de riesgos y los compensa conforme a las leyes de la estadística".

Si bien es cierto que Hémard define la operación de seguro, también lo es, que en México, como se verá adelante al tratar de la empresa, el contrato de seguro es siempre una operación de seguro y por lo tanto la definición transcrita es aplicable al contrato de seguro.

Si se comparan las dos definiciones en que se ha descompuesto el artículo 1º de la ley se encontrará que solamente difieren en un punto. En la del seguro contra los daños se habla de un resarcimiento de daños, mientras que al referirse al seguro de personas se habla de pagar una suma de dinero. Por lo tanto para llegar a una definición unitaria será necesario buscar un término que sea común a las dos definiciones que se comentan, y que las haga coincidir en cuanto ahora difieren.

Si a la vez se compara la definición propuesta por Hémard con las dos que se desprenden de la ley, se observará lo siguiente:

a) Hémard habla del riesgo expresamente; la ley habla de la eventualidad prevista en el contrato, lo que evidentemente es el riesgo.

b) Hémard habla del "asegurador que toma a su cargo un conjunto de riesgos y los compensa conforme a las leyes de la estadística", mientras que nuestra ley se refiere a la "empresa aseguradora" para expresar el mismo pensamiento de Hémard, aunque adoptando la terminología de Vivante.

c) Ambas definiciones señalan expresamente a la prima como prestación del asegurado en el contrato de seguro.

Por tanto, hay coincidencia en las definiciones por lo que respecta a los elementos a que se ha hecho referencia.

La diferencia surge precisamente en el mismo punto en que no coinciden las dos definiciones del artículo 1º de la ley. Donde ésta dice "resarcir un daño" y "pagar una suma de dinero", Hémard solamente habla de una prestación.

Si los términos que difieren en las dos definiciones legales son precisamente los que se refieren a la prestación del asegurador, y si Hémard usa uno solo para referirse a dicha prestación, es claro que el mismo constituye el elemento común que se busca para unificar las definiciones contenidas en el artículo 1º de la ley. En efecto, la expresión "prestación del asegurador" puede usarse ya para significar resarcimiento de un daño por parte del asegurador, ya para significar el pago de una suma de dinero por parte del mismo.

3. SUS ELEMENTOS. SU CLASIFICACION

Ahora bien, con base en la definición del contrato de seguro hay que buscar los elementos suficientes e indispensables para que su presencia permita calificar un contrato como de seguro.

Doctrinalmente se conocen esos elementos como esenciales en oposición a los elementos accidentales y a los efectos que produce, que muchas veces son llamados elementos naturales.

Elementos esenciales, según Bonnetcase, "son aquellos gracias a los cuales el contrato posee figura propia y se diferencia de cualquier otro". Son los elementos de los que depende la existencia del contrato, es decir, su presencia es indispensable para que el contrato exista y sea la clase de contrato que se pretenda.

Elementos accidentales son aquellas modalidades que un contrato puede tener o no tener, según sea la voluntad de los contratantes. No son necesarios para la existencia del contrato, pero una vez establecidos pueden afectar dicha existencia. Los ejemplos típicos de estos elementos son el término y la condición.

Elementos naturales del contrato son las consecuencias que acarrea según su naturaleza, consecuencias que pueden renunciarse por las partes siempre y cuando no se violen las disposiciones imperativas de la ley. Más que elementos, son efectos naturales de los contratos.

El Código Civil del Distrito Federal en el artículo 1794 requiere para la existencia de todo contrato, consentimiento y objeto materia del mismo; es decir establece los elementos esenciales genéricos del contrato.

El objeto consiste en las prestaciones de las partes, o como dice el artículo 1824 del Código Civil, son objeto de los contratos la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer, o no hacer.

El objeto de cada contrato permitirá distinguirlo de cualquier otro, permitirá clasificarlo como nominado o innominado.

Para que pueda decirse que un contrato es nominado, es indispensable que su objeto (el que los distingue de los demás) consista en determinadas prestaciones que, conforme a la ley, sean indispensables para que exista ese tipo especial de contrato, que se reglamenta por separado y se designa con un nombre específico.

Esas prestaciones determinadas, son los elementos esenciales específicos de cada contrato nominado, o sea, los necesarios para su existencia. Si alguno falta, podrá haber contrato, siempre que por lo menos existan los elementos esenciales genéricos; pero no será aquel contrato nominado, sino otro, nominado o innominado.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales contiene en su artículo 1839 la base de esta clasificación doctrinaria:

"Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean con-

secuencia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".

4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO

La definición legal del contrato de seguro deberá contener, por tanto, no sólo los elementos genéricos de todo contrato, es decir consentimiento y objeto, sino que este último deberá ser de tal naturaleza que lo distinga y caracterice como ese contrato nominado. Ahora bien, según su definición legal, consiste ese objeto en las prestaciones recíprocas de las partes que son:

a) prima y b) prestación del asegurador.

a) La prima es el precio del seguro, es decir, es la contraprestación que paga el contratante del seguro por la prestación del asegurador.

Para su fijación se atiende a la suma asegurada, a la duración del seguro y a la gravedad del riesgo.

b) La obligación del asegurador consiste en tomar a su cargo el resarcimiento de un daño o el pago de una suma al realizarse el evento previsto en el contrato, es decir, al convertirse el riesgo en realidad. Por eso se acostumbra por la doctrina decir que el contenido de esta obligación consiste en la asunción del riesgo por el asegurador, y cuando se trata de seguros de daños, esa obligación es propiamente una garantía de indemnizar al asegurado, que es como nuestra ley la llama en su artículo 20, repetidas veces.

La garantía existe desde el momento en que perfeccionado el contrato, se inicia el riesgo, o sea la posibilidad de que se realice el evento temido. Si éste no llega a producirse, no por ello se puede decir que el asegurador no ha cumplido con la prestación que es el contenido de su obligación: ha prestado su garantía de resarcimiento de daños posibles; ha asumido un riesgo y ha estado expuesto a su realización durante la vigencia del contrato. Esto es lo que da al contrato de seguro su carácter aleatorio, en virtud del cual, la prestación del asegurador puede ir desde la simple exposición al riesgo de indemnizar, hasta la efectiva indemnización del daño que se llegare a producir, dentro del límite constituido por la suma asegurada. Esta misma exposición del asegurador al riesgo de pagar la suma asegurada, se encuentra también en el seguro de vida. De ahí que en la definición de Hémard se englobe, dentro de la denominación "prestación del asegurador", este elemento del contrato de seguro, para dar una definición unitaria del mismo.

5. CONTENIDO Y EXTENSION DE LA PRESTACION DEL ASEGURADOR

La prestación del asegurador es determinada en su extensión por diversos elementos necesarios:

a) riesgo, o eventualidad desfavorable para el asegurado, prevista en el contrato;

b) objeto del riesgo, constituido bien por la persona, bien por el patrimonio del asegurado;

c) suma asegurada, que es el límite máximo de la prestación del asegurador.

Pero esta prestación, aun determinada por los tres elementos expresados, no es el contenido total de la obligación del asegurador, es decir, no es todo lo que debe hacer a cambio del pago de la prima. No es suficiente la simple asunción del riesgo, como se acostumbra decir por los tratadistas, sino que el artículo 1º de la Ley sobre el Contrato de Seguro exige ineludiblemente, que esa asunción del riesgo se haga no en forma ocasional, sino habitual, de manera que puede efectuarse lo que se llama compensación de los riesgos o distribución del riesgo. Esta exigencia está contenida en la expresión "empresa aseguradora" que se usa en dicho artículo y cuyo alcance y significado se definen como después se verá, en el artículo 2º de la ley.

6. EL RIESGO

El más importante de los elementos necesarios para determinar la extensión y contenido de la prestación del asegurador, es el riesgo, a cuyo derredor gira todo contrato de seguro: sin riesgo no puede existir este contrato. Por eso se le considera universalmente como uno de sus elementos esenciales específicos.

Sin embargo, no aparece mencionado por su nombre en el artículo 1º de la ley, aunque claramente lo señala al hablar de "la eventualidad prevista en el contrato". Además, como el riesgo es indispensable para determinar la prestación del asegurador, es por tanto necesario para determinar el objeto del contrato, que es uno de sus elementos esenciales. Por esta razón contiene la ley estas dos disposiciones:

"Artículo 45. El contrato de seguro será nulo si en el momento de su celebración el riesgo hubiere desaparecido o el siniestro se hubiere ya realizado..."

"Artículo 46. Si el riesgo deja de existir después de la celebración del contrato éste se resolverá de pleno derecho y la prima se deberá únicamente por el año en curso; a no ser que los efectos del seguro deban comenzar en un momento posterior a la celebración del contrato y el

riesgo desapareciere en el intervalo, en cuyo caso la empresa sólo podrá exigir el reembolso de los gastos”.

7. LA EMPRESA, ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE SEGURO

El otro elemento de importancia capital, que viene a constituir el contenido de la obligación del asegurador y que está íntimamente ligado con el riesgo, es la forma de asumir éste. No puede hacerlo ocasional o aisladamente, sino en forma habitual y sistemática, puesto que el asegurador debe ser una “empresa” que se ajuste a lo que exige la Ley General de Instituciones de Seguros para poder existir y funcionar (como requiere el artículo 2º de la Ley sobre el Contrato de Seguro). Un examen aun superficial de la ley que rige a las empresas de seguros, pone de manifiesto que su funcionamiento descansa sobre la base de lo que se llama el principio económico de la mutualidad, que trataré de explicar en seguida.

La experiencia nos enseña que en todas las circunstancias de la vida, nuestras personas y nuestro patrimonio se encuentran amenazados por una multitud de riesgos o sea de probabilidades de que se realicen eventos dañosos. Pero también sabemos con certeza que esas amenazas de daños personales o patrimoniales se realizan solamente en muy pocos casos. Todos estamos expuestos a que se incendie la casa en que vivimos, pero únicamente son destruidas por el fuego unas cuantas casas cada año y así podemos comprobar que existen aún muchas construidas en la época colonial. Todos estamos expuestos a ser atropellados por un automóvil o por un tranvía en las calles de la ciudad y sin embargo, sólo unos cuantos sufren esos accidentes.

Este conocimiento o experiencia de la existencia de riesgos de diferentes tipos que amenazan a grupos enormes de personas y de que sólo se realizan y dañan a pocos de los que están expuestos a ellos; permite que los grupos de los que están amenazados por un riesgo determinado puedan unirse para soportar conjuntamente los daños que sufran los pocos para quienes la amenaza de daño se convierte en realidad.

Soportar conjuntamente esos daños no es otra cosa que repartir el monto de ellos entre los expuestos al mismo riesgo; es repartir las pérdidas; es distribuir el monto de la reparación de tales daños, entre todos. La distribución o repartición de las pérdidas se puede hacer a medida que se vayan produciendo, mediante la cooperación de todos los comprometidos; se puede hacer al finalizar un determinado período, sea de un mes, de tres meses, o de un semestre o un año, etc., pero esto significaría demorar el resarcimiento del daño sufrido por cada persona lesionada por el evento dañoso; y se puede hacer también cobrando la cuota o aportación de cada comprometido, antes de que el daño se produzca,

siempre que se sepa, aunque sea aproximadamente, la medida en que se producirá para el conjunto.

La estadística ha permitido hacer esto último, es decir, repartir las pérdidas que todavía no se producen, y que sólo afectarán a unos pocos, entre la totalidad de los expuestos a sufrirlas. Ha permitido preestablecer las pérdidas probables o sea el número probable de veces que se realizará un riesgo en un período determinado y calcular así el monto de las cuotas de cada uno, para formar con ellas un fondo que sea suficiente para resarcir todos los daños ocurridos durante un período determinado, que generalmente se fija en un año. Se reparte la pérdida eventual o probable, no la pérdida ya realizada y como la pérdida eventual es lo que se llama riesgo, este procedimiento económico se llama también de distribución del riesgo, de repartición del riesgo o de compensación de los riesgos que se realizan, con los que no se realizan. Es también llamado procedimiento económico de la mutualidad.

Es el que exige la Ley General de Instituciones de Seguros para servir de base de organización y funcionamiento de las empresas de seguros y por lo mismo, cuando el artículo 1º de la Ley sobre el Contrato de Seguro define a éste diciendo que es aquél por el cual “la empresa aseguradora”... etc., lo que en realidad establece es que el asegurador, a cambio de la prima, contrae la obligación de asumir el riesgo del asegurado, pero no aisladamente, sino para compensarlo según las leyes de la estadística. Es la tesis de Vivante que él mismo llamó de “la empresa”, como elemento esencial del contrato de seguro, entendiéndolo por “empresa” esa asunción habitual, sistemática y técnica de un gran cantidad de riesgos, para compensarlos según las leyes de la estadística o para distribuirlos entre todos los asegurados, que tienen en realidad el carácter de mutualizados.

Por consiguiente, no sólo la técnica de las empresas de seguros hace de la práctica habitual de sus operaciones propias, un elemento esencial de las mismas, sino que la ley también lo establece con la expresión que se ha venido citando y de esta manera, la práctica necesaria de operaciones en serie, constituye parte de lo que el asegurador debe hacer en virtud de cada contrato y es, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1824 del Código Civil del Distrito Federal, lo que se llama objeto del contrato de seguro. Si no se cumple con este requisito que la ley impone al asegurador, falta un elemento del objeto y el contrato de seguro no podrá existir, aunque pueda existir otro contrato, sea nominado o innominado.

Puedo repetir en consecuencia, lo que antes dije al hablar de la definición del contrato de seguro: que en derecho mexicano, es siempre una operación de seguro, aunque haya operaciones de esta naturaleza económica, que puedan no tener el carácter jurídico de contratos de seguro.

También puedo repetir que la definición que da Hémard de la ope-

ración de seguro, es, de acuerdo con nuestro derecho, aplicable al contrato de ese tipo, aunque no lo caracterice suficientemente, por no precisar la naturaleza de la prestación del asegurador.

EL FIDEICOMISO EN MEXICO

(Naturaleza, antecedentes y desarrollo)

LIC. JOSÉ LUIS DE LA PEZA

Profesor de Derecho Romano y Rector Interino de la Escuela Libre de Derecho

Adaptación de la conferencia que sustentó el autor el 9 de marzo de 1978, en el Seminario Latinoamericano de Fideicomiso.

De acuerdo con nuestra definición legal (art. 346 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*), en virtud del fideicomiso, "el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Quiero hacer resaltar esa sencilla expresión de que "el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado", ya que constituye la afirmación de que el fideicomitente, en tanto es propietario, tiene un señorío o una potestad que puede hacer valer y defender frente a todos, inclusive frente a la autoridad política. Se trata de una afirmación que implica la rebeldía, la insatisfacción contra todo lo que pueda condicionar o limitar el sentido de la propiedad. En efecto, cuando afirmamos que alguna cosa nos pertenece, que algo es nuestro, reclamamos el reconocimiento de que respecto de tal cosa solamente cuenta nuestra voluntad, de que sobre ella no reconocemos más poder o autoridad que nuestro propio poder. Por esto los romanos dicen que la propiedad es un señorío (*dominium*) y que el propietario es señor (*dominus*).

Lo que he conseguido por mi trabajo, lo que recibo de mis antepasados, lo que he adquirido por cualquier otro medio jurídico, en suma, lo mío, está ordenado a la satisfacción de mis necesidades; pero no nada más a esto, sino a todo lo que yo quiera. Nadie más que yo puede darle destino a una cosa mía. Por eso, cuando la ley dice, con sencillez, que "el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin", está refiriéndose a algo tan importante como es la facultad que tiene cada quien para disponer de lo suyo.

Pero el acto de disposición que realiza el fideicomitente no contiene una disposición lisa y llana, no es un acto de todos los días; es más bien un acto peculiar, puesto que decide no encargarse él mismo de la realización del fin al cual quedan ordenados los bienes, ni tampoco la encarga

a quien resultará beneficiado por la realización de ese fin, sino que encomienda esa tarea a un tercero en quien deposita plenamente su confianza, el fiduciario. Un tercero muy particular porque es confiable y porque está dispuesto a servir, porque se le considera especialmente apto para cumplir con el fin; características que permiten que el fideicomitente pueda estar tranquilo, pueda despreocuparse y que, cuando hay un beneficiario concreto del fin propuesto, también permiten que éste pueda sentirse a salvo, pueda asimismo confiar.

Estas son las dos notas características del fideicomiso: un acto de disposición de bienes por el que se ordenan éstos a un fin y un encargo, basado en la confianza, a un tercero para que lo lleve a feliz término.

La misma ley prevé que el fideicomiso puede hacerse por testamento o por un acto entre vivos, es decir que puede realizarse para que surta sus efectos, para que el fin se lleve a cabo, después de la muerte del fideicomitente o en vida de éste.

Con cierta facilidad se puede caer en la tentación de asimilar esta operación a un mandato, tal como lo hizo nuestra primera legislación sobre la materia o como lo ha hecho el eminente jurista centroamericano Ricardo Alfaro. Pero un análisis cuidadoso de esta institución nos obliga a desechar tal interpretación. En efecto, cuando por un mandato encomendamos a otro que realice ciertos actos, no nos privamos de la facultad de realizarlos nosotros mismos; en cambio, en el fideicomiso, desde que es perfecto, sólo el fiduciario puede actuar; cuando damos un mandato para obrar respecto de un bien, no quedamos jurídicamente impedidos para dar a ese bien un destino diferente y frustrar o hacer imposible el cumplimiento del encargo; mientras que en el fideicomiso, desde su perfeccionamiento, no pueden ejercitarse respecto de los bienes objeto del mismo, más actos que los encaminados a la consecución del fin propuesto. Además, el mandato termina con la muerte del mandante, por lo cual, si el fideicomiso fuera tan sólo una especie de mandato, el fideicomiso testamentario sería imposible.

Es muy común señalar que el *trust* anglosajón es el antecedente histórico de nuestro fideicomiso; la misma exposición de motivos de la *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito* así lo consigna. Tal parece que en esta materia súbitamente abjuramos de nuestra tradición romana y que, desengañados de ella, fuimos a abreviar a otras fuentes.

Esto es aún más asombroso cuando, estudiando los antecedentes históricos de esta institución, descubrimos que los hay, y muy interesantes, tanto en el derecho romano clásico y post clásico, como en el derecho español de la Edad Media y en las costumbres, no sólo de los pueblos latinos, sino también del nuestro.

Sin embargo, tenemos que reconocer que el *trust* anglosajón es el antecedente inmediato de nuestro fideicomiso. A pesar de las dificultades que implicaba el transplantar a nuestro medio esta institución, que en su versión sajona nos era exótica; dificultades derivadas principalmente

de la diferencia fundamental entre nuestro sistema jurídico y el anglosajón, haciendo verdaderos malabarismos, padeciendo graves desajustes, poniendo a nuestros juristas y tribunales en serios aprietos, tomamos el *trust* anglosajón y lo incorporamos a nuestro derecho, a golpe de martillo.

¿Cómo explicar esta ruptura? ¿Es acaso fruto de la incultura o del esnobismo? ¿Por qué, si el fideicomiso original fue resultado de la creatividad de los romanos, autores de las raíces de nuestro sistema jurídico, tuvimos que importarlo, como producto acabado, de los sistemas de los Estados Unidos e Inglaterra?

Me parece que vale la pena intentar una explicación para devolver el buen crédito a nuestro legislador del fideicomiso, a quien, en realidad, no podemos acusar ni de ignorante ni de esnob.

La verdad es que el fideicomiso, en sus características esenciales, lo crearon los romanos; fue uno de los muchos alardes del ingenio de éstos para suplir las lagunas de su derecho tradicional y para dar la vuelta a algunas leyes que, por su rigidez o inhumanidad, resultaban odiosamente injustas. Aun cuando, en un principio, se desconoció la eficacia jurídica del mismo, logró imponerse y obtener pleno reconocimiento. Pero, como frecuentemente sucede, no tardaron mucho en aparecer los que vienen a aguar la fiesta, quienes empezaron a utilizarlo para fines ilícitos, para hacer fraude a leyes buenas y justas, y entonces la legislación y la jurisprudencia iniciaron una lucha contra la indebida aplicación del fideicomiso, de modo que se llegó a distinguir, entre los mismos romanos, el fideicomiso lícito, apoyado por el derecho, del fideicomiso fraudulento, combatido por éste, aunque nunca totalmente vencido. En la Edad Media, entre los pueblos europeos de abolengo romano, proliferaron tanto las aplicaciones indebidas del fideicomiso, que se terminó por sospechar que todas las operaciones de este tipo eran fraudulentas.

El origen del fideicomiso, en tanto que comenzó siendo una forma de disponer de los bienes no reconocida por el derecho, es muy difícil de precisar dentro de la evolución del derecho romano. Fue el emperador Octavio Augusto quien por primera vez reconoció públicamente su eficacia, cuando, habiendo recibido por un fideicomiso el encargo de Lucio Lentulo de hacer determinadas cosas respecto de los bienes de la herencia de éste, el mismo cumplió el encargo y, en seguida, esta conducta fue imitada por los demás ciudadanos (*Inst.* 2.25 pr.) y después fue declarada obligatoria (*Inst.* 2.23.12). Más tarde, Augusto encomendó a los cónsules que en una *cognitio extraordinem* resolvieran las cuestiones suscitadas con motivo del incumplimiento de los fideicomisos. Claudio instituyó una pretura especial, la de los *praetores fideicomissarii*, para conocer, también en una *cognitio extraordinem*, el incumplimiento de parte del heredero fiduciario. Esta misma facultad se hizo extensiva a los gobernadores de las provincias.

El reconocimiento de la eficacia jurídica de los fideicomisos se mantu-

vo a lo largo de la época post clásica y fue confirmado por Justiniano, mediante una nueva *constitutio*.

Sin embargo, desde la época clásica se empezó a combatir los fideicomisos secretos, llamados *tácitos*, que tenían por objeto hacer fraude a una ley. *D. 22.1.17.2* se refiere a un rescripto de Antonino Pío que disponía que los bienes objeto de un fideicomiso de esa especie pasarían a poder del fisco. La jurisprudencia también declaraba la ineficacia de esas operaciones, según atestiguan Juliano (*D. 30.103*) y Gayo (*D. 34.9.10 pr.*).

En las *Partidas* de Alfonso X (Partida 4, título 5, ley 14) se reconoce la validez del fideicomiso testamentario, siempre que no vaya en contra de alguna ley:

Quiere decir... establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno que la herencia que dexa en su mano que la de a otro... e tal establecimiento como este puede facer todo home a cada uno del pueblo, solo que nol sea defendido (prohibido) por alguna ley deste nuestro libro; pero decimos que este que es rogado et establecido en esta manera que debe entregar et dar la herencia al otro, así como el testador mandó... Et si este que así fuese establecido por heredero non quisiere rescibir la heredad o después que la hobiene rescibida non la quisiere entregar al otro puedel apremiar el judgador del lugar que lo faga.

Consecuentemente, la misma ley alfonsina (Partida 6, título 7, ley 13) prohíbe el fideicomiso secreto en favor de quien no podía heredar, sancionando con pérdida de la herencia al heredero que lo cumpliera:

Seis razones principales mostraron los sabios antiguos: que por cada una de ellas, debe perder el heredero la herencia del finado... La sexta razón es cuando el testador rogase al heredero en porridat (secreto) que diese aquella heredad en quel estableciese a algún su fijo ó á otra que la non podrie heredar porquel era defendido (prohibido) por ley; ca si el heredero compliese tal ruego o mandamiento del testador et la entregase al otro, perdie por ende el derecho que habie en la herencia... et debela haber el Rey.

Sin embargo, durante la Edad Media, en casi toda Europa, el sistema feudal hizo prácticamente imposible el derecho de disposición de los bienes principales, especialmente por virtud de la institución del feudo y de los mayorazgos. Este sistema dejó suspensa en buena parte la facultad de testar y de instituir fideicomisos. Pero al hacer crisis el sistema feudal, resurgió el fideicomiso, en su forma más negativa, como un modo de mantener, a través de sustituciones fideicomisarias, las vinculaciones patrimoniales que habían sido características de tal sistema, conservándose así la posibilidad de establecer órdenes sucesorios fijos e inmuta-

bles. Los males sociales, políticos y económicos que este sistema acarreo hicieron odiosas las aplicaciones del fideicomiso.

Hacia la mitad del siglo XVIII, este sistema, plenamente consumado, se consideraba el sostén del orden aristocrático, alma éste, a su vez, de la monarquía cesarista, tan contraria a las ideas democráticas que estaban surgiendo. Por esta razón, el gobierno emanado de la Revolución Francesa prohibió los fideicomisos, mediante la ley del 14 de noviembre de 1792, como más tarde lo haría el *Código Civil* de Napoleón. La revolución española hizo lo mismo en la ley del 11 de octubre de 1820 (siguiendo la tendencia iniciada en la *Real Cédula* de 14 de mayo de 1789), por la cual quedó prohibido fundar, en lo sucesivo, directa o indirectamente, mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanías, obras pías, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, así como prohibir su enajenación.

Al tiempo que recibíamos en América el derecho romano, a través de los sistemas español, francés y sus afines, solamente pudimos apreciar las medidas para combatir el fideicomiso y, posteriormente, presenciamos su derrota final.

¿Qué pasaba entre tanto en Inglaterra, la cuna del otro derecho, y en Estados Unidos, su principal y más aprovechado heredero?

Nació el *trust*, como una institución semejante al fideicomiso romano. En verdad, la similitud no fue una simple coincidencia, pues hay argumentos muy poderosos para demostrar que también el *trust* fue diseñado con base en la institución romana, pero no es esta la oportunidad para abordar este tema particular, por interesante que sea.

El *trust*, dentro de la peculiar fisonomía del sistema jurídico anglosajón, siguió una evolución muy parecida a la que tuvo el fideicomiso en sus orígenes en Roma. Primero, bajo la denominación de *USE*, se presentó como un medio para burlar leyes cuya aplicación resultaba odiosa, de modo que se originaba al margen del derecho y desconocido por él. Pero, como en muchos casos resultaba conforme con la equidad, terminó siendo reconocido por el Canciller del Rey, a principios del siglo XV. Este alto dignatario de la corona, al cual se acudía en forma extraordinaria, juzgando en conciencia, y no conforme al *common law*, resolvió obligar, por equidad, al cumplimiento del encargo hecho al fiduciario (*feoffe*).

Posteriormente, y en forma también parecida a como ocurrió en Roma, se combatieron los malos empleos del *USE* y la institución pareció sufrir un rudo golpe con la promulgación, por Enrique VIII, de la "ley de Usos"; no obstante, después se rehizo y, gracias a la flexibilidad del sistema consuetudinario y a la intervención de los tribunales de equidad, se fue modelando día con día y adaptando a las necesidades de la vida cotidiana, hasta alcanzar su florecimiento, como un instrumento jurídico muy valioso, por su gran variedad de aplicaciones para el desenvolvimiento económico. Naturalmente, los norteamericanos, al recibir el sis-

tema jurídico inglés, tomaron el *trust* e hicieron de él uno de los pilares jurídicos para el manejo de las cuestiones patrimoniales.

De lo anteriormente expuesto, resulta que, en los sistemas latino romanos, el fideicomiso evolucionó hacia su condensación y fracaso por un lamentable mal uso de su técnica tendiente a conseguir fines contrarios al interés general; mientras que en el sistema anglosajón, el *trust* se desarrolló, superadas las dificultades iniciales, hacia el éxito y la consagración. De suerte que cuando nuestro legislador intentaba, con ciertos balbuceos, introducirlo en nuestro medio, lo hizo movido por los beneficios que producía en los países que lo practicaban con éxito, por lo cual acudió a la figura, extraña a nuestro sistema, del *trust* anglosajón.

A pesar de su origen extraño y de las grandes dificultades para su implantación inicial, con el transcurso de los años lo hemos venido desarrollando, de suerte que cada día se hace más nuestro; en la diaria tarea de encontrar nuevas soluciones a nuestros problemas reales y concretos, lo hemos estado modelando y ajustando a nuestra idiosincracia; cada vez lo comprenden mejor los particulares y los tribunales y hoy no hay duda de que ya forma parte, muy importante, de nuestro acervo jurídico.

En México, en los últimos tiempos, hemos estado haciendo una revisión crítica de la doctrina dominante en relación con la naturaleza jurídica del fideicomiso, sin que hasta la fecha hayamos podido llegar siquiera a una *communis opinio*.

Se argumenta, como antes, que las cambiantes necesidades del hombre pueden, en un momento dado, no estar satisfactoriamente resueltas por una institución jurídica ya consagrada, por lo cual tiene que procurarse su satisfacción, mediante interpretaciones y aplicaciones extensivas de las figuras existentes. Cuando esto sucede se presenta un desajuste entre la realidad existente y las formas jurídicas que la regulan o, para expresar una alegoría utilizada por los griegos, se coloca a estas necesidades humanas en el lecho de Procusto, es decir que se les fuerza a ajustarse a las formas jurídicas establecidas, en vez de crear una figura jurídica nueva para regularlas adecuadamente.

Un ejemplo ilustrará lo que estoy afirmando: en la Antigüedad, ante la necesidad de garantizar un crédito o de habilitar a un depositario para que defendiera las cosas depositadas, se echó mano del concepto de propiedad. Así, cuando un deudor tenía necesidad de asegurar al acreedor que le pagaría una suma de dinero con un bien específicamente determinado, le transmitía la propiedad del mismo. Lo mismo ocurría cuando se daba al depositario el carácter de propietario para que así pudiera defender judicialmente las cosas depositadas. Pero en ambos casos, las partes celebraban un pacto, no reconocido por el derecho, que descansaba en la buena fe, por el cual se regulaba los efectos que habría de tener entre ellas esa transmisión de propiedad. El contenido de este pacto podría sintetizarse diciendo que si bien es cierto que el

acreedor o el depositario aparecen como propietarios, ambas partes reconocen que el único propósito del acto de transmisión de la propiedad era garantizar un crédito o dar una facultad adicional al depositario. Se producía así una nueva relación jurídica, la cual, aunque no se encontraba regulada por el derecho, tampoco se oponía a éste.

Una situación distinta se da cuando las partes persiguen un fin prohibido por el derecho y, para conseguirlo, recurren a la simulación. Aquí se trata de un acto que no corresponde a la realidad, pues queda muy secreto entre las partes el verdadero acto.

Desde luego, hay diferencias entre el negocio fiduciario y la simulación. Una de ellas, aunque no la única, es que en el acto simulado se tiene el propósito de esconder la realidad, en tanto que en el acto fiduciario no se tiene esa intención, sino que las partes actúan de esa manera porque no cuentan con los instrumentos jurídicos adecuados para obtener el fin que persiguen.

Podemos decir que el negocio indirecto es el género y las especies serían la simulación y la fiducia.

Pero cuando se persigue un fin lícito, la realidad acaba por imponerse a las formas jurídicas, y éstas se modifican para dar una solución jurídica adecuada a la necesidad que requiere tal fin, tal como sucedió en el derecho romano.

Así, en el caso de la fiducia vemos que, aunque en un principio no estaba cubierta por ninguna acción, con el tiempo llegó a tener una, y cuando esto sucedió ya no fue preciso recurrir a las formas arcaicas. En este momento ya no es necesario, ni para el caso de la fiducia ni para el caso del depositario, el hacer la transmisión de la propiedad de la cosa, puesto que el derecho había dado los instrumentos idóneos para conseguir el fin que se perseguía.

Los romanos, independientemente de los negocios fiduciarios, establecieron el fideicomiso también con el propósito de darle la vuelta a un obstáculo legal y los anglosajones, siguiendo este ejemplo, organizaron el *trust* por los mismos motivos.

Cuando el legislador introdujo el fideicomiso en nuestro derecho, señaló que lo hacía inspirándose en el *trust* anglosajón. Sobre este punto hay una corriente de opinión que da como verdadero el señalamiento del legislador y otra que afirma que es falso, aduciendo que el origen es el fideicomiso romano. Según nuestra opinión es necesario despojarnos de los moldes antiguos para poder desentrañar la naturaleza jurídica del fideicomiso y reconocer que estamos frente a una nueva figura.

En efecto, aceptando tales moldes caemos necesariamente en el concepto de propiedad, el cual se presenta como la única manera de legitimar al fiduciario para que realice los fines del fideicomiso. Es por ello que los sostenedores de esta tesis se ven obligados a sustentar que existe un desdoblamiento de la propiedad, o sea que existe un dominio eminente y un dominio real; uno es el que tiene formalmente el derecho

de propiedad y otro el que tiene las ventajas de este mismo derecho. Los críticos de esta tesis sostienen que los derechos del fiduciario no se parecen al derecho de propiedad, puesto que el fiduciario no puede hacer con los bienes lo que pudiera hacer un propietario.

Ahora bien, debemos aceptar que el concepto de derecho de propiedad es un tecnicismo jurídico, pero que, en el caso que nos ocupa, lo importante es el aspecto económico de la relación, o sea el poder ordenar un bien hacia la satisfacción de un conjunto de necesidades. El derecho se ve precisado entonces a crear el instrumento técnico que garantice que quien tiene en su poder algún bien pueda, con exclusión de todos los demás hombres, ordenarlo a la satisfacción de sus propias necesidades, sin lesionar, en todo caso, los derechos de terceros.

La propiedad no es más que el ropaje jurídico de un concepto económico. El concepto económico es que lo que he adquirido por el trabajo o por herencia, lo puedo usar para los fines que decida libremente. Luego, el derecho me auxilia otorgándome un derecho completo sobre la misma cosa (la propiedad), el cual no se acaba por el transcurso del tiempo y excluye a los demás del poder de disponer la cosa.

Hay veces que el propietario, sin disponer del derecho de propiedad, afecta el bien a un fin determinado, por ejemplo, en el caso de la constitución de una hipoteca; caso en el cual aquél conserva la propiedad, aunque ese bien quede afectado preferentemente, por virtud de un acto voluntario del propietario, a un fin determinado, que es garantizar un crédito.

En el caso del fideicomiso, podemos decir que lo que ocurre es que el propietario decide, por un acto voluntario de disposición, dar una finalidad determinada a uno o varios bienes, finalidad que no es de ejecución instantánea, sino que tiene que realizarse a lo largo del tiempo. Por ese motivo, encomienda a un tercero, que es una institución fiduciaria, que se haga cargo de esos bienes para que se cumplan las finalidades que ha decidido darle a los mismos. Lo que importa es que ningún acto posterior desvíe los bienes del fin al cual han sido destinados, razón por la cual la ley establece que sobre esos bienes no podrá ejercitarse ningún acto o acción, salvo aquellas a las que está destinado el fideicomiso.

Según sea la naturaleza de los fines del fideicomiso, el acto de disposición del fideicomitente podrá ser total o parcial. Hay fideicomisos en que el fideicomitente se priva totalmente de los beneficios del bien y hay otros en que el fideicomitente se reserva una parte de los beneficios.

No tenemos por qué caer en la trampa de definir cuál de las partes de un fideicomiso es la que tiene la propiedad, puesto que la propiedad, como instrumento técnico jurídico, va a ser sustituida, en este caso, por una figura diferente que se llama fideicomiso; de modo que sobre los bienes afectados ya no existe el derecho de propiedad. La vestidura jurídica que antes tenían, el derecho de propiedad, es sustituida por otra,

el fideicomiso, el cual es el instrumento técnico jurídico para asegurar que esos bienes tengan el destino económico que, por propia voluntad, les dio el fideicomitente.

El fiduciario no es propietario, es sólo eso: fiduciario de esos bienes; y los fideicomisarios son los beneficiarios económicos de los mismos, aun cuando entre ellos pueda estar el propio fideicomitente, si es que se reservó algún beneficio sobre los bienes fiducitados.

Para aclarar esto, hay que distinguir entre beneficios económicos y derechos y reconocer que el derecho cumple su cometido protegiendo, o tutelando de alguna manera, que los bienes sirvan a la función económica a la cual están destinados.

Respecto de la diferencia entre beneficios y derechos, hay que recordar que una de las cosas que más han distorsionado el concepto de propiedad es la distinción seudorromana de que la propiedad implica el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*. Fueron los romanistas quienes, a partir de la definición de usufructo, al cual consideraban como el derecho de uso y goce de una cosa, concluyeron que la propiedad, además de estos derechos, implicaba el de abuso de la cosa.

En realidad, los romanos no tenían este concepto de la propiedad. Para ellos ésta era un todo, un derecho total de sumo dominio sobre la cosa, que implicaba todos los beneficios y posibilidades de darle un destino, por lo que lo concebían como el derecho más absoluto sobre una cosa y, además, como un derecho perpetuo y exclusivo.

Lo que es el contenido de la propiedad no es una gama de derechos, sino una gama de posibilidades, de beneficios, que incluye hasta la posibilidad de destruir la cosa. Si llegáramos a aceptar esta teoría, que encuadra en nuestra legislación y en nuestra práctica actuales, se acabaría el problema de determinar quién es el propietario de las cosas fideicomitidas.

El fideicomiso tiene características propias que lo distinguen de la propiedad, pero es la principal que el bien fideicomitado está afectado a un fin determinado, en tanto que el bien del propietario puede estar sin destino específico, ya que el propietario puede no haber decidido qué hacer con ese bien y, sin embargo, conserva la facultad de hacerlo cuando quiera, lo cual es, precisamente, la manifestación más eminente del derecho de propiedad.

Cuando la cosa se destina, mediante fideicomiso, a un fin determinado, ya no tenemos por qué averiguar nada relativo a la propiedad, pues el fiduciario tendrá que realizar todos los actos tendientes al fin del fideicomiso e inclusive podrá disponer de los bienes para alcanzar ese fin; pero si el fiduciario los dispone para otros fines, viola el derecho, hace mal uso del instrumento jurídico que tenía.

De todo lo anterior, concluimos que el derecho ha reconocido al fideicomiso como una figura nueva, no como una deformación o modificación de la propiedad. Por consiguiente, tenemos que dejar la propiedad

en su lugar, pues ésta termina cuando el propietario aporta la cosa en fideicomiso; entonces el derecho portege ese acto, le pone una nueva vestidura jurídica a la cual llama, precisamente, fideicomiso.

Estamos convencidos que el fideicomiso, por su flexibilidad, y por decirlo así, por su mimetismo, tiene tal riqueza para innumerables aplicaciones que sus posibilidades de desarrollo resultan inimaginables.

No obstante, consideramos indispensable que estemos dispuestos a no utilizar el fideicomiso para fines ilícitos, para así evitar su aniquilamiento; pues debemos reconocer, a fuer de ser sinceros, que ya existen datos reales de donde se colige con toda claridad este uso negativo, por ejemplo, el de utilizar el fideicomiso como instrumento de evasión de impuestos; y ya sabemos que los legisladores han tomado conciencia de eso y se aprestan a reprimir tales maniobras.

Aprendamos la lección de la historia.

METODO JURIDICO, CIENCIA Y VIRTUD

LIC. EMILIANO GONZÁLEZ SARAVIA

*Profesor de Metodología en la
Escuela Libre de Derecho*

"Familiarizada con todas las otras leyes, nuestra ciencia del Derecho casi tiene que ignorar las que le son propias."

Descartes

Cuando Descartes esbozó en su discurso sobre el método las cuatro reglas que a su juicio transformaron su vida y sus conocimientos, insistió en que eran puramente personales, mas el éxito obtenido por su autor, ocasionó por imitación, la adopción de esas reglas por otros estudiosos, con la consiguiente transformación, ya no sólo de las vidas personales sino de todo el mundo científico. Y es natural, puesto que lo esencial de esas reglas o sea la certeza, la simplicidad, el análisis, la construcción y clasificación más que reglas o métodos personales, parecen leyes del conocimiento.

Bacon

El método de la inducción de Bacon con sus sistemas de normas de presencia, de ausencia y de cuantificación, así como el examen de los métodos para descubrir errores relativos a naturaleza, costumbre, cultura y lenguaje, etc., posiblemente hayan sido útiles en otras ciencias mas no así en la jurídica, o al menos no hemos encontrado indicios de este método en los autores de derecho.

Ihering

En el siglo XIX Ihering en el tercer tomo del "Espíritu del Derecho Romano" después de haber estudiado las tendencias ideales del sentimiento jurídico de los romanos, plantea no sólo el problema metodológico del derecho sino una solución y explicación fundada en la técnica jurídica de los romanos, misma que declara ser la única solución para el problema del método en el derecho y que explica y desarrolla profusamente en dicho tomo.

Convencido de que el planteamiento de Ihering respecto al método jurídico tiene la trascendencia que él mismo afirma o sea, que es el que hace al jurista, y con el deseo de hacer notar el sorprendente paralelismo que se advierte entre las reglas del método expresadas por Descartes y el desarrollo que al método jurídico impone Ihering, me he permitido hacer este pequeño apunte, con la idea además, de exponer un aspecto que considero debe ser del método y que posiblemente por no aparecer en la exposición de Ihering dio origen a la deformación de su doctrina, creándose la escuela dogmática. Me refiero al aspecto subjetivo de quien conoce y aplica el método, particularmente a la virtud de la prudencia que fue tan relevante para los juristas romanos, en quienes Ihering basa su sistema.

Realización del Derecho

En la parte relativa a la teoría de la técnica jurídica que es en realidad el centro de su metodología,¹ afirma Ihering que el derecho existe para realizarse, "que lo que no sucede nunca en la realidad y no existe mas que en las leyes y sobre el papel, es sólo un fantasma de derecho". No es la justicia escrita sobre el papel la que decide del valor de un derecho, lo que lo consagra es su realización objetiva en la vida.

Arte Jurídico

El arte jurídico camina con más rapidez que el progreso científico del fondo del derecho y dicho arte "trata de aplicar precisamente con rapidez y seguridad, puesto que el derecho se realiza de modo necesario, seguro y uniforme" y continúa diciendo que, existen a este respecto una serie de factores como son el grado de cultura, el desenvolvimiento de la idea del estado y del poder público, la división social, la relación de poderes, la fuerza moral de la idea del derecho en la conciencia del pueblo, la imparcialidad, la integridad, etc., que influyen en la realización del derecho.

Instinto Jurídico

Mucho antes que la ciencia, el instinto jurídico ensaya la solución con "un vago presentimiento de verdad". El arte precede también a la ciencia porque se concilia con el presentimiento y con el instinto, en tanto que la ciencia "comienza sólo con el conocimiento".

¹ "El Espíritu del Derecho Romano", Ihering, Madrid, 1891, tomo III, pág. 17 y siguientes.

Seguridad

Uno de los fines principales de la actividad técnica es el de aplicar el derecho con seguridad, a cuyo efecto el jurista debe ser dueño de la materia de que trata y dominarla intelectualmente.

Simplificación

Para la aplicación del derecho con seguridad, debe facilitarse el trabajo de aquélla, simplificándolo. "La destreza en el arte de aplicar el derecho abstracto a los casos concretos, constituye un arte que se aprende sólo con el ejercicio."

"La simplificación del derecho se lleva a cabo mediante el análisis de la materia o su reducción a partes fundamentales simples; por la concentración lógica de la materia, por el orden sistemático de la materia o sea, por su clasificación sistemática, a fin de encontrar más fácilmente los materiales y desde luego por la terminología jurídica."

Es de notarse que la seguridad para Ihering es una finalidad, en tanto que Descartes la expone en sus reglas, como un principio o un punto de apoyo para avanzar, mas en ambos métodos, resulta un valor imprescindible en las leyes del conocimiento. Sin seguridad no hay lógica, no hay método.

La simplificación o fraccionamiento del problema o el ir de lo simple a lo complejo, presenta también matices diferentes entre ambos métodos, pero en ambos son fundamentales. Vamos a examinar con Ihering las tres operaciones fundamentales de la técnica jurídica o sea, el análisis jurídico, la concentración lógica y la construcción jurídica.

Análisis Jurídico (Alfabeto del Derecho)

"El alfabeto, descubrimiento de los más sencillos que ha concebido jamás el espíritu humano, es sin embargo de los más grandiosos y fecundos". Con unos cuantos signos se puede reproducir todas las ideas. Siendo el problema capital de la técnica en materia de derecho facilitar el conocimiento por medio de su simplificación, no deja de percibirse su similitud con el del alfabeto, ya que se recurrió al mismo sistema o sea, la reducción a elementos simples. "Es pues un análisis, una separación, podría decirse una química del derecho, la que busca sus elementos simples".²

El alfabeto del derecho resulta muy inferior al alfabeto del lenguaje. Los elementos del primero son mucho más numerosos y menos exactos. El alfabeto práctico del derecho se caracteriza por su parte positiva

² Idem., pág. 30.

histórica puesto que sus reglas cambian y con ellas las ideas y las instituciones, pero un buen alfabeto puede desafiar las influencias de tiempo y lugar como ocurre con el derecho romano.³

Debemos hacer notar que en el análisis jurídico de Ihering, a semejanza de lo que hicieron los romanos, no se deben descomponer las cosas sino fraccionar las ideas, para no impedir la existencia práctica de un organismo y precisamente para facilitararlo y asegurarlo.

Descartes decía "debe fraccionarse el problema". Ihering hace notar "es un análisis de ideas, no de realidades".

Concentración Lógica

La concentración lógica persigue la misma finalidad que la operación del análisis jurídico, aunque con un rumbo diametralmente opuesto porque se trata, no de fraccionar sino de reconcentrar o abstraer un principio de especies determinadas "y expresarlo por medio de una fórmula nueva, lógica y más enérgica".⁴ "Es la concisión la que hace nacer la intención de la expresión y del valor."

El legislador sigue a veces un método casuístico dictando una serie de disposiciones y en ocasiones, podemos encontrar la misma materia regulada por un principio único.

Cuando vemos las disposiciones aisladas, frecuentemente encontramos que el legislador está aplicando un principio, es entonces que estamos yendo de la periferia hacia el centro. "La ciencia, como el legislador, va por la circunferencia hasta que encuentra el centro." Se trata de abreviar el camino, o en otros términos, de reducir o disminuir el número de los preceptos normativos. Estos serán menos pero de más contenido conforme se acercan al centro.

Aunque es de una complicación extrema, el final es el mismo, una simplificación de la materia que queda expresada en menos preceptos, en excepciones y en reglas, que a veces quedan matizadas por la misma excepción que las completa.

Construcción Jurídica

Se extiende aquí Ihering en una analogía con la historia natural, en la que establece la noción y estructura de los "cuerpos jurídicos" sus cualidades, sus fuerzas, sus reglas y su clasificación sistemática. Habla, incluso,⁵ de una aplicación del método de la historia natural a la materia

³ Idem. pág. 45.

⁴ Idem., pág. 50.

⁵ Idem., pág. 68.

jurídica y hace una similitud entre la organización y la construcción jurídica.

Aunque este aspecto, o más bien diría yo, estilo de tratar el problema es indudablemente valioso, quisiera más bien, hacer notar la aplicación de la tercera regla del método de Descartes que nos habla de la necesidad de ir de lo simple a lo compuesto y en este punto Ihering, al hablar de la construcción jurídica se extiende, después de su analogía con la ciencia natural, a las características que debe llevar la construcción doctrinal.

Todos sabemos que es ésta la parte del método jurídico de Ihering, más conocida como la construcción dogmática, la que dio origen a las escuelas dogmáticas del derecho. Creo que precisamente por haberla desconectado del resto de la metodología de Ihering se cayó en los errores de la metodología dogmática, ya que no se tomó como base la realidad, sino que la pura construcción de las ideas llevó a violentar la realidad; extremos que no encontramos nunca en el método de Ihering.

El Sistema

Establece con estas bases lo que él llama el sistema, que es el resultado de la construcción jurídica que ha ido formando desde los cuerpos simples y las instituciones, de acuerdo con sus tres leyes: 1)⁶ "La construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo." Esto ha acarreado una serie de críticas al sistema en el que se supone que con esta ley se abandona cualquier otro valor o ideal en el derecho. Esto es evidentemente una calumnia, y basta al efecto revisar la propia obra de Ihering, tanto en "El Espíritu del Derecho Romano" como en "El Fin del Derecho" para ver la dimensión tan diferente que le da al concepto "positivo" del que se le atribuye.

Unidad Sistemática

La segunda ley es la falta de contradicción o de la unidad sistemática.⁷ Es un problema lógico. Si el sistema fuera contradictorio no sería científico o sea, que la ciencia no puede admitir imposibilidades jurídicas. Son una posibilidad de evolución las normas y los horizontes de lo posible para el derecho. Esto conduce al jurista a un "inagotable manantial de riquezas valiosas y fecundas". La primera ley tiene sus raíces en el elemento positivo, la segunda en el elemento lógico.

⁶ Idem., pág. 70 y siguientes.

⁷ Idem., pág. 73 y siguientes.

Estética Jurídica

La tercera y última ley es precisamente la de la belleza jurídica y tiene su raíz en el elemento estético. Tiene evidentemente un sentimiento artístico y descansa "sobre la satisfacción o el desencanto que ciertas construcciones excitan en nosotros".⁸ Se puede apreciar así, que la construcción es más sencilla cuando es más perfecta, es decir, más clara, transparente y natural. La sencillez es la manifestación suprema del arte "las relaciones más complicadas están a menudo construidas por los romanos con los procedimientos más sencillos". "Es natural, cuando la construcción no pretende derogar ni destruir los fenómenos del mundo físico o intelectual." Las imágenes sacadas del lenguaje jurídico tienen también un "peldaño en la escala".

La prudencia

Debemos ahora dejar un momento los aspectos técnicos del método para observarlo desde el punto de vista del sujeto que debe conocerlo o aplicarlo y del cual no puede prescindirse en una apreciación de conjunto. Como antes se expuso, Ihering fue omiso a este respecto y posiblemente las mayores críticas tanto de su técnica como de su sistema, provienen de apreciaciones extremas de sus puntos de vista. Los romanos basados en la filosofía griega, con el conocimiento de la ética, expuesta por Aristóteles, en la que da un lugar preponderante a la virtud de la prudencia, se mostraron decididamente partidarios de adoptar esta virtud para el derecho, tanto en el nombre de la jurisprudencia como en la definición de derecho civil, que lo hicieron consistir precisamente en la interpretación de los prudentes.

Aristóteles

Decía Aristóteles en su "Ética" (1.6,c.5) "La prudencia es la recta razón de lo operable" y más adelante dice que "es propio del prudente aconsejar bien y que la prudencia es preceptiva" ("Ética" 1.6,c.10) y que pertenecen a la prudencia el buen consejo o eubulia, el discernimiento o synesis y el recto juicio o gnomes así como la vivacidad de ingenio o eustoquia y solercia.

Santo Tomás de Aquino

Resulta aquí particularmente instructiva la explicación que de la pru-

⁸ Idem., pág. 79.

dencia realiza Santo Tomás de Aquino en la "Suma Teológica" y al que vamos a seguir especialmente en la cuestión - XLVIII.

Partes Integrales

Dice que entre las partes integrales de la prudencia, que también se denomina entendimiento, están la memoria o sea el conocimiento o entendimiento de las cosas pasadas, el entendimiento o inteligencia de las cosas presentes y la adquisición misma del conocimiento. El conocimiento se adquiere ya por la enseñanza y a ésta corresponde la docilidad, ya por la invención y a ésta pertenece la eustoquia que es la posibilidad de la buena conjetura y como parte de ésta la solercia que es la rápida elección o conjeturación del medio para lograr un fin.

Además del entendimiento y la adquisición del conocimiento, es parte de la prudencia el uso del conocimiento, lo cual pertenece a la razón que, para preceptuar rectamente, debe en primer lugar ordenar todo como acomodado a un fin, lo que pertenece a la providencia. En segundo lugar tener presentes las circunstancias del negocio, lo cual pertenece a la circunspección y en tercer lugar, evitar los obstáculos, lo que pertenece a la precaución.

Partes Subjetivas

Teniendo en cuenta las diversas especies de prudencia, según se deriva de objetos diferentes, tenemos que, si la prudencia preceptúa para su propio sujeto, es la prudencia propiamente dicha en sentido estricto, si preceptúa para los demás, se divide a su vez en diversas especies, ya que es la que corresponde a quien gobierna (reinativa) o a quien dirige un ejército (militar)), a quien preceptúa para una casa o familia (económica) y la prudencia de los súbditos respecto a la ciudad (política). Es más, si se toma la prudencia en un sentido lato tal como la exponía Cicerón, debe contarse entre sus partes la dialéctica, la retórica y la física según los modos de proceder en las ciencias, ya que sus demostraciones provienen, o de relaciones necesarias o de principios probables o de conjeturas.

Partes Potenciales

Por partes potenciales entiende Santo Tomás, lo que llama virtudes adjuntas que se ordenan a actos secundarios o materiales que no tienen toda la potencia de la virtud principal. Enumera en ellas, como Aristóteles, la eubulia que se refiere al consejo; la synesis relativa al juicio de

acuerdo con las reglas comunes y la gnomes relativa a los juicios más elevados que se separan de la ley común.

Creo que la sola enumeración de las partes de la prudencia, de una amplia ética tan extensa y propia de la diversidad de actividades del abogado, basta por sí sola para explicar la solución romana en cuanto a la jurisprudencia y a la interpretación del derecho civil.

Estos conceptos no son extraños a Ihering, mas al exponer la técnica no hizo alusión a ellos, posiblemente porque pensó como muchos otros pensadores en la separación entre la lógica y la ética en el estudio de la ciencia.

Aun cuando debemos distinguir entre la lógica aplicada o metodología y las virtudes o ética, como aspectos diversos o ciencias con objetos diferentes, creo que no debemos olvidar la cada vez más comprobada verdad de la unidad de la ciencia, ya que su fraccionamiento aunque didáctico si lo hacemos real nos conduce a errores diversos.

El método de los romanos explicado por Ihering es un sólido camino en el estudio y en la aplicación del derecho, porque Ihering en toda su obra manifiesta la virtud de la prudencia en sus más grandes dimensiones intelectuales.

Si sus críticos han deformado su doctrina, no han sido diferentes que con los demás pensadores y el propio Descartes lo afirma en su discurso del método, en el que aclara que ha expuesto las reglas de su método y que sabe será objeto de críticas injustas y deformantes como todos los que han expuesto alguna doctrina.

México, D. F., 30 de enero de 1978.

PERSONA Y DERECHO

LIC. MIGUEL ANGEL HERNÁNDEZ ROMO
*Profesor de Derecho Civil en la Escuela
 Libre de Derecho de México, D. F.*

Conferencia sustentada en la ciudad de Monterrey,
 N. L., en el mes de abril de 1978.

I

Mientras con portentosa técnica hacemos flotar allá en las alturas laboratorios espaciales y pretendemos conquistar la luna, Venus, el universo entero, aquí en casa, en nuestra tierra, asesinamos, secuestramos, oprimimos, pisoteamos la dignidad de la persona humana. Conculcamos valores superiores a la tecnología que ha devorado a su propio autor.

Sí, el hombre en expresión de Ortega y Gasset "es un ser técnico". La técnica debe ser su "aparato ortopédico" pero, ¿lo es? Tecnifica la casa y aplasta a la persona.

Cierto, el Jefe de la nación más tecnócrata, acaba de lanzar al mundo un reclamo a favor de los "derechos humanos". Pero ello presenta más visos de estrategia política que de preocupación humanista. En efecto, le importa nada imponer precios a un pueblo necesitado, mientras el suyo es el árbitro de la tecnología.

Ante esa corriente aplastante de tecnología, urge recordar que existen valores, realidades que el mundo moderno no puede ignorar o marginar; por el contrario, debe colocarlos en un nivel adecuado y de acuerdo con una jerarquía objetiva, subordinando a esos valores las conquistas secundarias en el avance de la humanidad.

Ya un filósofo de nuestros días, don Isaac Guzmán Valdivia, en sus diversos ensayos magistrales ha puesto de relieve las características de nuestra sociedad materialista tecnológica, diagnosticando con todo acierto su problemática: "La civilización actual en contra del destino del hombre."

Pues bien, uno de esos valores fundamentales que hemos descuidado es la persona humana. Somos nosotros mismos.

En una época en que las masas se guían por sentimientos y sentimentalismos debemos constatar que "La vida es una tragedia para los que sienten y una comedia para los que piensan".

En esta breve charla deseo presentar algunas reflexiones que pretenden colocar a la persona humana en el lugar que le corresponde en nuestra sociedad.

En el imperio de la Antigua Roma, cuando allá en las provincias, un Verres trataba de vejar a un ciudadano Romano, éste se sacudía el yugo ajeno con una sencilla fórmula: "Civis Romanus sum"; "soy ciudadano romano", clamaba, y sus privilegios eran respetados; y de cualquier parte del mundo podían apelar al César. Quedaban intocables con sólo eso. El ejemplo de Pablo de Tarso es ilustrativo al respecto. (Actas de los Apóstoles, XXV-11).

En nuestros días, cuando algunas autoridades del país vecino del norte pretenden exceder el ejercicio de su autoridad en contra de un ciudadano americano, quedan paralizadas en sus abusos cuando se les espeta "I am a taxpayer": "yo pago mis impuestos".

Pues bien, yo considero que en cualquier latitud del universo y en cualquier época, debiera bastar decir "soy persona", "soy un ser humano", para que todo abuso de autoridad e inclusive todo desmán o exceso de fuerza en contra de la dignidad humana, quedase paralizado. Hermosa utopía. ¡Cuán lejos está la realidad!

Ante esta situación, cabe preguntarnos, ¿qué es la persona humana?, ¿tiene el hombre la misma condición que el animal? Comencemos nuestra tarea. Y comencémosla por deslindar campos de fuera hacia lo más profundo, principiando por el aspecto biológico. Si nos tomamos la molestia de revisar los libros de texto de las escuelas primarias que nuestros hijos estudian, nos percatamos que para muchos "animal y hombre se hallan en el mismo plano", sin establecer una diferencia fundamental, esencial entre el animal y el hombre, entre el irracional y la persona humana.

Tal actitud no debe sorprender a quienes siguen la escuela de Calígula que nombró cónsul de Roma a su caballo. Pero no ha existido únicamente esa escuela. El hombre, "ese desconocido" ha sido objeto de estudio de filósofos, de teólogos, literatos y juristas; de biólogos, políticos y economistas y todos ellos convergen en el hombre como el centro de sus preocupaciones, de suerte que sería parcial, limitada, toda presentación del hombre, de la persona desde cualquiera de sus ángulos; unos complementan a los otros en una presentación integral. Pero dichos estudios y enfoques deben ser jerarquizados de acuerdo con los fines que persigue cada una de esas disciplinas, toda vez que el objeto de ellas es el mismo: el hombre, la persona humana.

"No sin humor se dice con frecuencia que es pueril antropomorfismo llamar al hombre el ser vivo más perfecto. ¿No hay otros seres con miembros más ágiles o dientes más poderosos? Pero es una humorada desprovista de objetividad. Lo que importa no es un órgano determinado, es el grado de desarrollo del cerebro y en este punto el patrimonio del hombre es indiscutible":

Subamos un grado: de lo biológico asomémonos a lo psicológico.

"No es una afirmación de la filosofía, sino una certeza científica. Podemos también ver en qué difiere el hombre del animal. Y mientras que

el psicólogo científico que quiere limitarse a lo exterior de los comportamientos, con frecuencia carece de criterio para comparar al animal con el hombre, el biólogo apoyándose en su diferenciación orgánica, podrá juzgar desde todos los puntos de vista, por ejemplo, en la inteligencia, el amor, la sociabilidad, el progreso objetivo que separa al insecto, al pez, al ave, al mamífero y por último al hombre. Esta necesidad de la comparación para situar exactamente al hombre en su lugar, constituye uno de los aspectos más útiles del espíritu en la biología moderna. Aspecto nuevo, pues en otros tiempos no se había comprendido la verdadera dimensión del progreso biológico que permite situar al hombre en su lugar". Avancemos un paso más: hay una esfera superior en el ser humano. "Cuando respecto del hombre se quieren anteponer los derechos del más fuerte en nombre de la lucha por la vida, o justificar biológicamente al racismo, cuando Freud insiste en que no hay que contener los instintos y tiende a desprestigiar el aspecto superior del dominio humano de los instintos; cuando Kinsey, clasificando las conductas sexuales humanas no quiere distinguir normas o parece ignorar que el hombre normal es capaz de dominio; cuando Rostand, al revés que Bernard niega la libertad porque la sitúa en el plan de los determinismos y no con la posibilidad de dominarlos, hay una tendencia a decir que hablan como biólogos. Filósofos y moralistas recuerdan que el hombre es algo más que lo que lo biológico. Ahora bien, estas posiciones son ya errores científicos, un negarse a ver la dimensión biológica total del hombre, las propiedades específicas del cerebro humano; así pues, hay que tomar en términos biológicos la argumentación de los defensores de los valores humanos desde el plano biológico, contribuyendo así a autenticar esos valores para los que solamente creen en la ciencia, y a abrir su espíritu a certeza de otros órdenes, ya que la ciencia, sin conocerlos científicamente, confirma su existencia y reconoce un aspecto en ellos" (Chau-chard, "El ser humano según Theillard de Chardin).

Lleguemos por fin al aspecto filosófico ético del hombre; dejemos a un lado a los que creen que el hombre no es sino materia, un bruto muy refinado y se cierran la puerta para hablar de derechos, de bien y de mal, de crimen y virtud, aunque a la vez demandan contra la injusticia. Dejémosles contradecirse. Tomando como base los datos que nos proporciona la filosofía de la persona o psicología racional, considero que la persona humana consiste en esa mezcla de ángel y bestia, de materia y espíritu que constituye al ser humano con sus instintos y apetitos racionales y sobre todo con una perspectiva a desarrollarse en sociedad. En palabras de Paul Claudel (Las cinco odas), el hombre está situado entre la materia y el espíritu, entre Dios y el mundo, abrumado por añadida con el lastre del pecado que le imposibilita el logro de su fin eterno: no es ni siquiera una cuerda tensa entre dos polos; antes al contrario tiende su mano buscando en el infinito".

Descarto por parcial y mutilada toda proyección de la persona que

quiera sujetarla a un mero plano económico: sea que se le coloque al nivel de mero homo economicus, como un ente consumidor, sea que se le desplace al rincón de un mero ente productor de bienes de consumo. Aunque con el mismo Claudel (L'exchange) diremos que "alabado sea el Señor que ha dado el dólar a los hombres", imbuidos en el pensamiento del progreso material, llenos de codicia y obsecados por la corrupción" (el Rehén).

La máquina será productora, pero no es persona y cuando al hombre se le convierte en máquina se le despersonaliza. Hay un elemento supremo y básico a la vez, y necesario para tener una persona: la inteligencia, la que lo hace capaz de progreso, el portento que es la razón.

Con Miguel de Unamuno podemos decir que la persona es "el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere; el que come, bebe y juega y duerme y piensa y quiere, el hombre a quien se ve, a quien se oye, el hermano, el verdadero hermano —porque hay otra cosa que llaman también hombre y es el sujeto de no pocas divagaciones más o menos científicas. Y es el bípedo implume de la leyenda, el zoon politicon de Aristóteles, el contratante social de Rousseau, el homo economicus de los manchesterianos, el homo sapiens de Linneo o si se quiere el mamífero vertical". ("El hombre de carne y hueso").

Ese hombre moderno que vive en una "época infilosófica y tecnicista, dominada por el especialismo miope y por el materialismo histórico" (Unamuno, "Don Quijote en la tragicomedia europea contemporánea") se encuentra imbuido en la desesperación de Sartre que clama "La nada es la constante compañera del hombre; éste la lleva consigo, como su propia y rigurosa verdad. La nada es el elemento fundamental de la existencia y se afirma contra todo el ser. Más exactamente, es el elemento del ser". Ante esa perspectiva no quedaría sino concluir con Thomas S. Eliot (Los hombres vacíos). "Que los hombres son seres cuya cabeza está llena de paja".

Por eso André Gide señala como las grandes tendencias de nuestra época histórica, la inestabilidad, la irresolución, la fuga constante hacia lo que nada compromete ni obliga. (Los Diarios de Gide).

Ante ese aplastante negativismo, preferimos ver al hombre como lo apunta Claudel "Un prolongado grito hacia la luz" (el día de descanso), "cuya libertad y dignidad constituyen la salvación ante la amenaza de la técnica y el acecho del poder totalitario".

"Entre los mil epítetos que Goethe dedica a Fausto nos enseña Ortega y Gasset, hay uno que para mí es preferible: le llama "el insatisfecho". En efecto, entre todos los seres del universo tiene el hombre el privilegio de sentir descontento, el cual es una especie de amor sin ser amado y un como dolor que sentimos en miembros que no tenemos. Goethe llama a eso que cada cual tiene que ser, pero no suele lograr ser, la personalidad. Personalidad es el destino personal del hombre. El auténtico ser de cada hombre no es una realidad que desde luego le constituye, sino una espe-

cie de figura imaginaria, de proyecto irreal, de inexistente aspiración que se ve comprometido a realizar; por lo tanto, que cada uno de nosotros es propiamente algo que aún no es, que se halla siempre en un futuro problemático: no es un factur, sino un faciendum". (No somos un hecho consumado, sino que cada día a cada momento nos estamos realizando, nos estamos perfeccionando o degradando).

Nos permitimos comentar que el pensamiento del filósofo español —Ortega y Gasset al estudiar a Goethe— está ya enunciado y desarrollado en la tesis del acto y la potencia de la filosofía aristotélico-tomista.

"El hombre no es una cosa, sino una empresa, continúa Ortega. Pero es interesante advertir que en este sentido nuevo y goethiano de la palabra "personalidad", viene por decirlo así a cumplirse el más viejo sentido del vocablo. A la figura, papel o role teatrales que el actor tenía que realizar en la escena llamaban los latinos "persona" y lo llamaban así porque persona significa máscara. En el teatro antiguo el rostro del actor desaparecía bajo la máscara en la cual estaban representados los rasgos de la figura imaginaria cuyo destino la tragedia o la comedia hacía manifiesto. Pero el teatro no inventó la máscara. El teatro tiene un origen religioso y encuentra la máscara en la más vetusta tradición religiosa. Uno de los dioses más antiguos del mediterráneo se llamaba Porsen o Pursen —en Etrusco Fersu. Como suele el dios de los muertos, estaba Porsen encargado de regir el destino de los vivientes. El hombre para obtener un favor, para lograr su destino, su personalidad, le ofrecía su máscara, la representación plástica de su propia cara; por tanto, lo que parecía más auténtico y esencial del ser humano, pero deformado según la figura del dios. Y cara —os— debió ser el nombre más antiguo de máscara, que por ser ofrenda a Porsen, habría pasado luego a llamarse Persona. Estas máscaras aseguradoras del destino individual se colgaban de un árbol sagrado. Influida por el dios se esperaba que el viento al moverse eludiese, sortease los efluvios adversos, los destinos hostiles".

"La personalidad en el sentido goethiano tiene nada o poco que ver con la psicología. No denomina hecho de conciencia cosas que pasan dentro de nuestra mente, sino el drama que es siempre nuestro personal vivir".

(Ortega y Gasset "sobre un Goethe bicentenario").

Ese haz de complejas proyecciones espirituales y materiales llamado hombre, persona, no se encuentra aislado, tiene una naturaleza social y por ello tiende a suplir sus defectos con la compañía de sus semejantes y a proyectar sus cualidades con sus congéneres.

Haríamos una presentación mutilada de la persona humana si no hiciéramos referencia así sea somera a su origen y a su destino, que trascienden las esferas individual y social. La Biblia enseña "lo hizo a su imagen y semejanza". Le dio esa maravilla que es la razón; y la otra no menor: la libertad. Y esto apunta hacia un origen que sobrepasa los horizontes terrestres. El creador hizo un ser insatisfecho en la búsqueda

terrena de inteligencia y amor. Agustín, el de Hipona, dialogando con el ser Supremo, hacía referencia al destino del hombre: "Nos hiciste para ti, nuestro corazón está intranquilo hasta que descanse en ti". Origen y destino que deben ser tomados en consideración por quien quiera tener una visión integral de la persona humana.

Johannes Messner con singular profundidad y claridad describe las características de la persona humana:

"La teoría tradicional del Derecho natural ha tomado de la antropología empírica, que examina críticamente y ordena sistemáticamente los datos de experiencia de la realidad humana, dos nociones fundamentales: en primer lugar, que si bien el hombre por su cuerpo se encuentra muy próximo al reino animal, constituye un género único en sentido zoológico, por la razón de que todas las razas humanas son susceptibles de mestizajes ilimitados. La segunda noción que tomamos de la antropología empírica es la afirmación de que el hombre es un ser dotado de razón. Es el homo faber, el único ser viviente que fabrica utensilios, gracias a su capacidad de comprender mediante generalización la relación entre causa y efecto. El hombre es el único ser viviente que tiene capacidad para disponer su conducta en forma consciente y libre. Su capacidad de conocimiento y autodeterminación lo diferencian esencialmente del mundo animal en su calidad de 'animal rationale', 'homo sapiens'."

"La teoría tradicional del Derecho natural se sirve de otras dos nociones elaboradas por la antropología metafísica, la cual trata de fundamentar lo esencial del hombre a partir de la experiencia. La primera, que el hombre posee un alma inmaterial: la segunda que, a consecuencia de su naturaleza, al mismo tiempo corpórea y espiritual, es un ser social, es decir, un ser que sólo en la sociedad puede encontrar las condiciones para su completo desarrollo. Para la teoría tradicional del Derecho natural la metafísica se apoya en la experiencia y, por ello, tiene la convicción de que sólo cumple metódicamente su cometido si es capaz de confrontar los resultados obtenidos con los datos de la experiencia que constituyen su objeto. Es cierto que no existe metafísica que pueda pretender resolver todos sus problemas con una certeza indiscutible. Sin embargo, es verdad también, que toda metafísica que no admite una parte de la experiencia o que pretende negar hechos de la realidad, incurre en dogmatismo de una u otra especie, esto es, en hipótesis y afirmaciones que carecen de suficiente base, e incluso de todo fundamento empírico o filosófico. La antropología metafísica de la teoría del Derecho natural sostiene que el alma humana, a diferencia del alma animal, tiene una esencia inmaterial, autónoma e inmortal y que, es la sede de la razón. De aquí resulta la distinción esencial (dualismo) entre cuerpo y espíritu: el cuerpo tiene una esencia material, mientras que la esencia del alma es inmaterial; ninguno de ellos puede ser considerado como meramente en función del otro. La unión de ambos constituye la naturaleza humana

como realidad esencial dentro de la cual el alma espiritual es el principio de las acciones específicamente humanas. Es decir, de aquellas acciones que corresponden esencialmente a la naturaleza humana y sólo a ella; ni al bruto que carece de inteligencia, ni a Dios que no tiene cuerpo. Debido a su esencia corpórea y espiritual al mismo tiempo, el hombre es un ser político, es decir ciudadano. El hombre individual es susceptible de perfección y por ello el completo desarrollo de su naturaleza está absolutamente condicionado por su carácter social."

"Como ser capaz de responsabilidad por virtud de su libertad y capacidad de autodeterminación, el hombre posee la dignidad de persona. Por esta razón la libertad es el rasgo distintivo de su naturaleza. Con ello le es propia la responsabilidad por su verdadero ser humano y de este modo el bien moral se convierte en el bien de la persona humana como tal. Por esto la Etica del Derecho natural es en este sentido "Etica personalista". De acuerdo con ella el desarrollo de la "persona" moral consiste en la realización del propio ser del hombre según el orden trazado en su "naturaleza". Y como la ley natural remite al hombre en esta realización de sí mismo al mundo de los valores absolutos, la superación de sí mismo se convierte en el impulso más íntimo de su naturaleza."

"Y, en efecto, coincidiendo con la vuelta de una parte creciente de la filosofía contemporánea a una antropología metafísica, un grupo de filósofos, entre ellos especialmente Scheler, ha buscado la nota distintiva y característica del hombre en su capacidad de superarse a sí mismo. Aun cuando la forma de expresión puede ser nueva, la idea misma ha sido siempre un componente esencial de la filosofía iusnaturalista. Santo Tomás de Aquino por ejemplo, habla de dos vías distintas por las cuales el hombre puede superarse a sí mismo gracias a su espíritu. En primer lugar, por medio del intelecto que le capacita para comprender el mundo y elevarse hasta Dios. En segundo término, por medio de la voluntad que le hace capaz de perseguir el bien como tal y de elevarse a través del amor, que constituye el impulso básico de su naturaleza, hasta el Bien Supremo. No hay nada que testimonie de una manera más clara la dignidad moral del hombre, en efecto, que esta coincidencia entre la superación de sí mismo y su propia realización. En ella reside también sin embargo el riesgo existencial del hombre; sólo el hombre es capaz de superarse a sí mismo, pero también solamente a él le es posible la negación de sí mismo. Pues solamente el hombre puede humillarse, "perder su dignidad" y "abusar" de sí mismo. El animal no puede hacerlo pues tiene que seguir el impulso de sus instintos y ser siempre aquello que su naturaleza determina. El hombre, sin embargo, puede dirigir sus instintos a fines que contradigan a los trazados en su naturaleza y al fin último de su persona."

Hemos llegado a una conclusión importante: No hay persona donde no hay intelecto; primer rasgo. Pero segundo rasgo, segundo elemento

imprescindible para la personalidad: la persona exige la libertad, la capacidad de autodeterminación, y así tercer rasgo esencial: requiere cierta independencia. Pero esto planteará un problema: independencia personal y vida social ¿no son antagónicos? Examinemos los integrantes del problema, porque el binomio apuntado forma el meollo de mi charla: persona y derecho.

"El hombre es, por naturaleza, un ser tanto social como individual. El objeto de nuestra consideración ha sido hasta ahora la naturaleza del hombre como persona humana individual. La naturaleza social del hombre resulta de hechos que no admiten duda para quien observa la realidad sin prejuicios. El primero es su misma constitución corporal. Por su constitución física el hombre depende de la familia durante un espacio de tiempo mucho más largo que el animal, el cual está dotado por naturaleza del instinto, revestimiento protector y medios de defensa que le capacitan en medida mucho mayor para conservarse y desarrollarse por sí mismo desde la más tierna edad. Pero aún más que por su naturaleza corporal, necesita el hombre individual ayuda y complemento por su naturaleza espiritual. El despertar y el desenvolvimiento de sus facultades y disposiciones espirituales depende por completo de su íntima unión con otros hombres, sobre todo con las comunidades que constituyen la familia, la stirpe, la región y el Estado. Por algo lo concibió Aristóteles como el *Zoon politikon*. El desarrollo de la vida del espíritu está ligado en todos los aspectos sin excepción a la sociedad. Esta es necesaria para el pleno desarrollo de la razón individual, en general, y también en sus aspectos moral y religioso y en la esfera de las ciencias, de la literatura y de las artes. El desarrollo de la vida del espíritu se opera, individual y socialmente, en una unidad indisoluble." (Messner).

Esa naturaleza sociable del hombre exige para una pacífica convivencia humana, un orden normativo, un orden jurídico, el derecho: "ubi societas, ibi Jus". Donde hay una sociedad, allí habrá derecho.

¿Qué papel juega el Derecho en la vida humana, en la vida de la persona?

Los filósofos juristas enseñan que el derecho constituye la esencia de la sociedad, porque sin derecho la sociedad carece de orden y sin el orden reina el caos o sea viene la destrucción de la sociedad. Porque toda sociedad, todo conjunto de personas que se asocian para la consecución de un bien comunitario requieren unidad, cohesión, paz, orden, para la obtención del fin que se proponen como meta. Ahora bien, esa unidad, cohesión, paz, orden, sólo se logran mediante un conjunto de normas que establecen la estructura de la sociedad, que determinan sus fines por lograr, los medios para conquistar los fines, delimitando las facultades y los derechos de cada miembro de la sociedad o conjunto de asociados. Ese es el derecho.

En razón de las caricaturas que se presentan del derecho, es necesario señalar la connotación precisa de ese término. El derecho no es ni puede

ser el capricho o un antojo de un cuerpo legislativo. Ya Marco Tulio Cicerón en su tratado *De legibus* hace más de veinte siglos disertaba con toda claridad sobre este tema.

"Hemos de explicar la naturaleza del derecho, deduciéndola de la naturaleza del hombre", decía el pensador romano. Y continuaba:

"La ley es la razón fundamental, insista en la naturaleza que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario".

"El derecho se funda en la naturaleza y no en el arbitrio".

"Llamaré derecho al que lo es por naturaleza".

"Un mismo y común criterio de conducta existe entre los hombres".

"Hay un único derecho que mantiene unida la comunidad de todos los hombres y está constituido por una sola ley, la cual es el criterio justo que impone o prohíbe; el que la ignora, esté escrita o no, es injusto".

"Resulta así que no hay más justicia que la que lo es por naturaleza y que aquella otra que se funda en el interés queda aniquilada por el mismo interés, hasta el extremo de que si la naturaleza no viene a reforzar el derecho, desaparecen todas las virtudes. ¿Cómo podrá existir ni liberalidad, ni amor a la patria, ni piedad, ni voluntad de ser benéfico o agradecido? Pues estas virtudes nacen de nuestra inclinación natural a amar al prójimo, fundamento del derecho".

"¿Y por qué, si la ley puede convertir en algo justo la injusticia, no puede también convertir en bueno lo malo? Y es que para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la de la naturaleza. No sólo lo justo y lo injusto, sino también todo lo que es honesto y lo torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común que esbozó en nuestro espíritu para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que eso depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de loco".

"La opinión común de los más sabios me parece ser la de que la ley no es una invención de la inteligencia de los hombres, ni una decisión de los pueblos, sino algo eterno que regiría el mundo entero con una sabiduría que impera y prohíbe".

Todavía el pensador objeta y responde a la objeción:

"Pero hay, se dirá, muchas disposiciones populares perversas y funestas que no llegan a merecer más el nombre de ley, que si las sancionara el acuerdo de unos bandidos. Al igual que no pueden llamarse recetas médicas de verdad las que matan en vez de curar, como las hacen algunos médicos ignorantes y sin experiencia, así tampoco es ley para una comunidad, una cualquiera, sea como sea, incluso cuando perjudica de algún modo al pueblo que la padece".

Es oportuno recordar el adagio de los filósofos: "El ser racional cuando actúa, lo hace persiguiendo un fin". La persona humana al formar una sociedad lo hace para alcanzar un fin que por sí sola no puede obtener: ese fin es el bien común y el derecho es el medio adecuado para la conquista de ese fin; mas el derecho está subordinado a la con-

quista de ese fin, de suerte que no es ni puede llamarse derecho la regla que ordene una conducta que frustre la obtención de ese bien común. Ahora bien, entendemos por bien común el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural.

Al referirnos al binomio Derecho-persona debemos contemplar tres aspectos: 1) El derecho y la persona como tal; 2) El derecho y la persona en la familia; 3) El derecho y la persona en la sociedad civil o estado.

El derecho regula conductas humanas para lograr una convivencia pacífica entre los hombres. El derecho no puede regular las cosas, los bienes sean muebles o inmuebles, ni los animales brutos, sino la conducta de los hombres en relación a dichos bienes o animales, o si se quiere, esos bienes en tanto que sirven al desarrollo y perfeccionamiento del hombre.

El ser humano por su sola condición de persona tiene un status jurídico, un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a su propio ser frente a todos los demás. El reconocimiento de esos derechos no depende de la concesión graciosa o dádiva del legislador o gobernante. Es decir, lo que se conoce como "The Bill of Rights", las garantías individuales, los derechos humanos, son facultades que la persona humana tiene por el solo hecho de existir. El derecho a vivir, a pensar, a movernos de un lugar a otro, a comunicar lo que pensamos, no nos lo concede el gobernante. El gobernante en todo caso reconoce su existencia, la regula de acuerdo al interés social y está obligado a respetar esos derechos. En el caso absurdo y ridículo de que niegue tales derechos, tal negativa resulta sin valor y acusa un desconocimiento de los hechos que se imponen al propio gobernante. ¿Quién podrá omitir el calificativo de insano, para un gobernante que pretendiese suprimir el derecho a la libertad de pensamiento? Esas facultades las lleva la persona en su ser, desde que nace (corrijo, desde que es concebida) y no pueden suprimirse por decreto.

En razón de la tendencia natural del hombre a vivir en sociedad, encontramos una primera célula social que es la familia, misma que el derecho trata de proteger y procurar que subsista. Ya desde el derecho romano hasta nuestros días se ha observado un fenómeno social: La integración de la célula familiar y su conservación, acusan un nivel más elevado de moralidad en un estado. La desintegración de la célula familiar, implica una relajación en las costumbres y la decadencia de un país. Por ello el Estado cuando pretende su propia conservación y elevación de sus buenas costumbres, mediante el derecho debe crear un clima propio para el desarrollo de la persona en un ambiente familiar sano.

A esta altura vale la pena preguntarnos si el fomento o legalización del aborto, de la eutanasia, por un cuerpo legislativo, por un ordenamiento legal, puede ser considerado en bien de la persona humana o de la sociedad o una traición a los fines naturales del ser humano y de la sociedad.

El bien común está concebido como una atmósfera, un conjunto de circunstancias propicias para el desarrollo de la persona humana. Notemos que se subraya: para el desarrollo de la persona humana, no para su supresión, no para su frustración, no para su muerte; y el aborto es la muerte de un ser inocente y la eutanasia la muerte de un desvalido. Es cierto que en derecho se tiene por persona todo ser humano nacido vivo y viable, pero también es cierto que en todos los órdenes jurídicos se ha reconocido el principio: "El infante concebido se tiene como nacido cuando se trate de beneficiarle"; y privar de la vida a un inocente por medio del aborto ciertamente no es beneficio, sino el perjuicio supremo para un ser; hacerlo desaparecer, quitarle la vida, la oportunidad, la posibilidad misma de ser, de desarrollarse. Tan criminal es el exterminio de una cosecha, como el incendiar un granero que contiene las semillas para la producción de la cosecha.

Pero, se nos preguntará: Cuando hay un conflicto entre un interés personal y el interés social o colectivo, cuál de los dos debe prevalecer? Los filósofos juristas ante esta interrogante imponen un distingo: si se trata de un interés material, no dudan en anteponer el interés social y colectivo al interés personal. Así tenemos instituciones como la expropiación por razones de utilidad pública y previa indemnización.

Pero cuando se trata de un interés de índole superior en que el mismo destino o fin del hombre está de por medio, está fuera de toda controversia seria, que debe prevalecer el interés personal sobre el interés colectivo, porque la sociedad no es sino un medio, un instrumento para que el hombre logre, conquiste su meta y no para su frustración. Ante este conflicto debemos jerarquizar los medios a los fines y evitar la subordinación de éstos a aquéllos. "La función propia de la sociedad consiste precisamente en ayudar y elevar al hombre, no en hostilizarlo y envilecerlo".

El estado mismo, ese conjunto de personas asentadas en un territorio bajo un orden jurídico que pretenden la conquista de un bien común, queda circunscrito a tales normas. Porque el estado no es el leviatán, no es ni debe ser el monstruo aplastante de la persona humana, del ciudadano, sino el instrumento necesario para que la persona humana logre su desarrollo y sus metas sociopolíticas.

Por ello debemos estar conscientes con Ortega y Gasset de prevenirmos de "El mayor peligro: El Estado. El estado rebasa por encima de todo lo que hasta el presente pretendía ser y aún quiere ser lo que menos puede ser: se ha convertido en un estado beneficencia. Es conmovedora esta ternura que el estado manifiesta hoy como estado beneficencia. En el fondo querría el estado defender desde el principio de la mejor manera al individuo contra los mayores peligros y querría hacer bien las cosas. Pero el resultado es que amenaza con asfixiar al individuo.

Por esta razón conviene contar la fábula del oso, amigo del hombre; el hombre tendido dormía; el oso amigo del hombre vigilaba su sueño.

Una mosca se posa en la frente del hombre. El oso no puede consentir esta perturbación en el sueño del hombre, su amigo. Con su garra espanta la mosca, pero con ello aplasta la cabeza del hombre".*

Hemos venido recogiendo y ensamblando cada uno de los elementos constitutivos de la persona humana.

En este mundo tan portentosamente calculado por el hombre, más admirable es ese hombre que lo dominó por su inteligencia. Sólo él es capaz de llamarse persona, dueño de sus actos, aunque a veces se esclavice a las pasiones. El alza con orgullo su frente al cielo, mientras la bestia se inclina a la tierra. Tiene independencia y señorío, es libre. Pero en medio de esa su independencia y señorío lleva en la entraña la tendencia a buscar a sus semejantes y en unión con ellos, proponerse metas, luchar por el progreso y el bienestar común, enderezarse hacia lo trascendental: el más allá le preocupa porque lo conoce.

Así aparece en el cosmos el rey de la creación. Ahí tenemos a la persona humana con esa chispa de la divinidad, mucho mejor que en la fábula de Prometeo.

Catorce siglos hace que hubo un filósofo que en apretado pensamiento, con atisbos geniales condensó la expresión de la persona: "El ser substancial independiente que lleva encarnada la razón en su esencia". A Boecio se la debemos y con reverencia le añadimos la nota que nos entregó Aristóteles, al llamar al hombre "animal político" (lástima que hayamos viciado tanto su sentido).

Confrontamos luego ese ser sustancial e independiente y a la vez social dotado de inteligencia con el Derecho, ese poder moral y recto, esa expresión de la rectitud de las relaciones humanas.

Descubrimos que Derecho y Ley lejos de coartar, aseguran la sana libertad e independencia de la persona, la armonizan con sus semejantes, marcan la pauta de la felicidad.

Cuando piensa uno en tamaña elevación y luego vuelve la vista al destroz humano, a la opresión, a la iniquidad reinante, las violencias, la degradación de las sociedades, los exterminios que aún de razas ha perpetrado el hombre, no puede menos de añorar la elevación de un Sócrates que muere con dignidad, y más todavía la de Cristo que devolvió al hombre su dignidad perdida.

Ahora sí creo estar en posesión de los elementos necesarios, haber llegado a la meta. Por su naturaleza inteligente y libre, el hombre es persona y tiene independencia. Más por su ser social, esa independencia no es irrefrenada, sino que debe reconocer ciertos límites: el bien común, que por lo demás no destruye, sino que asegura el bien de la misma persona. Procurar ese bien de la sociedad y como redundando, el de los individuos, tal es la función del derecho y salvaguardarlo y promoverlo

* Ortega y Gasset, "Individuo y organización".

es la del estado. Ni independencia salvaje, ni trituración de la persona: armonía que salva y asegura la paz, la felicidad que el hombre ansía.

No he pretendido en esta charla exponer una fórmula para componer el mundo en que vivimos, ni descubrir secreto alguno que ustedes desconozcan. Mi propósito ha sido muy modesto:

Para quienes vivimos envueltos en los complejos problemas del mundo moderno, entre tantas idas y venidas estériles, es conveniente recordar que por encima de los valores materiales, existen otros bienes de mayor altura que deben ocupar nuestra atención. Entre ellos estamos nosotros mismos; no nuestro bolsillo, no nuestro estómago, sino la parte más noble de nosotros mismos, lo que nos distingue de la bestia. La persona humana. No importa el sexo, la raza, la clase social, la condición de gobernante o gobernado. Todos somos personas y como tales nos debemos consideración y respeto. Y algo más: amor.

Si esta charla contribuye, así sea en una parte mínima, a lograr que cobremos conciencia de ello, habré logrado mi propósito.

BIBLIOGRAFIA

- Compendio de Filosofía. Salomón Rahaim. Progreso. México, 1966.
 Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural. Johannes Messner. Ediciones Rialp, S. A. Madrid, 1967.
 El Ser Humano según Theilard de Cahrdrin. Paul Chauchard. Herder. Barcelona, 1972.
 La Civilización Actual contra el Destino del Hombre. Isaac Guzmán Valdivia. Editorial Tradición, S. A. México, 1974.
 Inquietudes de Nuestro Tiempo. Isaac Guzmán Valdivia. Editorial Limusa. México, 1973.
 Tratado "De Legibus", de Marco Tulio Cicerón. Filosofía. Schemi Di Lezioni. Paolo Dezza. Roma, 1949.
 El hombre de carne y hueso. Miguel de Unamuno.
 Don Quijote en la tragicomedia Europea Contemporánea. Miguel de Unamuno.
 Sobre un Goethe Bicentenario. Ortega y Gasset, José.
 Individuo y Organización. Ortega y Gasset, José.
 Una Introducción Al Estudio del Derecho. Alvaro D'Ors. Ediciones Rialp, S. A. Madrid, 1963.
 Hacia una formación Humanística. José A. Ibáñez. Martín. Herder. 1975.
 Valores Cristianos. Jacques Leclercq. Dinor. San Sebastián, 1963.
 Problemas y Figuras de la Literatura Contemporánea. Wilhelm Grenzmann. Versión española de Rafael de la Vega. Gredos. Madrid, 1963.
 Lecciones de Filosofía del Derecho. Rafael Preciado Hernández. Jus. México, 1965.
 Código Civil.
 Constitución Política Mexicana.
 Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Benjamín Flores Barrueta. México, 1960.
 La Doctrina Política del P. Francisco Suárez. José M. Gallegos Rocafull. Jus. México, 1948.

LAS CONJURACIONES*

Una interpretación política de la Constitución

ELISUR ARTEAGA NAVA

NOTA: Por razones de espacio se omiten las notas relativas a los capítulos que ahora se publican.

INTRODUCCION

La Constitución mexicana es un instrumento de poder; es un documento que, antes que otra, tiene la función de permitir la acción gubernativa, considerada como el acto de mandar y ser obedecido; la de evitar que el grupo en el poder se vea desplazado de él; en una palabra: proporcionar seguridad al gobernante; éstas, no otras, han sido y son sus funciones y objetivos. La crónica de sus reformas es, en gran parte, la crónica del proceso de consolidación en el poder que culmina al lograr un reducido grupo el monopolio del aparato represivo. El poder es indivisible; no se comparte; el grupo que lo detenta no podía permitir que en lo interior alguien le negara sumisión o que, llegado el caso, estuviera en posibilidad de responder con violencia la fuerza que pudiera llegar a ejercer. Con providencias político-coactivas y reformas al texto constitucional se ha alcanzado plenamente el objetivo.

El grupo en el poder usa a discreción ese instrumento que es la Constitución, gobierna con él, sin él y en no pocos casos contra él; lo moldea y adapta a sus necesidades y requerimientos; no permite que su texto embarace su acción. La marcha gubernativa no admite obstáculos en su cauce; la Constitución no puede ser un elemento que reste velocidad; debe ser un instrumento que justifique, al hacerlo allana el paso.

Toda forma constitucional existe en función del interés público, la salud colectiva, seguridad nacional, la dignidad patria, en resumen, en función del ejercicio del poder. Derechos individuales, sociales, económicos existen y coexisten por cuanto facilitan la acción gubernativa.

A los textos constitucionales pudiera corresponder un sinnúmero de interpretaciones y éstas partir de puntos de vista diversos y definidos: el jurídico, el económico, el histórico, el social; pero, ante todo, los textos son políticos, por lo que su interpretación debe hacerse tomando en consideración el poder; una interpretación que parta de tal premisa será real, exhaustiva y auténtica. Difícilmente se encontrará un precepto

* Introducción y tres capítulos de una obra en preparación.

que examinado desde tal punto de vista no dé su verdadero sentido. Caben otras interpretaciones, pero los resultados a obtener pudieran ser parciales, inexactos o irreales. La Constitución es la carta magna de la pasión de mandar y del ser obedecidos.

Las medidas tomadas para alcanzar el monopolio del poder; excluir y absorber a factores reales de poder; controlar los focos de inestabilidad; imponer un determinado desarrollo económico; han sido principalmente político-coactivas, pero muchas de ellas han trascendido al campo jurídico constitucional positivo; al examen del proceso legal que se ha seguido hasta la fecha se dedican las siguientes páginas.

No hay reforma constitucional que no tienda a ampliar el campo de acción del estado en detrimento del individuo; no se ha promovido enmienda alguna que amplíe los derechos de éste. Aun aquellas reformas que pretenden conceder derechos a la colectividad, en el fondo, o sólo aumentan el campo discrecional del estado o hacen que éste sea su único dispensador.

En México, hasta hace algunos años, la única vía para alcanzar el poder y también de perderlo, era la conjuración. Los detentadores del poder nunca renuncian voluntariamente a él y rara vez acaban por muerte natural con el poder en las manos. Las normas constitucionales existentes, en términos generales, son una reminiscencia de ese temor a las conjuraciones. Es preciso meditar sobre los problemas inherentes a las conjuraciones en México; por qué se conjura, quiénes conjuran, contra quién se conjura, de los procedimientos seguidos para alcanzar el éxito y de las providencias tomadas para evitar las conjuraciones. El tema no ha sido objeto de un estudio por lo que hace al caso particular mexicano, siéndolo, por ironía, el tema de las elecciones y el sufragio, que no son ni el camino ni el instrumento para alcanzar el poder.

Las conjuraciones son fenómenos socio-políticos objetivos, susceptibles de un estudio científico, como lo son muchos otros, el considerarlas no implica ni hacer su apología ni detractarlas. En forma periódica en toda sociedad se hace necesaria una acción, pacífica o violenta, que procure un reacomodo de los diferentes elementos humanos y económicos y procure un nuevo orden jurídico. Se hace necesario un movimiento que procure nuevas costumbres o formas de concebir la vida en sociedad. Es tan propia en el hombre tal inclinación que en la empresa no le importa sacrificar su propia vida; en todo ello no está ajena la pasión del poder.

Por virtud de la acción de las clases gobernantes y el tiempo, algunos factores de inseguridad y de conjuraciones desaparecen; otros subsisten bajo control; otros están en vías de serlo. Las sociedades secretas, los gremios, asociaciones de profesionistas, gobernadores de los estados, secretarios de estado, jefes de departamento, diputados, senadores, ministros de la corte, vicepresidentes, han dejado de ser elementos de inestabilidad. Ejército, ex-presidentes, clero, sindicatos, campesinos, los Estados Unidos de Norteamérica, a pesar de todas las providencias tomadas, no han de-

jado de ser elementos que, dada su influencia y poder, en determinados momentos pueden ser factores de inseguridad. Han surgido nuevas fuentes de inestabilidad que no existían el siglo pasado, como las empresas transnacionales y los grupos económicos nacionales, los que han llegado a cuestionar la acción gubernativa; para estos factores de inestabilidad ha sido preciso buscar nuevos controles.

Una conjuración que triunfa no toma el poder en un solo acto, lo que es más, no se puede decir que lo llegue a alcanzar en forma total y absoluta. Sólo se puede aspirar a lograr un control efectivo, éste sólo se logra con el tiempo y por el uso indistinto de la violencia y la persuasión. El proceso de consolidación, en el mayor de los casos, es lento. Siempre existen factores que de una u otra forma obstaculizan la acción gubernativa de la facción triunfante o pretendan compartir el poder desde su particular punto de vista y en una proporción mayor a la que el grupo en el poder esté dispuesto a aceptar o reconocer.

Hay una relación directa entre la proximidad de ascenso al poder y la acción legislativa del grupo triunfante. Al principio las normas represivas y que tienden a afianzarlo prevalecen sobre cualquier tipo de interés jurídico. Cuando se tiene la certeza de haberse consolidado comienzan a expedirse y a prevalecer las disposiciones de tipo administrativo, que no tienen por objeto directo la conservación del poder y la represión de las conjuraciones.

Toda conjuración triunfante para consolidarse ha requerido de un cuerpo de leyes; es impolítico ejercer el poder al margen del derecho. Es preciso legalizar la violencia. La represión es negativa, la ejercida al margen de la ley es peligrosa; no lo es tanto cuando se presenta como consecuencia lógica de la violación de una norma, en un procedimiento seguido ante autoridad judicial. Un nuevo grupo en el poder se consolida en él cuando la opinión pública acepta su binomio: fuerza-derecho, es decir cuando acepta como natural su represión jurídica.

El término conjuración es utilizado en este trabajo en su acepción amplia y general: "Concierto o acuerdo hecho contra el estado, el príncipe u otra autoridad". Todo acto o hecho realizado más o menos con sigilo, con la intención de crear inestabilidad, tenga o no por objetivo alcanzar el poder. De una u otra forma [todas las acciones enderezadas contra el estado o grupo en el poder quedan comprendidas en el término genérico de CONJURACIONES: golpes de estado, revoluciones, asonadas, cuartelazos, revueltas, motines, atentados, etc.] El término no ha perdido su vigor no obstante su prolongado uso. Bajo el título de: "Las Conjuraciones", Maquiavelo, en 1513, en sus Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio, hizo un magistral análisis del por qué el hombre se rebela y de cómo pueden los gobernantes precaverse de los peligros inherentes a la función de gobernar y de cómo conjurar con éxito y con menos riesgos. Así el término se usa en su amplia acepción maquiavélica.

CAPITULO I

EL EJERCITO

En México quien con mayor frecuencia ha conjurado contra los grupos gobernantes y quien lo ha hecho con mayor éxito, ha sido el ejército; es natural que así suceda; quien tiene conciencia de que, dada su capacidad, puede ejercer el poder directamente, difícilmente, de mutuo propio, se hace a la idea de que tenga que actuar como instrumento de otro o compartir el poder. Ha sido necesario regular la estructura y funcionamiento del ejército de tal manera que sea un elemento confiable en lo interno y externo; un eficaz elemento de represión. Ha sido preciso convencerlo por la persuasión, la fuerza y a través de comprometerlo con el estado de cosas existentes, de que su función es de represión y de defensa de la clase gobernante. Se le ha convencido, cuando menos hasta ahora, y en los niveles jerárquicos que cuentan, de que nada tiene que ganar en una conjuración y sí mucho que perder.

En la estructuración que del ejército se ha hecho, se ha tenido en cuenta otro factor. Dada la ubicación geográfica del país, específicamente su proximidad con los Estados Unidos, no podía ser un efectivo elemento de agresión exterior. No ha intervenido normalmente en la defensa de la soberanía nacional cuando el país ha sido invadido. Si bien es inocuo en lo exterior, se le ha organizado para que ejerza el monopolio represivo en lo interno; se encuentra particularmente adiestrado para reprimir las manifestaciones de descontento popular, propias de todo país en transición, y a los disidentes surgidos en la familia revolucionaria.

Dada la complejidad de los instrumentos bélicos modernos, los civiles, por más pertrechos que posean y ciencia sobre su manejo, serán siempre improvisados y estarán en una posición inferior comparados con el ejército regular. Siempre tendrán conciencia de que el manejo de las armas no les es propio o que al ejercitarse en su manejo se estará actuando al margen de la ley. El ejército tiene a su favor el aparato económico del estado y libertad para ejercitarse libre y legalmente.

El aparato bélico represivo es efectivo por adecuado a las circunstancias del país, el que descansa en la ubicación estratégica de cuarteles, zonas militares, fuertes, bases aéreas y navales en todo el territorio, lo que permite, en cosa de horas y sin mayores contratiempos, que el ejército tenga un control efectivo sobre todo el territorio nacional. Un civil que conjure ya no puede contar a su favor con la ventaja de antaño de la lejanía y falta de comunicaciones. Lo que es más, con los modernos medios de aprovisionamiento, es inútil que se pretenda neutralizar los medios de comunicación a fin de procurarse tiempo para que prospere una rebelión.

CONTROL SOBRE LAS FUERZAS ARMADAS

Ha sido necesario controlar el ejército, para hacerlo se ha recurrido a diferentes fórmulas, unas sólo tienen existencia legal, han respondido a la ingenuidad y buenas intenciones de uno que otro constituyente despiestado o como imitación a providencias tomadas en otros países; existen, en cambio, otras fórmulas que si bien poco o nada tienen de jurídicas, son reales y efectivas. Sobre las fuerzas armadas se podría considerar que hay tres tipos de control: el legal, el real y el de conveniencia.

A. CONTROL LEGAL

A este control, con ánimo de ser preciso, se le podría denominar también "control ilusorio". Su existencia se ubica sólo en el campo de lo normativo; constitución y leyes ordinarias y su efectividad como obstáculo a conjuraciones estará determinada por el grado en que los altos jefes militares quieran y les convenga no salvar. Un grupo gobernante que para afianzarse en el poder recurra únicamente a él, más hará en su propia ruina, que en consolidarse.

De las leyes, fundamentales y ordinarias, se desprende que este tipo de control y por lo que hace a las disposiciones más notables, podrían comprenderse bajo los siguientes rubros generales:

a) Normas que pretenden ubicar en el ejecutivo el control directo e indirecto de las fuerzas armadas, como son las que lo facultan para disponer del ejército, marina de guerra y fuerza aérea para la seguridad interior y defensa exterior; la que lo faculta, para los mismos fines, a usar de la inexistente guardia nacional; la que concede la facultad de declarar la guerra previa ley del congreso; la que le da el control sobre lo relativo a los ascensos en las fuerzas armadas; la que ve a la libre designación y remoción de los secretarios de defensa y marina.

b) Por otra parte, existen normas que tienden a excluir al ejército, fuerzas armadas, como tales, de la vida política del país. Así se dispone que para poder aspirar a algún puesto de elección popular los militares no deberán de estar en servicio activo, a menos que se separen con tres o seis meses de anticipación al día de la elección, si se tratare de legisladores y de presidente de la república respectivamente; que una reunión armada no tiene el derecho de deliberar; la que prescribe que en tiempos de paz ninguna autoridad militar puede ejercer más que las funciones que tengan exacta conexión con la disciplina militar; que los cuarteles deben estar fuera de las poblaciones; la que pone bajo la jurisdicción de los presidentes de cada una de las cámaras del congreso todo contingente armado que penetre en sus recintos.

c) Y normas que tienden a garantizar a los individuos su integridad frente al ejército, como son las que disponen que la persecución de los delitos será de la exclusiva incumbencia del ministerio público y policía judicial, más no del ejército; la que prevé que lo relativo a reclutamiento de tropas, si bien es facultad del congreso, la iniciativa deberá presentarse originalmente en la cámara de diputados; la que dispone que en tiempos de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular, ni imponer prestación alguna contra la voluntad del dueño; la que establece que un civil no puede ser juzgado por un tribunal militar.

Para concluir que en la práctica tales normas no son más que un control ilusorio sobre el ejército, basta sólo un somero análisis histórico.

El presidente como jefe del ejército

El presidente de la república puede disponer libremente del ejército siempre y cuando éste no disponga lo contrario. Díganlo o no los casos de Lerdo de Tejada, Madero y Carranza, estos presidentes cayeron por la traición del ejército regular que se entiende dependía de ellos; esos son ejemplos suficientes para ilustrar y convencer de la actuación del ejército como una generalidad, si no hubiera casos que, en lo individual, lo confirmaran, como el de Porfirio Díaz-Alessio Robles: siendo el señor Alessio Robles cadete del Colegio Militar recibió instrucciones de no permitir el paso a nadie por determinado lugar, éste la hizo efectiva aún en la persona del general Díaz, no obstante que éste, por disposición legal, era jefe de todo el ejército. Si bien el ejemplo se invoca como un caso de celo en el cumplimiento del deber, la verdad es que a un observador un poco perspicaz le indicaría que pueden existir casos en que una sola persona, con escaso mando y poco seso puede, en cumplimiento del deber, privar al país de un benefactor.

La guardia nacional

En la constitución de 1824, a imitación de los Estados Unidos, se previó la existencia de una institución llamada guardia nacional; lo mismo se hizo en las constituciones de 57 y 17. La idea original que se perseguía con su existencia era compleja; en norteamérica es la de que sea la propia ciudadanía en armas quien vele por la tranquilidad de la sociedad, en los casos en que la policía regular sea incapaz de hacerlo y evitar el militarismo, estableciendo frente a un ejército regular, que se usa en los casos de guerra extranjera, una guardia, también regular, a quien se recurre en caso de conflicto interno; con tal solución hay un equilibrio cierto y efectivo entre dos fuerzas armadas. Esta fue la idea que persiguieron los legisladores mexicanos al establecerla en las diferentes cons-

tituciones, pero se dispuso que sería el congreso quien expediría la ley por virtud de la cual se organizaría, armaría y disciplinaría dicha guardia. No obstante lo claro del precepto, en 1874, don Justo Sierra se quejaba:

“Desde el año de 57 yace esta determinación de la ley suprema esperando su desarrollo de la actividad del Cuerpo Legislativo...”

cien años después la crítica sigue siendo válida: el congreso no ha dictado la ley orgánica de la guardia nacional; y es evidente que no existe el propósito de hacerlo, de armar e instruir a la ciudadanía. La disposición que existe en la Ley del Servicio Militar Obligatorio, que hace referencia a ella, lo hace en forma inconstitucional e inoperante, por cuanto la supedita al ejército regular y sólo pertenecen a ella quienes, por su avanzada edad, no representan peligro.

La no existencia de la guardia benéfica al grupo en el poder en general y al ejército en particular, que son los únicos que podrían promover y lograr la expedición de la ley orgánica respectiva y sólo perjudica a la ciudadanía en beneficio de quien se previó su existencia constitucional. Benéfica al grupo en el poder por cuanto a que, ante la falta de una guardia nacional a quien recurrir en caso de trastorno interno, se ve precisado a recurrir al ejército, con quien cuenta totalmente por su incondicionalidad y discreción, cosa que no sucedería con aquella, ya que sería la propia ciudadanía quien reprimiera a la ciudadanía, con lo que difícilmente se darían casos como los de Tlatelolco. Es reciente el caso de la Universidad de Kent, en los Estados Unidos; la guardia nacional fue usada para reprimir un conflicto estudiantil, algunos de sus miembros se excedieron, aunque no llegaron al grado alcanzado por el ejército mexicano, por sus excesos fueron juzgados y condenados a prisión por muchos años.

El ejército se beneficia por cuanto a que en cualquier acción que intente, no tiene enemigo con beligerancia, lo que significa que puede ejercer sus presiones con mayor efectividad y pretender mayores canonjías.

No obstante que no ha sido dada la ley que organice la guardia nacional, algunos estados tuvieron su guardia y su existencia no es, como pudiera pensarse, inconstitucional; para llegar a tal conclusión es necesario tener en cuenta la doctrina de las facultades concurrentes, que previene que en un sistema federal los estados pueden ejercitar aquellas facultades que si bien han sido otorgadas a la federación ésta no las ha ejercitado, siempre que no estén prohibidas expresamente o no requieran una regulación general.

Fueron las guardias de diferentes estados las que, durante el siglo pasado, salvaguardaron la integridad de las entidades federativas y las que cooperaron en la defensa del país durante la intervención y el imperio. Don Francisco García Salinas, gobernador de Zacatecas por los años

treinta del siglo pasado, defendió el sistema federal con las guardias del estado de los excesos de Santa Anna.

Declaración de guerra

Por lo que hace a la declaración de guerra es uno de los pocos casos en que la disposición constitucional es sabia, aunque y afortunadamente de escasa aplicación. En México no hay una industria de guerra particular que deba procurar utilidades a sus propietarios, como sucede en otros países; de acuerdo con el sistema, la industria militar es una rama de la administración pública, depende en la actualidad de la secretaría de defensa; como es sabido el sector público casi nunca se preocupa por obtener dividendos que repartir; normalmente se trabaja con déficit; en tales condiciones difícilmente se declara una guerra, como es caso frecuente en otras partes, sólo para que no pierda la industria armamentista. En este siglo únicamente ha habido una declaración de guerra; no dejó de ser simbólica.

Ascensos

De acuerdo con la constitución el presidente tiene una intervención de primer orden en lo relativo a los ascensos, ello con vista a impedir que ascienda un elemento peligroso y beneficiar a quien se muestre no sólo apto sino también fiel. En el texto se distingue, y con mucha razón, entre, por una parte, coroneles y generales y, por otra, jefes y oficiales; los ascensos de éstos, si bien dependen del presidente de la república, por lo general más se hacen de acuerdo con un procedimiento previsto por la ley, que por voluntad directa de aquél.

Por lo que toca a coroneles y generales, por tratarse de grados por virtud de los cuales se llega a tener al alcance un contingente armado que pudiera dar problemas al grupo en el poder y a la sociedad, en las constituciones de 1824 y 1857, para dichos nombramientos se dispuso que deberían coincidir dos voluntades: en la primera la del ejecutivo y el senado; del ejecutivo y el congreso en la segunda; con motivo del restablecimiento del senado en 1874 y hasta 1966 ésta facultad correspondió en forma exclusiva al senado; en ese año de 66 el sistema fue alterado y el objetivo desvirtuado. El que se requiriera la concurrencia del ejecutivo y del senado era con un doble objetivo: dar tanto al presidente, como a la sociedad, seguridad de que a tales cargos llegarían elementos idóneos para la seguridad y la paz pública. Con el nuevo precepto en vigor, que dispone que en los recesos del senado la ratificación la puede hacer la comisión permanente, únicamente han quedado garantizados los intereses del grupo en el poder, mas no los de la sociedad; para con-

cluir esto es suficiente una consideración breve: la comisión permanente legalmente se integra por veintinueve miembros y puede sesionar con quince de ellos, para que un ascenso sea aprobado es suficiente contar con ocho votos; cosa diferente ocurre cuando es el senado quien lo hace; éste está integrado por sesenta y cuatro miembros y se requiere un mínimo de cuarenta y tres para sesionar; un ascenso será válido cuando lo aprueben veintitrés. Por más inútil que sea el senado, no es lo mismo ocho que veintitrés; de acuerdo con la ley de probabilidades y la historia es en el senado en donde pudieran surgir mayores objeciones a un mal nombramiento que haga el ejecutivo; los casos de ascensos no aprobados de Carlos I. Serrano y Humberto Mariles lo prueban. La reforma, se debe insistir, sólo beneficia al grupo en el poder pues es él exclusivamente quien hace los nombramientos; y perjudica a la ciudadanía, por cuanto a que se le pueden imponer elementos que, por virtud de haberla reprimido, obtengan un ascenso, como sucedió con el general Hernández Toledo, el de la noche de Tlatelolco.

Libre remoción de secretarios de Defensa y Marina

Si bien existe la posibilidad de remover a los secretarios de defensa y marina e, incluso, al jefe del estado mayor presidencial, se ha juzgado impolítico y peligroso hacerlo; mucho más si no se toman y exageran todas las precauciones; únicamente se hizo en los casos en que se pretendió mejorarlos o darles una colocación que les garantizará su existencia dentro del presupuesto. A partir de la llegada al poder de los civiles, las remociones no se han vuelto a dar. Los secretarios de defensa y marina no fueron removidos ni en la época de mayor movilidad, la del licenciado Echeverría, lo que es más, durante ese sexenio el general Cuenca Díaz se dio el lujo de autodesignarse como candidato del partido oficial para la gubernatura de un estado, no obstante los impedimentos constitucionales que existían.

Normas que tienden a excluir al ejército de la vida política del país

Como se ha dicho, existen disposiciones de carácter constitucional y de legislación ordinaria, que procuran excluir a los miembros del ejército de la vida política del país.

Al fundarse el actual partido oficial, uno de los sectores que lo integraba lo era el militar, pero éste quedó excluido en tiempos del presidente Cárdenas, con posterioridad, si bien los miembros del ejército, como ciudadanos, tienen el derecho de aspirar a cualquier puesto público de elección popular, no lo pueden hacer si se encuentran en servicio activo. En la actualidad lo hacen como miembros de los sectores que integran el partido oficial.

Asambleas armadas

Existe también el principio constitucional de que una asamblea no tiene derecho a deliberar; la disposición está dispuesta a dar al intérprete poco exigente un contenido normativo viable, que si bien es fundado, no comprende todo lo que la misma encierra. La primera interpretación que en la mente de los comentaristas ha surgido es la de que el legislador quiso evitar que una asamblea armada pretendiera presionar violentamente a las autoridades constituidas, a fin de obtener resolución favorable a sus pretensiones.

Pero si a la norma se le da una interpretación política que tenga base como el objetivo que tienen en general las disposiciones constitucionales se llegará a la conclusión de que la norma existe con el ánimo de excluir al ejército, como tal, de la política. Lo que en realidad quiso decir el legislador es que el ejército no puede deliberar asuntos políticos. La disposición está encaminada a evitar cuartelazos. Difícilmente en el pasado y en la actualidad se podría encontrar el caso de una asamblea legalmente constituida por ciudadanos que, estando armados, se reúna a deliberar.

Poseción y portación de armas

En la Constitución de 57 se estableció un amplio derecho a poseer armas y a portarlas, quedaba a criterio del legislador, se entendía que local o federal, el determinar, por medio de la ley, qué armas estarían prohibidas. Este derecho no sufrió restricciones durante esa época que los revolucionarios llaman cruel dictadura porfirista.

Las cosas cambian con el advenimiento al poder de los revolucionarios; el primer jefe Carranza, si bien propone que subsista el derecho a poseer armas y de que sea una ley la que determine cuáles serán las prohibidas, ya habla de cierto monopolio a favor del ejército, armada y guardia nacional, pero la modificación más importante es la de que, si bien subsiste el derecho, queda sujeto a lo que dispongan los reglamentos de policía; en tal sentido fue aprobada por el constituyente de 17.

No obstante que la ciudadanía era muy dada a portar armas y agredirse mutuamente con ellas en forma constante, durante más de cincuenta años el precepto no sufrió modificación alguna, aunque en la práctica fue rutina normal que el ejército, en forma ilegal realizara campañas que dio en llamar de "despistolización", que sólo servían para que algunos miembros del ejército, en no pocos casos, se hicieran de armas que luego revendían a particulares en provecho propio; pero a raíz del conflicto de 68, ante el surgimiento de diferentes grupos guerrilleros, el nuevo Díaz en el poder propuso una modificación al precepto original; en la nueva redacción, lo que era dudoso se vuelve claro y lo que era un

derecho se vuelve nada. En efecto, de acuerdo con el precepto es facultad de la federación el determinar las armas prohibidas y es también una ley federal, no los reglamentos de policía de las autoridades locales, la que regula lo relativo a la portación de armas; de acuerdo con la nueva ley a los ciudadanos se les deja el amplio derecho a usar resorteras y en algunos casos rifles de aire.

"Jamás ha ocurrido que un príncipe nuevo desarme a sus súbditos; al contrario, si los encontró desarmados los armó; porque así emplean las armas en tu favor, convirtiéndose en fieles los que eran sospechosos, aumentando la fidelidad de los que ya eran leales, y siendo todos, más que súbditos, partidarios tuyos..."

En cambio, cuando les desarmas empiezas a ofenderles, probándoles que desconfías de ellos, o por cobardes, o por desleales, y cualquiera de estas dos suposiciones ocasionan malquerencia contra ti. Además, no siendo posible que estés desarmado, acudes a la milicia mercenaria, cuyas condiciones repetidamente hemos dicho, milicia que, aun siendo buena, no lo será tanto que pueda defenderte a la vez de enemigos poderosos y de súbditos de sospechosa fidelidad."

N. Maquiavelo, *El Príncipe*, cap. XX.

El Congreso frente al ejército

En el reglamento para el gobierno interior del congreso existe una norma que dispone que si por cualquier circunstancia concurriera alguna guardia militar o de policía armada al recinto de las cámaras, éstas queden bajo las órdenes exclusivas del presidente de cada una de ellas. El precepto tiene un antecedente remoto en las luchas habidas entre el parlamento encabezado por Crownwell y el rey Carlos I; tiene como finalidad la de evitar que el ejecutivo, por medio del ejército, viole la independencia del Poder Legislativo e interfiera en sus actividades; dicha norma, como todas las que pretenden frenar al ejército, sólo valen en el grado en que convenga al ejército y, en su caso, al ejecutivo; prueba de ello se tiene en el decreto de disolución dado con fecha 10 de octubre de 1913 por Victoriano Huerta; en esa ocasión, con el auxilio del ejército, no sólo se disolvió el Congreso sino que, cuando se encontraban sesionando diputados y senadores fueron, muchos de ellos, aprehendidos y enviados a la Penitenciaría.

Servicio militar

Por disposición constitucional los mexicanos están obligados a recibir instrucción cívico-militar que los mantenga aptos en el ejercicio de sus derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas y conocedores

de la disciplina militar. Pronto se vio que, por virtud del precepto, gente no iniciada y que pronto quedaba fuera de control, podía tener acceso a los secretos de la ciencia militar, con el consiguiente peligro. La disposición, en la práctica, se ha hecho nugatoria. No hay tal instrucción militar y la poca que se llega a dar es tan elemental, rudimentaria y atrasada, que por ella, los que la reciben, no quitarían el sueño a la clase gobernante; la instrucción se limita a meras prácticas de marcha, ejercicio deportivo y una que otra vez al tiro con mosquetones rudimentarios. El servicio militar, en no pocos casos, se ha convertido en fuente de aprovisionamiento económico de uno que otro militar, con cargo a los conscriptos que no lo desean prestar. La disposición constitucional presta al estado un inestimable servicio, le permite el registro, control e identificación de toda la población masculina del país. En virtud de que a partir del movimiento estudiantil de 1968 las mujeres han tomado parte activa en actos de terrorismo, en 1976, el entonces secretario de defensa, persiguiendo idénticos fines, externó la idea de un servicio militar obligatorio para las mujeres.

Como se ve, pues, las disposiciones legales no tienen más valor que aquel que el ejército en determinado momento quiera reconocerles; ellas y las promesas de fidelidad no son obstáculos ni fortalezas confiables.

B. CONTROLES REALES SOBRE EL EJERCITO

El control real sobre el ejército se basa en medidas de orden práctico que poca relación tienen con las normas constitucionales. Las providencias tomadas, como producto de una larga experiencia, son de índole diversa y compleja. Se enumeran algunas de ellas en un orden que no supone necesariamente su grado de importancia y que han sido adoptadas tomando en consideración al ejército; la marina y la fuerza aérea, dada su minoría de edad, no han conjurado; a éstas, en forma deliberada, no se les ha permitido llegar a ser un factor de peligro y conviene, como cuestión previa dedicar unas cuantas líneas a este problema.

No ha permitido un mayor desarrollo de la marina y fuerza aérea la situación económica del país. Los instrumentos que ellas requieren tienen un elevado costo y no son de producción nacional; esto hace que se adquieran en menor cantidad y que, por lo mismo, se enrolen menos miembros. Aun para el caso de que las condiciones económicas lo permitieran, la verdad es que, dado a que con los elementos con que pudiera contar estarían en posibilidad de hacer proporcionalmente más daño que el que pudieran hacer los miembros del ejército regular, se limita su capacidad por seguridad interior y exterior.

Es evidente que dado lo complejo de los instrumentos que manejan los miembros de la marina y aviación, estos poseen un nivel intelectual superior al promedio que alcanzan los miembros del ejército regular, lo

que trae un doble inconveniente: por una parte son más liberales y menos conservadores; menos dóciles a las órdenes y más críticos de las funciones que se les encomienda, que los miembros del ejército. No es conveniente a la seguridad del estado que elementos así prosperen.

Guardias Presidenciales

Frente a un ejército regular previsto en la Constitución, al que, para identificarlo, se diría que es el que depende de la Secretaría de la Defensa Nacional, se encuentra un super ejército: los guardias presidenciales-estado mayor presidencial, que depende directamente del presidente de la república, sin intervención de ninguna secretaría, cuyo poder de fuego, a decir de don Adolfo Ruiz Cortines, duplica al que pudiera tener en determinado momento todo el ejército regular.

Independientemente de su poder de fuego, este super ejército cuenta con elementos que se distinguen notablemente del común de las fuerzas armadas, por su preparación intelectual, física y humana; con privilegios, ascensos, sueldos, prestaciones especialísimas. Aunque muchos de sus oficiales provienen del Colegio Militar regular, la verdad es que para poder ingresar en él se requiere de estudios posteriores, especialmente en la Escuela Superior de Guerra.

Los guardias presidenciales, independientemente de las ventajas anteriores, tienen la de encontrarse concentrados en un solo punto; contrariamente con lo que sucede con el ejército regular que se encuentra esparcido por todo el territorio nacional, entretenido en labores que en muchos casos tienen poca relación con la disciplina militar, con jefes con los que, dada su gran movilidad, no se identifican plenamente. Un ejército desmembrado poco puede hacer en una conjuración.

Los guardias presidenciales difícilmente podrían ser utilizados en otra cosa que no sea la defensa directa del presidente de la república. Aunque es un cuerpo con una capacidad bélica excepcional dentro del país, no es aconsejable en técnica del poder distraerlo en acciones ajenas. Su capacidad total está en todo momento desembarazada de todo compromiso que pudiera menguar su efectividad, en el desempeño de su función específica. El conjurado que, en un caso hipotético, logre distraer a un cuerpo tan selecto se puede decir que se ha situado en los umbrales del poder. En mayo de 1920, ante la revuelta del grupo sonoreño, Carranza se consideró perdido cuando se le informó que la guardia presidencial lo había traicionado y se había sumado a los rebeldes.

Secretarios de Defensa

A raíz de la llegada al poder, en años relativamente recientes de un civil, como lo fue el licenciado Alemán, hubo necesidad de adoptar cier-

tas providencias en relación con la designación de secretarios de defensa. En principio se procuró que fuera un militar de extracción revolucionaria, es decir que hubiera participado en los diferentes movimientos armados que tuvieron verificativo de 1910 a 1920; iniciando su carrera militar, de preferencia, como soldado raso. La razón es muy sencilla, se quiere un militar con el menor espíritu castrense. Así, todos los secretarios han sido viejos revolucionarios; no entra en tal supuesto el general Cuenca Díaz que era egresado del Colegio Militar, pero compensó tal inconveniente con su avanzada edad.

Por otra parte se ha procurado que lleguen a la Secretaría de la Defensa militares que, por su avanzada edad, no piensen en otra cosa que no sea terminar el sexenio con vida y raquílica salud; que por sus años estén convencidos de que dicho puesto será el corolario de su carrera, sin pretender algo de más altura. Los secretarios de defensa no son unos mancebos y ello a despecho de muchos generales que han alcanzado las tres estrellas antes de los cincuenta años.

Para soportar los ajetreos que una campaña política y que el puesto de presidente de la república trae aparejado, se requiere buena salud, ésta, normalmente, no acompaña a los mayores de sesenta años; esa es la razón por la que, salvo raros casos, como el del señor Ruiz Cortines, que tenía sesenta y dos años cuando protestó como presidente, pues ni Carranza ni Ortiz Rubio llegaban a los sesenta al asumir la presidencia, no hay presidente que se inicie como tal mayor de esa edad. Se ha procurado que quien sea secretario de defensa exceda los sesenta años, díganlo o no los siguientes casos de edades al protestar el cargo: Hermenegildo Cuenca Díaz, sesenta y nueve años; Marcelino García Barragán, sesenta y nueve años; Agustín Olachea, sesenta y tres años; Matías Ramos, sesenta y un años, todos, con excepción del primero, de extracción revolucionaria.

Se podrá argumentar que Gilberto R. Limón contaba cincuenta y un años al protestar como ministro en el gabinete del licenciado Alemán y que se trata de una excepción que niega la regla; pero debe observarse que cuando él tomó posesión del puesto aún vivían viejos revolucionarios, con ascendiente en el ejército que hubieran podido evitar cualquier aventura militar y que, concretamente el presidente entrante estaba bajo la sombra de dos grandes militares; Lázaro Cárdenas y Manuel Avila Camacho, el nombramiento de alguien no muy viejo no representó mayor peligro.

A los presidentes militares poco o nada les preocupaba la juventud de sus secretarios de guerra; a un Alvaro Obregón no le quitó el sueño que, en marzo de 1922, en su secretaría estuviera un joven ambicioso de treinta y cinco años llamado Francisco J. Serrano.

Muy pocos secretarios de defensa, después de haberlo sido han procurado alcanzar cargo de elección popular alguno; salvo la excepción de siempre; Cuenca Díaz que murió en su intento de alcanzar la gubernatura

de Baja California Norte. Todos se retiran a gozar de su muy merecida jubilación, rodeados de ayudantes que en número de seis les provee la patria agradecida, rompiendo con el principio de igualdad ante la ley.

Debe hacerse notar que a partir de que los presidentes han sido civiles, los secretarios de defensa se han convertido en inamovibles, duran los años del sexenio. Los presidentes militares se dieron el lujo de remover a los encargados del ramo militar, así se tiene que Avila Camacho tuvo tres secretarios de defensa; el presidente Cárdenas cuatro; el general Rodríguez tuvo originalmente al general Pablo Quiroga, nombrando posteriormente a Lázaro Cárdenas y ante la postulación de éste como candidato a la presidencia se volvió a designar a Quiroga. Hasta el presidente Ortiz Rubio se dio el lujo de cambiar modelo, fungieron como sus ministros Joaquín Amaro, Plutarco Elías Calles y Abelardo L. Rodríguez. La Secretaría de Guerra fue considerada, antes que la de Gobernación como la antesala a la Presidencia.

Por desgracia la provisión de viejos y auténticos revolucionarios en estado de circulación como que se ha acabado, por lo que, a más no haber, se recurre a militares de carrera pero de edad avanzada.

Lo que aquí se dice de los secretarios de defensa reza también para los secretarios de Marina.

Movilidad de jefes de zona militar

Otro control sobre el ejército se obtiene gracias a la forma como se manejan las zonas militares; existe una sorprendente movilidad de jefes de zona; ello con la evidente intención de que no encuentren arraigo ni se identifiquen con la tropa, clase oficiales, ni autoridades ni grupos de poder estatales. En lo relativo a zonas militares prevalece el principio institucional, tanto la tropa, como todos aquellos que de una u otra forma quedan bajo su control, vean más a la institución: ejército, que a la persona que en determinado momento es su jefe.

A la movilidad deben agregarse algunas medidas más que hacen inocho a un jefe de zona militar. En lo posible no deben crear problemas a las autoridades del estado y más bien deben coadyuvar con ellas cuando éstas, desde luego, estén en buenas relaciones con el centro, de no ser esto así nada hacen para evitar su caída. Es reciente el conflicto surgido entre el gobernador del estado de Sinaloa Alfonso Genaro Calderón y el jefe de zona militar de su estado; por actos que no vienen al caso mencionar, hubo un distanciamiento entre ellos; el jefe militar puso a la entidad en virtual estado de sitio y, por órdenes suyas, fueron desarmados los integrantes de la guardia personal del gobernador; ante tal situación, éste, contando con el apoyo del centro y de un conocido líder sindical, consiguió que el jefe de zona fuerza removido y sus providencias despóticas eliminadas.

Se procura designar como jefe de zona a un militar pronto a ser jubilado, lo que significa que a la primera duda que surja sobre su integridad y fidelidad es dado de baja, con lo que se elimina un peligro en lo interno; en lo externo se da la apariencia de tratarse de un trámite normal; el que se jubile a alguien que tiene la edad requerida siempre será algo normal para la opinión pública, cosa que no sucederá así tratándose de dar de baja a un militar que no se encuentre en edad de retiro, en este caso se le comisiona o se les envía como agregados militares a países de cuya existencia muy pocos saben.

Puesto que un militar, especialmente aquellos que han alcanzado un grado superior, como son los coroneles y generales, han tenido acceso a información secreta, contactos con el medio castrense y conocimientos que pudieran ser peligrosos; aunque hayan sido dados de baja y pasado mucho tiempo en retiro, siempre deben admitir que sobre ellos se ejerza un velado pero efectivo control y estar dispuestos a volver al servicio tan pronto sean requeridos para ello. Hace algunos años, cuando el gobernador de San Luis Potosí se quejó ante las autoridades del centro de que el general Gonzalo N. Santos le estaba creando problemas en su entidad, bastó que la Secretaría de la Defensa lo llamara a filas para que el viejo cacique entendiera que había que estar quieto. Cesaron los problemas en la entidad.

El vínculo militar es indisoluble, sólo termina con la muerte.

MASONERIA CASTRENSE

Se controla al ejército también a través de una masonería castrense. En estas sociedades semi secretas y por medio de sus altos directivos, se procura que los militares se disciplinen y entiendan, de igual a igual, cuál es la actitud que de ellos se espera y que puede procurarles un brillante porvenir. El pertenecer a ellas procura, además un espíritu más liberal y alejado de cualquier dogmatismo religioso, que en determinado momento pudiera ser peligroso. La sociedad más reciente y conocida es la Leandro Valle y ésta, a decir del general Cuenca Díaz, tiene como vocero oficial al secretario de defensa.

Separación del ejército y la Iglesia

Como la mezcla Iglesia y ejército fue el factor número uno de inestabilidad el siglo pasado, se procura, por muchos medios, evitarla; así, en los programas de estudio de las escuelas y colegios militares, se insiste en la necesidad de la separación y se da a entender que cualquier tipo de creencias, tomadas muy a pecho, pudieran ser obstáculos para una brillante carrera militar. A los miembros del ejército les está prohibido asistir a servicios religiosos públicos con uniforme; está prohibido hacer

proselitismo religioso a los jefes y oficiales respecto a sus subordinados. Está prohibido colocar insignias u objetos religiosos en cuarteles, vehículos y utensilios militares.

División del ejército

Dada la diversidad de funciones que desempeña, el ejército se encuentra dividido en armas: infantería, artillería, tanques, comunicaciones, caballería, etc., éste, cuando así lo requiere el ejecutivo, por conducto del secretario de defensa, actúa unido y coordinado; en caso de un golpe de estado dicha unidad es casi imposible; sería necesario convencer en cada caso a cada jefe de armas, lo que dificulta y retrasa una conjuración independientemente de que da pie a posibles indiscreciones.

C. CONTROL DE CONVENIENCIA

El sistema político mexicano tiene como característica especial la de ser relativamente permeable; asimila y absorbe constantemente a elementos jóvenes y destacados, los que, de no estar bajo control, pudieran crear problemas; este proceder se hace extensivo a las fuerzas armadas; los militares no encuentran barreras infranqueables en su carrera política. En lo interior y por lo que toca a las promociones y ascensos, éstos son relativamente rápidos y llanos, especialmente para quienes son egresados de colegios y academias militares, lo que hace innecesario el procurarse otros medios para alcanzarlos. La situación económica y social de los altos jefes militares, que son los que en última instancia cuentan, es tan buena que difícilmente podría ser mejor en un nuevo estado de cosas que ellos procuraran a través de un golpe de estado. Gozan de prebendas, consideraciones, jubilaciones, asistentes y diversas prestaciones como miembros de un cuerpo colegiado.

Por lo que hace a la actividad política, económica y social, no están excluidos del sistema, más bien gozan de una situación privilegiada. En la política con contar con mucho menos miembros que la C.N.C. o la C.T.M., tienen un número de gubernaturas, senadurías y diputaciones proporcionalmente mayor que ellas, aunque su influencia ha vendido paulatinamente a menos. En 1970 contaban con la gubernatura de Tlaxcala, siete senadurías y siete diputaciones. En 1975 con la gubernatura de Zacatecas, siete senadurías y tres diputaciones. En 1978 con tres gubernaturas: Nayarit, Oaxaca y Zacatecas, tres senadores y tres diputados.

Por una costumbre que se ha hecho ley las direcciones de policía y tránsito de todo el país están a cargo de miembros del ejército. Alguien que se inicie de policía raso a lo más que puede aspirar en su corporación, por más brillante que sea, es a teniente; de grado superior a capitán los puestos son ocupados por miembros del ejército. No deja de ser

una excepción la designación del señor Durazo como jefe de la policía de la ciudad de México, no obstante ser un civil.

Por otra parte tienen acceso y preferencia sobre concesiones, contratos, licencias. Gozan de una relativa inmunidad y de una situación privilegiada en sus relaciones con el común de la gente. El exhibir en el cristal trasero de sus vehículos sus insignias militares, por mínimo que sea el grado que posea, da a su portador relativa inmunidad.

Epílogo

El mayor peligro actualmente radica en el hecho de que el ejército progresa aceleradamente en el campo técnico, científico y de humanidades, cosa que no sucedía así en el pasado; anteriormente si bien contaba con los elementos para ejercer violencia necesarios para sojuzgar a la población, no tenía los conocimientos científicos y técnicos, ni la ciencia del poder, de la política y conocimiento de lo social que actualmente está logrando, especialmente con universidades militares.

El que se hable en discursos y no se omita en informes el alabar la fidelidad del ejército, como que da mucho en que pensar; pasa algo similar en el caso de las esposas de las que se duda de su fidelidad, en este caso se afirma ésta, de la mujeres de las que no hay duda, nunca son alabadas por tal virtud.

Si a lo anterior se agrega la circunstancia de que el país cuenta, al parecer, con abundantes reservas petroleras, el binomio ejército-combustible, si no se toman medidas adecuadas, puede ser fatal para un sistema democrático al que se aspira llegar.

“Los tres grandes enemigos del pueblo mexicano han sido: el capitalismo, el clericalismo y el militarismo. Nosotros (los militares) podemos acabar con el capitalismo y el clericalismo; pero, después, ¿quién acabará con nosotros?”

Alvaro Obregón

CAPITULO II

ALTOS FUNCIONARIOS

Según Maquiavelo quienes con mayor frecuencia conjuran contra un príncipe, y con mayor frecuencia lo hacen con éxito, son aquellos que están próximos a él y con él comparten el poder; ha sido necesario que un gobernante esté precavido contra esas ambiciones y posibilidades reales que tienen de alcanzar el poder. El sistema político-jurídico mexicano ha procurado eliminar tal peligro; en tal sentido, como producto de una

larga y sangrienta experiencia, se han establecido una serie de barreras legales y extraleales; era preciso procurar que los íntimos con poder, concretamente los altos funcionarios, fueran motivo de seguridad y confianza, no de temor y rivalidad. Los casos de Lerdo contra Juárez; Huerta contra Madero y Obregón contra Carranza, había que evitarlos.

DIVISION DEL PODER

En principio fue conveniente limitar el campo de acción de los altos funcionarios y reducir su influencia. Dividir el poder para evitar su abuso. Para un gobernante el compartir el poder con muchos es menos peligroso que hacerlo con pocos. Entre muchos, dado lo reducido de las facultades que se les asigna, es difícil gozar de autoridad y prestigio. De la época de don Guadalupe Victoria al año de 1853, los gabinetes presidenciales estuvieron integrados por cuatro secretarios de estado, muchos de ellos conjuraron contra sus jefes. Juan M. Álvarez aumentó su número a seis; el licenciado Juárez a siete; Porfirio Díaz, por su parte, a nueve; el desconfiado Victoriano Huerta a diez; a trece Miguel Alemán; a diecisiete Luis Echeverría y a dieciséis secretarías y dos departamentos José López Portillo. La fórmula es: reducir facultades a los secretarios aumentando su número.

Se dirá que su número ha crecido para dar respuesta a los requerimientos de una sociedad cada día más compleja, o como consecuencia de la tendencia natural e inevitable de toda burocracia; en gran parte pudiera deberse el crecimiento también a estas dos razones. En los Estados Unidos de Norteamérica, con mayores y más complejos problemas que México, el número de departamentos apenas si ha aumentado en casi doscientos años; allá los secretarios normalmente no han conjurado.

LIBRE REMOCION DE ALTOS FUNCIONARIOS

El presidente de la república goza constitucionalmente de la facultad de nombrar y remover libremente a los secretarios, subsecretarios, procuradores de justicia y gobernador del Distrito Federal. El nombramiento recaerá en aquel individuo que a su juicio sea digno de confianza, con todo lo que ello significa. El que se le pierda la confianza significará para un alto funcionario el que se vea precisado a renunciar y por parte del presidente, cuando es el verdadero titular del poder, la posibilidad de destituir.

Sobre este particular abundan los ejemplos recientes y lejanos: Martínez Domínguez en tiempos del presidente Echeverría; Uruchurtu en los de Díaz Ordaz, son unas de tantas pruebas recientes de que existe la facultad y de que se puede hacer efectiva.

Victoriano Huerta tan pronto se afianzó en el poder procuró desha-

cerse del gabinete felicista que había tenido que aceptar por virtud del "Pacto de la Embajada"; con tal propósito desacreditó al general Manuel Mondragón, secretario de guerra, atribuyéndole y exagerando los fracasos bélicos sufridos frente a los revolucionarios; al licenciado Rodolfo Reyes, trató de granjearse, al fracasar lo orilló a renunciar. A otros ministros los maniató, espió o desacreditó, al grado que tuvieron que retirarse. Huerta, en seis meses, contó con un gabinete totalmente adicto.

Lázaro Cárdenas, a medida que fue consolidándose, logró, por renuncias y destituciones, deshacerse de los elementos callistas que había en su administración, comprendiendo a secretarios, gobernadores, jefes de zona militar, líderes sindicales. En cambio Ortiz Rubio, si bien en su gabinete hubo gran movilidad, se llegó a quejar de que muchos de sus colaboradores no acordaban con él sino con el jefe máximo Calles.

La libre remoción de los secretarios y restantes altos funcionarios responde a la idea de que el sistema adoptado es el presidencialista, en oposición al parlamentario, en el que los miembros del gabinete se designan de los propios representantes y con vista a la mayoría que se obtenga en los comicios. Si bien en la constitución de 1857 se estableció un sistema presidencialista con marcados matices parlamentarios, por lo que hace a la libre remoción de los secretarios no existió dudas en el texto, aunque sí en la práctica.

LOS SECRETARIOS Y LA VICEPRESIDENCIA

Durante los últimos años de vigencia de la constitución de 57, por virtud de las reformas de 1904, existió la posibilidad de que los secretarios de estado, de acuerdo con cierto orden establecido en la ley de secretarías entonces en vigor, llegaran a ser presidentes de la república a falta del electo y de su vicepresidente. El ascenso al poder de Victoriano Hurta, vía Pedro Lascuráin, en ese entonces secretario de relaciones exteriores, hizo que el primer jefe se inclinara a procurar un cambio en el sistema de suplencia del presidente; propuso al constituyente y éste aceptó que los secretarios y subsecretarios quedaran al margen de la sucesión, a menos que se separaran tres meses antes de la elección.

El propio primer jefe, considerando peligrosa la vicepresidencia, propuso a la asamblea constituyente su desaparición y la adopción del sistema que, con algunas variantes, aún está en vigor: es el congreso o, en sus recesos, la comisión permanente, quien hace la designación de presidente provisional, interino o sustituto.

Con el procedimiento adoptado se eliminan los inconvenientes y se dificulta el ascenso al poder por vía de la conjuración. Quien en lo sucesivo conjure se encontrará, unido a la peligrosa maniobra de eliminar al hombre más poderoso del país, con el obstáculo del congreso. Para llegar a presidente por acto del congreso se necesita contar con una ma-

yoría absoluta de un quórum especial, cuando menos por lo que toca a la cámara de diputados. Es fácil que un presidente en funciones logre esa mayoría, no lo es cuando no se tiene el poder. Dado el actual estado de cosas, además del congreso, se debe contar con el voto favorable o no ser vetado por algún expresidente, secretarios de gobernación y defensa, jefe de partido oficial y uno que otro gobernador influyente.

En las reformas de 1904, si bien se otorgó al congreso, y en sus recesos a la comisión permanente, la facultad de convocar a elecciones en caso de falta absoluta del presidente y vicepresidente, no se llegó a fijar un plazo dentro del cual se debía hacer la convocatoria; dada dicha omisión Victoriano Huerta en ningún momento se apresuró a instar al congreso a que lo hiciera, más bien procuró, con la colaboración del llamado "Cuadrilátero" y dejando crecer la revolución, dilatarlas y contar con el tiempo suficiente para eliminar a Félix Díaz y sus partidarios; una vez que lo logró, a fines de 1913, convocó a elecciones en las que, como era de esperarse, resultó "electo" él mismo para presidente y Aureliano Blanquet como vicepresidente.

No obstante que en 1917 el mal ejemplo era reciente, ni el primer jefe ni los constituyentes proveyeron un plazo dentro del cual debía hacerse la convocatoria a elecciones. El plazo que ahora existe, el mínimo y máximo de duración del presidente provisional que prevé el artículo 84, fue establecido en 1933, aprovechando las experiencias del interregno de De la Huerta y la muerte de Alvaro Obregón. La norma se complementa con la muy necesaria previsión de que el presidente no podrá vetar el acto del Congreso por virtud del cual se convoque a elecciones; de no existir una disposición de tal naturaleza, mediante el veto, o bien se podrían diferir las elecciones o no realizarse, en el caso de no poder el congreso reunir la mayoría indispensable para superar el veto.

IMPEDIMENTOS

Cuando en 1927 Alvaro Obregón pretendió reelegirse, sus partidarios en el poder tuvieron ante sí graves problemas a los que hacer frente de índole jurídica y política; uno muy grave: el principio de no reelección y sus numerosos y decididos partidarios; otro, la norma constitucional que establecía como impedimento para ser presidente el hecho de haber participado directa o indirectamente en una asonada o cuartelazo; y dos de carácter político: los numerosos altos funcionarios y militares interesados en presentar su candidatura y el conflicto religioso.

Para dar solución a problemas de índole tan diversa se tomaron las siguientes providencias:

Contra viento y marea, es decir contra el sentir de viejos y nuevos revolucionarios, sin importar que el movimiento armado de 1910 se ha-

bía hecho bajo el lema "Sufragio Efectivo y No Reelección", se reformaron los artículos 82 y 83 de la Constitución con fecha 22 de enero de 1927 y se estableció la reelección por una sola vez y pasado un período presidencial. Como cuatro años en la presidencia se le habían hecho pocos a Obregón, el período presidencial fue ampliado a seis años (24 de enero de 1928).

Puesto que Obregón había, en abril de 1920, encabezado la rebelión amparada por el Plan de Agua Prieta, por la que se derrocó y asesinó a Carranza, se encontraba imposibilitado legalmente para ser presidente; el obstáculo lo imposibilitaba desde su primer ascenso en 1920, pero entonces se trataba de un caudillo militar invicto, que prometía realizar los ideales revolucionarios y que aún no tenía la mano demasiado ensangrentada. El Obregón de 1928 es un Obregón manco en lo físico y deforme en lo político, pasaba como sinónimo de violencia y antirrevolucionario, contra quien, en ese entonces sí se invocaba el impedimento constitucional; en esa virtud, en las mismas reformas de 1927, se retira el obstáculo; la disposición es eliminada.

Por lo que toca a los altos funcionarios y jefes militares interesados en presentarse como candidatos, era preciso desenmascararlos, precipitarlos y evitar que, con los elementos con que contaban por virtud de sus puestos, pudieran llegar a la presidencia. Se trataba de evitar, concretamente, que los generales Francisco J. Serrano, gobernador del Distrito Federal y Arnulfo R. Gómez, jefe de operaciones militares en el estado de Veracruz, tuvieran beligerancia en su intento de llegar a la presidencia.

Para detenerlos, en el aspecto jurídico, se hizo una reforma a la Constitución por virtud de la cual, a la enumeración de secretarios y subsecretarios que se hacía en el precepto original de 17, como funcionarios impedidos para ser presidente, a menos que se separaran tres meses antes del día de la elección, se agregaron nuevos altos funcionarios y se incluyeron, entre otros, al gobernador del Distrito Federal y el plazo para el retiro previo se amplió a un año; por lo que hace a los militares ya existía el impedimento, lo que se hace es ampliar el término de noventa días a un año por lo que se refiere el previo retiro.

Con la reforma se logró dejar fuera a candidatos indecisos; se precipitaron las candidaturas de Serrano y Gómez y se logró, al alargar el plazo, privarlos de elementos humanos y económicos con los que hubieran podido realizar su campaña y presionar al grupo en el poder, del que eran disidentes, a realizar una elección limpia y, llegado el caso, hacer valer su punto de vista mediante las armas.

Obregón no pudo salvar el último obstáculo: el conflicto religioso.

La disposición vuelve a prestar un inapreciable servicio en 1939, por lo que toca al general Juan Andrew Almazán. En 1943, cuando los principales actores del drama han desaparecido y los peligros que propiciaron no existían, dado que el país se encontraba en guerra, por lo que no convenía una agitación electoral tan prolongada y, en cambio, era nece-

saria la colaboración de secretarios, gobernadores y militares, el plazo de retiro previo a las elecciones se redujo a seis meses, como existe en la actualidad.

Los tratadistas, al comentar la norma, se limitan a explicar que lo que se persigue con ella es que los comicios sean imparciales; el alto funcionario, dados los elementos humanos y económicos oficiales que maneja bien podría intentar que la elección se incline a su favor. Existe una segunda razón que informa dicha disposición: es necesario imposibilitar al colaborador cercano a que llegue a la presidencia por vía que no sea la designación que haga el saliente y desanimarlo a conjurar. Con excepción de Félix Díaz, muy pocos conjurarían a favor de otro, con la esperanza de que pasado el tiempo y previos los comicios le entregue el poder; eso sólo se hace si se cuenta con el mando absoluto sobre las fuerzas rebeldes y se tiene confianza absoluta en el testafierro, como en el caso de De la Huerta-Obregón.

No obstante encontrarse imposibilitados constitucionalmente para ser presidentes de la república el licenciado Portes Gil y el general Abelardo L. Rodríguez, llegaron a serlo; lo que pone en evidencia que la constitución es un documento político que se adecúa a las necesidades y deseos del grupo en el poder, de otra manera es desconocida y pierde su vigencia.

La disposición tiene el inconveniente de que, al no distinguir entre presidente electo en comicios y el designado por el Congreso, en caso de falta absoluta del presidente de la república, no puede designarse más que a un funcionario segundón, posiblemente con escasos nexos políticos y reducidos conocimientos de la administración pública. Ante la alternativa de que exista un alto funcionario que conjure para llegar a la presidencia o de que se designe un mal presidente en posible perjuicio del país, se optó legalmente por la segunda; es necesario, antes que otra cosa, dar seguridad al que desempeña el poder, sin importar los peligros que para el país podría traer una mala designación.

La prudencia política y la circunstancia de que últimamente la presidencia no ha quedado acéfala por la acción de un alto funcionario, ha hecho que en la práctica, se hayan suavizado los efectos del texto, al darle una interpretación diversa de la que técnicamente le corresponde; se hace una distinción entre presidentes de elección popular y designados por el congreso, lo que no es correcto puesto que cuando la ley no distingue no es válido distinguir, con tal criterio podría llegar a la presidencia vía Congreso quien no siendo mexicano tenga menos de treinta y cinco años de edad.

Desde luego, en la actualidad, en caso de falta absoluta del presidente difícilmente el Congreso designaría a un alto funcionario conjurado como su sustituto, ya que es sabido que el presidente tiene un control absoluto sobre los miembros del Congreso, se tendría éxito sólo en dos casos: cuando el golpista tenga la suficiente fuerza propia, como en el caso de Huerta en 1913, o que quien lo intente lo haga con el apoyo del

presidente saliente y durante los nueve meses que corren desde el día en que el nuevo presidente cumple dos años en su mandato y antes de que tome posesión la nueva legislatura.

Es innegable que en la primera legislatura de todo presidente existe una marcada influencia del saliente, situación que cambia al renovarse, pasados tres años, la cámara de diputados; los nuevos legisladores, en su totalidad, cuentan con su bendición. Si quien conjura lo hace antes de dos años de un período se expone a gobernar como interino hasta un máximo de dieciocho meses. Si lo hace después de dos años nueve meses del mandato se expone a que el congreso no lo designe por no contar sus contactos con la suficiente influencia en el congreso. Como se ve aún hay inconvenientes que eliminar en la Constitución.

GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL

Dado que el presidente se encuentra habitualmente en el Distrito Federal, podría existir la posibilidad de que su gobernador pudiera conjurar en su contra; para evitarlo se han establecido ciertas providencias legales particulares, las que, unidas a las de carácter general, concretamente la relativa a la libre disposición que tiene el presidente sobre el ejército, guardias presidenciales y guardia nacional, dan una completa seguridad.

En efecto, el gobierno del Distrito Federal es a cargo del propio presidente, quien lo ejerce por conducto del órgano que marque la ley; la que, desde luego, debe responder al principio de seguridad. Si bien por lo que toca a los secretarios de estado se requiere, por disposición constitucional, ser mexicano por nacimiento y tener treinta años cumplidos, por lo que toca al gobernador del Distrito Federal no existen tales requerimientos, el presidente cuenta con un amplio campo de acción para designar a alguien en quien tenga absoluta y total confianza, con la única limitación de que sea ciudadano mexicano.

Por otra parte el gobernador del Distrito Federal legalmente no goza de fuero, lo que significa que sin necesidad de desafuero las autoridades judiciales pueden someterlo a proceso penal, cosa que no sucede con los altos funcionarios.

A las providencias anteriores se suma la que prevé que el presidente tiene el mando de la fuerza pública del lugar donde se encuentre. Lo que significa, que el gobernador del Distrito Federal, no cuenta, en sus hipotéticos intentos de conjura ni aun con el cuerpo de policía.

PRECAUCIONES EXTRALEGALES

A las providencias anteriores se suman otras de naturaleza extrajurídica que contribuyen a dar seguridad respecto a sus allegados.

En la actualidad, salvo el secretario de defensa, a quien se analiza por separado, los restantes altos funcionarios no tienen mando de fuerza pública con beligerancia; es decir, si bien los procuradores tienen mando sobre policías judiciales; de que tanto las secretarías de comunicaciones y transportes, hacienda, agricultura, etc., tienen elementos armados, la verdad es que no representan un peligro real.

Por otra parte todos los altos funcionarios, en menor o mayor grado aspiran a llegar a recibir la bendición del presidente en turno para sucederle, esta esperanza los hace mostrarse dóciles y fieles; ante la posibilidad, por mínima que sea, de llegar a la presidencia por el camino correcto, evita que se procuren otras vías. Existe ciertamente, el peligro de que verificado el destape y desengañados todos, excepto uno, que se pretendiera alcanzar el poder en forma no convencional; para evitar tal posibilidad, el sistema político mexicano ha previsto algunas soluciones como son la de dejar subsistente la esperanza de repetir como alto funcionario; de que tan pronto como se verifica el destape, si bien no se les destituye, se les asigna nuevo puesto en el que por no tener el suficiente arraigo, no representa peligro; la de que si bien continúan en sus puestos, están sujetos a una estrecha vigilancia; la de permitirles libertad de acción para proveerse económicamente.

A lo anterior debe agregarse la circunstancia de que a partir del presidente Avila Camacho no ha habido alto funcionario con fuerte personalidad, lo que es más, según lo afirma Cossío Villegas, procuran no tenerla y obrar todo en nombre del presidente. El pretender otra cosa ha llevado a muchos altos funcionarios a la vida privada y al ostracismo.

Como se ve, pues, de todo lo anterior, los altos funcionarios han dejado de ser elementos de inseguridad para convertirse en elementos de confianza y trabajo.

CAPITULO III

REPRESION DE LAS CONJURACIONES

Por lo que toca a la represión que se ha ejercido sobre los implicados en una conjuración, se ha dicho mucho y se ha practicado más. Un criterio general que sea aplicable a todos los casos no lo hay, más bien existen diferentes fórmulas que se han aplicado según lo han requerido las circunstancias; en términos generales se puede decir que se han hecho los siguientes distingos, ya sea por virtud de la ley o por tradición:

Se ha distinguido entre conjurados y conjuradas; así, por lo que toca a los que atentaron contra el general Obregón, se fusiló a Segura Vilchis y a León Toral; a la señora Concepción Acevedo de la Llata, no obstante que en el proceso correspondiente fue declarada autora intelectual del atentado, se le impusieron veinte años de cárcel. No corrieron igual

suerte ni los vasconcelistas sacrificados en Topilejo, en febrero de 1929, pues murieron por igual hombres y mujeres; ni la esposa del general Rubén Jaramillo en 1962, a quien no le valió su calidad de mujer ni el hecho de encontrarse encinta; ni Carmen Serdán, en Puebla, que fue sacrificada junto con sus hermanos y partidarios.

También se ha distinguido entre civiles y militares, ello por virtud de lo dispuesto en la constitución y leyes castrenses. Los militares conjurados, en el mayor de los casos, han llevado la peor parte, aunque en no pocos la represión ha sido indiscriminada. En 1927, los civiles aprehendidos con el general Serrano, no obstante que alegaron no ser militares, fueron asesinados por miembros del ejército regular obedeciendo órdenes presidenciales; al licenciado Francisco J. Santamaría más le valió su buena fortuna, que su calidad de civil. Debe decirse, en honor a la verdad, que el propio general Serrano, según se cuenta, no practicaba la discriminación por lo que se refiere a civiles y militares para eso de los fusilamientos; al aprehender a un civil rebelde ordenó, previo el sumario militar, su fusilamiento; el reo invocó su calidad de "paisano", no fue obstáculo, de inmediato le confirió el grado de general, acto seguido fue fusilado.

A los que han depuesto las armas se les ha perdonado la vida, aunque no siempre y ha sido frecuente el procurar que el rebelde baje al llano, se allane y logrado, se le elimine. Bernardo Reyes al deponer las armas en 1912, en tiempos de Madero, fue reducido a prisión. Aquiles Serdán asesinado a sangre fría cuando se entregaba. El general Silvestre Castro (a) "El Cirguélo" asesinado tan pronto se amnistió. Santiago Vidaurri, el viejo cacique y gobernador de Nuevo León, fue fusilado por no entregarse.

Se ha hecho otra distinción: entre oficiales, jefes y generales y los que no lo son, a aquellos normalmente se les ha fusilado, a éstos, cuando mal les va, sólo se les ha diezmado. Cuando Porfirio Díaz ordena un castigo a los conjurados de Veracruz, en 1879, determinó:

"...que fusile luego (a) todos los oficiales y al diez por ciento de la tripulación..."

Por lo que toca a los rebeldes de la Ciudadela siendo presidente el licenciado Juárez, el general Sóstenes Rocha, en su parte oficial dice:

"Entre los sublevados que más se distinguieron por su obstinación, se encontraron tres oficiales del Cuerpo de Gendarmes y el ex teniente coronel don Luis Echeagaray, de los que iniciaron el motín a quienes me fue preciso disponer se pasaran por las armas, ..."

Por lo que toca a las dimensiones y características de la represión, se ha graduado y aplicado distinguiendo de situación a situación. Si el go-

bernante es débil y los conjurados fuertes; si se ha vivido una época de agitación a la que conviene poner fin; o se pretende evitar males mayores; o porque se es simplemente hematófago, lo corriente ha sido no economizar violencia y ello se ha practicado con una frecuencia que ha hecho pensar que es legal y natural. La represión, en los más de los casos, se ha procurado sea notoria y ejemplar con el fin de amedrentar y desanimar al más bragado de los implicados y atemorizar a aquellos que pudieran interesarse en intervenir.

En el incidente de la Ciudadela de octubre de 1871, al que se ha hecho referencia, si bien Sóstenes Rocha oficialmente informa de unos cuantos fusilamientos, cuando el presidente Juárez le inquiriere respecto al destino de los prisioneros, le manifiesta personalmente: "He acabado con todos". Era un batallón completo, posiblemente unos seiscientos soldados; los obstinados fueron acuchillados.

El general Díaz en cuestión de violencia no se anduvo con tacañerías, fue pródigo y generoso, su filosofía era: "Más vale prevenir un desorden y cortar una asonada, que combatirla después que ha estallado". Aun cuando existen algunas dudas sobre el "Mátalos en caliente", referido a los conjurados del 24 de junio de 1879, en Veracruz, es innegable que dio estas instrucciones:

"Que Vela con el 'Independencia' persiga al 'Libertad' hasta capturarlo, y si se logra, que fusile luego (a) todos los oficiales y al diez por ciento de la tripulación... Felipe Robleda, que debe estar allí manda buscarlo por extramuros y que corra igual suerte".

Si está en lo cierto el autor de la obra: "De cómo vino Huerta y cómo se fue..." se puede decir que el presidente mártir don Francisco I. Madero, no desentona en este concierto de sangre. Al inicio de la decena trágica, cuando son aprehendidos los cadetes de la Escuela Militar de Aspirantes que se habían sublevado contra el gobierno en apoyo del general Bernardo Reyes, ordenó que fueran formados y "quintados", en el acto, en palacio nacional, fueron fusilados quince de ellos. Cuando en 1927 el presidente Calles ordena la aprehensión y remisión a la capital del general Serrano, candidato a la presidencia, el aspirante oficial general Obregón, interviene y rectifica las órdenes presidenciales y dispone: "Que los fusilen dondequiera que se les encuentre". Lo demás ya se sabe, fueron asesinados, al grito de "A chillidos de puerco, oídos de matancero", civiles y militares. Obregón y Serrano, además de viejos amigos, eran compadres de grado y parientes políticos cercanos.

El segundo Díaz, en el ya fatídico mes de octubre, ahora de 1968, no tuvo empacho en eliminar por medio del ejército a decenas de estudiantes, según se reconoció oficialmente, cientos, según trascendió extraoficialmente. Antes de él, durante el mandato del licenciado López Mateos, casi en su totalidad fue eliminada por miembros del ejército, sin juicio

y ninguna consideración la familia del líder agrarista y viejo revolucionario general Rubén Jaramillo, sin que se haya hecho a la fecha averiguación alguna para deslindar responsabilidades, necesaria por cuanto a que los sacrificados ni se encontraban alzados en armas, ni representaban peligro para las instituciones, tan es así que su aprehensión se hizo cuando se encontraban en su domicilio y confiados en que el propio presidente había tenido la deferencia de recibirlos y dialogar con ellos.

Por lo que se refiere a la represión que se ha practicado contra los que han atentado en lo individual contra un presidente de la república o persona que se encuentre en lugar eminente, sin pretender alcanzar el poder, se puede decir que ha sido uniforme: en forma legal o ilegal pierden la vida.

Toral, el asesino de Obregón, fue fusilado como consecuencia de un procedimiento legal; anteriormente y acusados de atentar contra el mismo Obregón, sin juicio previo, habían corrido igual suerte los señores Pro y Segura Vilchis. Daniel Flores, quien atentó contra el presidente Ortiz Rubio, días después de haber sido condenado a más de diecinueve años de prisión, "amaneció muerto" en su celda. Quien atentó contra el presidente Avila Camacho, teniente Antonio de la Lama Rojas, "al pretender fugarse", fue herido, dos días después falleció. Los asesinos materiales de los señores Madero y Pino Suárez, muchos años después de su acción delictuosa, fueron descubiertos y ajusticiados; a uno de ellos la muerte lo alcanzó en prisiones guatemaltecas. Quien atentó de palabra contra el señor Madero ingeniero Alberto García Granados, el de la frase: "La bala que mate a Madero salvará al país", fue fusilado por los carrancistas en 1915. Arnulfo Arroyo, al parecer un enajenado, quien en 1897 atentó contra Porfirio Díaz en la Alameda Central de México, fue apuñalado y muerto a escasas horas de su acción en la propia inspección de policía en donde se encontraba detenido.

El asesino de Zapata, Jesús Guajardo, aunque no por este crimen, años después fue sometido a sumario militar y fusilado. El coronel Jiménez Riverol encargado por Victoriano Huerta para que encabezara la aprehensión del señor Madero y acompañantes en febrero de 1913, recibió un tiro en la sien que le quitó la vida en el preciso momento en que ordenaba se hiciera fuego contra el presidente.

Por lo que toca al asesino de Carranza, aunque contó con la bendición de los triunfadores, fue evidente que no volvió a levantar cabeza, lo que es más, ninguno de los revolucionarios a quienes sirvió con su crimen, se sintió honrado por gozar de su amistad. El general Claudio Fox, asesino del general Serrano, con posterioridad, tuvo que responder de su acción ante un tribunal militar. No deja de ser "rara avis" el caso de los que atentaron contra el licenciado Portes Gil, en febrero de 1929, que esperando ser fusilados, sólo se les mandó a las Islas Marías con el encargo de que aprendieran un oficio, ello a pesar de que habían dinamitado el tren presidencial.

Con vista a lo anterior cabría hacer algunas consideraciones de carácter general:

Quien se haya visto en la necesidad, por sí u obedeciendo órdenes, de ser el instrumento que haya eliminado a alguien que detentaba el poder o que se encontraba en un lugar eminente, y por un verdadero milagro haya salido con vida, y no encontrarse en prisión, ya que estarlo, como se ha visto, sólo significa que se difiera su muerte un poco más, han procurado expatriarse y no han vuelto al país el resto de sus días; para el caso de no haberlo podido hacer, desaparecer y perderse en el anonimato y jamás jactarse de su acción. El haber observado un tratamiento y dieta tan rigurosos permitió al doctor Aureliano Urrutia, cómplice y mentor de Victoriano Huerta, el haber llegado a vivir una nadería de ciento tres años. La razón es muy sencilla, a quien sirvió no le convendrá que se le relacione con tal acción; y si no puede eludir su culpa, le hará muy poco feliz una compañía de tal naturaleza, por más caro que sea el servicio recibido.

Quienes han atentado contra alguien que estaba en el poder y se haya visto en la perspectiva de que quienes lo substituyeron sean los amigos o aliados de su víctima, se han dado por muertos antes de cometer su acción.

Por lo que ve a la conducta observada por los que han asumido el poder a raíz de haberse eliminado al presidente en forma violenta, sin tener parte en el atentado, se puede decir que, por una parte, han exagerado sus providencias y cuidados a fin de no tener igual destino; por otra parte y por lo que se refiere a la víctima y castigo de los victimarios, han prometido hacer justicia a su antecesor sin importar quien cayere, esa actitud la asumió, incluso, Huerta respecto a Madero y Pino Suárez, quien encargó la averiguación al en ese entonces secretario de Gobernación Alberto García Granados; éste la turnó posteriormente, a un juez de instrucción militar.

El decir y hacerlo trae aparejado un doble provecho: atemorizar para evitar un nuevo atentado y dar a entender que nada se tuvo que ver con el crimen, porque, como dice Sófocles en su "Edipo Rey":

"No, no lo hago por amigos remotos: lo hago por mí mismo. Quien a él asesinó a mí mismo puede exterminarme. Debo echar fuera esta mácula, no por el rey muerto, por mí mismo pugno".

Las muertes de Madero y Pino Suárez, fueron, a decir de muchos, aunque no de todos, la razón que movió a Carranza a desconocer a Huerta. El asesinato de don Vicente Guerrero, durante toda su vida y aun después de su muerte, sigue pesando sobre Lucas Alamán. El general Calles tuvo que hacer verdaderos milagros para quedar a salvo de sospechas en el asesinato de Alvaro Obregón y ello por las excepcionales circunstancias que se dieron en ese entonces. Por una parte estaba a la vista de Calles la fábula de los alegres compadres Porfirio Díaz y Manuel González,

éste sólo sirvió de puente para eternizar a aquél en el poder; era evidente que con las reformas constitucionales Obregón tenía abierto el camino al poder por toda su vida, con lo que quedaba definido el papel de segundón que en las tablas del teatro de la política nacional tenía que desempeñar Calles; con la muerte violenta de Obregón el directamente beneficiado resultó ser el general Calles.

Después de todo el que un gobernante y sus servicios de seguridad procedan de una manera tan drástica con sus enemigos, no es más que una forma de legítima defensa, una fórmula para eludir las nefastas consecuencias que todo gobernante tiene conciencia existen cuando se pierde el poder por virtud de un acto violento.

Es necesario procurar cerrar el paso al rival que pretende ascender al poder, aun a costa de vidas y haciendas; el no hacerlo o hacerlo sin éxito ha significado, en no pocos casos, la muerte del gobernante y de sus más cercanos colaboradores y parientes y, por lo general, la huida, con el consiguiente destierro. Es raro el caso de un gobernante depuesto que de palacio nacional se haya retirado tranquilo a su domicilio; eso sólo sucedió cuando se jugaba a la presidencia en tiempos de Santa Anna.

Madero cayó y fue asesinado; junto con él fueron sacrificados el vicepresidente Pino Suárez, su hermano Gustavo y el marino Adolfo Bassó; muchos de sus partidarios sufrieron prisión o destierro. El presidente Carranza fue sacrificado y sus parientes y colaboradores salieron al destierro. Obregón fue asesinado. Iturbide fusilado al retornar de su destierro y sus familiares privados de títulos y pensiones. Maximiliano y algunos de sus seguidores fusilados; anteriormente Miramón, al ser depuesto había gustado el destierro. Juárez también supo lo que era vivir forzosamente en el extranjero.

Porfirio Díaz y Lerdo de Tejada murieron en el destierro; Gómez Farías, Santa Anna, Comonfort y Calles aunque volvieron con vida del destierro, lo hicieron cuando ya no representaban mayor peligro. El caso de Victoriano Huerta, dado a que su muerte fue en el extranjero y en circunstancias no del todo claras, amerita se le sitúe al margen de las clasificaciones anteriores.

Tan es natural el destierro a quien no abandona el poder en forma pacífica y normal que Pascual Ortiz Rubio, cuando pide al doctor Puig redacte su renuncia al cargo de presidente, presupone que tiene que salir del país, para lo que pide tren y guardia.

Por lo general en la lucha por el poder o para sostenerse en él, al enemigo se ha procurado eliminarlo no siempre en forma directa y grosera, se ha intentado hacerlo o se ha hecho con tanto refinamiento que los procedimientos seguidos serían dignos del propio duque Valentino en sus mejores momentos.

Cuando un grupo de viejos porfiristas pretendió eliminar al señor Madero, recurrió al expediente de atacar a Zapata con tropas federales, cuando precisamente los dos se encontraban conferenciando en territorio

zapatista; la intención era clara: había que eliminar a Madero y esperaban que ese servicio lo prestara Zapata, ya que éste lo tenía en su poder. Si Zapata hubiera caído en la trampa se habría logrado un doble objetivo: eliminar definitivamente a un enemigo y desprestigiar totalmente a otro. Después de todo Zapata no fue tan ingenuo como se pretende.

Si los generales Félix Díaz y Mondragón dicen la verdad cuando afirman que ellos no asesinaron a don Gustavo A. Madero y al marino Bassó, ya que no tenían razón para hacerlo, sino que fue el propio Victoriano Huerta quien ordenó su sacrificio, se estará ante un nuevo caso de refinamiento criminal político. Huerta, con el sacrificio en territorio de Díaz y Mondragón, se deshizo de dos elementos peligrosos y logró que la responsabilidad recayera sobre elementos adversos, con su consiguiente desprestigio y culpa.

Al parecer el presidente Cárdenas eliminó de la vida política al jefe máximo Calles en el momento que le era más propicio y éste cayó en la trampa en forma por demás inocente. A la luz de los datos que han aflorado, el hecho de que los senadores, concretamente el licenciado Ezequiel Padilla, hayan ido a entrevistar al general Calles para pedir su consejo y puntos de vista sobre la crítica situación que atravesaba el país, no fue contra la voluntad del presidente, ni a sus espaldas.

CAPITULO IV

LA ANARQUIA Y EL DESORDEN

La anarquía y el desorden han constituido el contexto lógico de las conjuraciones; el poder ha correspondido a aquellos que han sabido aprovecharse de ellos y los ha sabido controlar. Quienes han conjurado, quienes han pretendido evitar una conjura y quienes han aspirado a acrecentar su poder, les ha convenido, por muchos conceptos y en no pocos casos, crear y propiciar anarquía.

La anarquía y el desorden se han obtenido con relativa facilidad; la más de la gente está dispuesta a vivir en ellos, contrariamente a lo que se pudiera pensar. Sólo un reducido número de personas, por razón de sus intereses, se precave y cuida de ellos. Las huelgas generalizadas y prolongadas, los sabotajes, el desquiciamiento del tránsito, el abstenerse en forma generalizada del pago de toda clase de impuestos, el propalar rumores y las noticias más inverosímiles, siempre que tengan algún fundamento, el retiro de depósitos bancarios, son algunos de los medios para lograrlos.

Cuando alguien ha aspirado al poder y ha estado en sus manos el controlar la anarquía, ha contado con que su advenimiento al mando es deseado; en muchos casos aun por algunos de aquellos que gustaban del desorden sólo para satisfacer su curiosidad y ya estén astiados de él, pero

especialmente por aquellos que son económicamente fuertes y que ven peligrar sus intereses, éstos siempre han estado de parte de aquellos que les han garantizado la conservación de su patrimonio y han podido crear un clima propicio para acrecentarlo. Quienes han ejercido el poder han considerado a los pudientes como una compañía interesada con la que se cuenta.

Quienes se han hecho del poder por virtud de la anarquía ha sido preciso que de inmediato demuestren que pueden controlarla, para hacerlo, en muchos casos, no se ha ahorrado fuerza represiva, cuando la han logrado lo han hecho saber a todo mundo por todos los medios de publicidad al alcance, ha sido preciso hacerse indispensable. El no restablecer el orden ha significado el que se propicie una nueva conjuración, que no ha sido remoto e infrecuente que maquinaran aquellos que veían peligrar sus intereses económicos.

La anarquía y el desorden no siempre fueron contrarios a aquellos que ejercían el poder, lo que es más, en determinados momentos hasta ha sido conveniente propiciarlos o dejarlos crecer como un riesgo calculado, las consecuencias, si se tuvo éxito, fueron las de que se lograra más poder y cooperación de parte de aquellos que veían peligrar sus intereses. Este riesgo ha sido tomado sólo en circunstancias muy especiales, como son la de que no exista un rival lo suficientemente fuerte y hábil como para que saque mayor partido de la anarquía; que si bien se recurre al sabotaje éste no afecte en forma más o menos permanente y radical instalaciones vitales; que el retiro de fondos sea controlable; que los rumores fácilmente desmentidos cuando se desea, etc.

El señor Madero se sirvió de este procedimiento para llegar al poder, pero hubo un momento en que él mismo fue incapaz de sobreponerse a las fuerzas a cuyo nacimiento y desarrollo él había contribuido; aprovechándose de las circunstancias existentes fue como llegó al poder Victoriano Huerta, con el voto aprobatorio de perforistas y pudientes y él, en uno de sus primeros discursos, prometió:

"...yo garantizo a la República con mi vida, que el Ejecutivo de la Unión, secundado por los Poderes que constituyen el Gobierno Nacional, sabrá, cuesta lo que cueste, hacer la paz a pesar de la propia vida del que está hablando..."

De que no cumplió con tales promesas hay un testigo irrecusable: la historia; Huerta ni restableció el orden ni en la empresa sacrificó su vida, ya que, como es sabido, tuvo la ocurrencia de ir a morir a una prisión norteamericana.

Al presidente Cárdenas el procedimiento le sirvió para afianzarse en el poder, reestructurar sus cuadros de mando, debilitar los del contrario y en el momento que le fue más propicio obligó al general Calles a dar batalla. Si bien la anarquía le ayudó en sus planes también le per-

judicó, pues al final no estuvo totalmente desembarazado para resolver lo relativo a la sucesión presidencial. En las mismas condiciones se encontró el licenciado Díaz Ordaz al final de su sexenio. Este, por virtud de los disturbios del 68, se encontró que su influencia era tan menguada que no le fue posible sacar adelante la candidatura de aquel que se consideraba como el más idóneo para sucederle.

Comonfort fracasó en su intento le hacerse de más poder, en gran medida por no haber podido controlar las fuerzas anárquicas a cuyo desarrollo había contribuido con su auto golpe de estado. Santa Anna, en no pocas veces y en algunas no con escaso éxito, recurrió a este expediente para hacerse de más poder.

Muy pocos gobernantes ha habido que hayan podido sacar más provecho de la anarquía que el licenciado Echeverría. Si se analiza el estado de cosas existente en los últimos meses de su período presidencial, se concluirá, sin hacer mucho esfuerzo, que más sirvió para afianzar el grupo en el poder que a debilitarlo. Al fin de cuentas se vio que el presidente saliente ejerció el poder hasta el último segundo y con la misma técnica que lo hizo a lo largo de su mandato, hecho que no es muy frecuente. Por otra parte, su sucesor, por virtud de lo anárquico de la situación, se vio transformado de un candidato no esperado y un presidente electo poco conocido, en un presidente cuyo advenimiento era deseado por todos, incluyendo a comunistas y sinarquistas.

En la anarquía del período del licenciado Echeverría, a los perdidosos habituales y vitalicios, como son las clases de escasos recursos: campesinos, obreros y burócratas, se sumaron los económicamente pudientes, en casi todas sus especies, quienes generalmente no pierden; éstos, con el ánimo de debilitar y desprestigiar al saliente y procurarse utilidades rápidas, lo único que lograron con su contribución a la anarquía, fue hacer el juego a la clase gobernante, consolidarla en el poder y estimular un clima de intranquilidad, que a la larga los únicos dividendos que les acarreó fueron inseguridad y un enfrentamiento inútil con la autoridad que necesariamente repercutió en sus patrimonios.

Los únicos beneficiados fueron los miembros del grupo en el poder, éstos no por virtud de la anarquía vieron disminuido su amplísimo campo de acción, no por falta de credibilidad resintieron mengua en su potestad ni disminuidos los privilegios de que habitualmente gozan. De acuerdo con la teoría del poder todo salió bien para el gobernante, éste, a pesar de todo, sigue en el poder, independientemente de que muchos patrimonios hayan sufrido graves pérdidas.

A quienes se encuentran firmes en el poder, por lo general poco gustan del desorden, en el que tienen mucho que perder y poco que ganar. El licenciado Juárez, por lo que hacía a la práctica muy común en sus tiempos de apelar a las armas como recurso en las controversias políticas disponía y ordenaba a sus agentes: "...que obre con energía si fuere necesario para evitar escándalos que no nos hacen ningún honor..." El

general Díaz, si bien pasó más de la mitad de su vida propiciando revueltas y desórdenes, una vez que se sintió en el poder, no hubo cosa que detestara más que la anarquía; conociendo como pocos, por experiencia propia, la psicología del revoltoso, no escatimó esfuerzo para erradicar tan dañina plaga.

Por lo que hace al sabotaje usado por las clases gobernantes para debilitar al enemigo, es conocido el caso de la destrucción de la industria azucarera en el estado de Morelos durante la revolución. Siendo presidente Huerta, los hacendados morelenses, por las buenas o por las malas, contribuían económicamente al sostenimiento del zapatismo, por lo que todo esfuerzo oficial para combatirlo resultaba infructuoso, por lo que el ejército federal procedió a dismantelar y destruir las instalaciones de la industria azucarera, con lo que cortó la fuente de aprovisionamiento rebelde, reduciendo su capacidad operativa. La industria ha requerido de muchos años y esfuerzos para recobrase, hecho que, desde el punto de vista de la teoría del poder, no tenía importancia y más en el caso del huertismo que tuvo conciencia, a escasos días de su arribo al poder, de que su actuación sería transitoria. Otro era el punto de vista de Madero, éste, en su Plan de San Luis, advertía a sus partidarios que debían abstenerse de cometer desmanes.

PRESEMINARIO Y SEMINARIO DE DERECHO

LIC. MANUEL LÓPEZ MEDINA

*Investigador de la Escuela Libre de Derecho y
Exdirector de la Escuela de Derecho y Ciencias
Sociales de la Universidad Autónoma de Guerrero.*

Cupidae legum iuventuti.

Una característica común

Una característica común fué vista ya y descrita por Bascuñán cuando escribía que "Preseminario y Seminario constituyen los instrumentos predilectos de la Enseñanza Activa o Genética, llamada así porque el estudiante reelabora por sí solo, con el manejo directo de las Fuentes del Conocimiento Jurídico, pero supervigilado y orientado por un guía más experimentado, un determinado cuadro conceptual".¹

Causas instrumentales ambas, eso tienen de genérico. Precisa empero ver lo propio de cada una de ellas, lo que se descubre al revisar la experiencia de las universidades y los conceptos de los autores.

Orígenes

Históricamente, los seminarios son de vieja data y los preseminarios de creación reciente.² A través del tiempo se estimó que para mejor lograr los objetivos de aquéllos convenía crear un curso propedéutico.

Teleológicamente resulta preciso determinar primeramente la naturaleza y funciones del Seminario, a fin de estar en condiciones de pedir del Preseminario una eficaz colaboración. Esto dará como resultado atribuir con acierto un adecuado campo de funciones al Preseminario. Los autores han hecho ya estos análisis y en el orden expositivo se refieren primeramente al Preseminario y después al Seminario, sin que por ello puedan ser tachados de aprioristas.

PRESEMINARIO DE DERECHO

Denominaciones

Como asignatura del *curriculum* o *pensum*, en la praxis universitaria llámese también Proseminario, Métodos y Técnicas de Investigación

Jurídica o, como en nuestra Alma Mater, Iniciación a la Investigación Jurídica. Más allá de esta cuestión del nombre (*quaestio de nominibus*), queda por ver la naturaleza y finalidad de esta unidad académica que, como lo indica su nombre, es la antesala obligada del Seminario de Derecho y trae aparejado un carácter eminentemente preparatorio.

Definiciones

Todas las que hemos encontrado coinciden en su carácter teleológico, mas no en el radio de acción del Preseminario, pues mientras unas le atribuyen sólo la función de habilitar al alumno en las técnicas de investigación, otras amplían sus funciones y exigen también capacite al estudiante en los métodos de investigación jurídica.

Advirtamos desde luego que, en cuanto definiciones, son simplemente juicios elaborados por vía inductiva, que se lograron partiendo de lo que ordinariamente acontece. Desde un punto de vista lógico, tienen el carácter de juicios enunciativos y de ninguna manera normativos; adquirirán éste sólo en aquellos casos en que la autoridad competente se lo atribuya dentro de la legislación respectiva y con la amplitud del contenido que se juzgue adecuado —técnicas y métodos—.

a) Según Bascuñán, uno de los autores ya clásicos en esta materia, "En la Pedagogía Jurídica, al Preseminario o Proseminario le está reservada la tarea de impartir el aprendizaje de la Técnica Investigatoria sobre las Fuentes de Conocimiento (jurídico) y los datos de ellas obtenidos".³ Declara que su Manual "se dirige al aprendizaje de la Técnica, aunque en su Segunda Parte algunas nociones metodológicas se deslizarán inevitablemente".⁴ En frase lapidaria expresa que "La Técnica —a diferencia del Método— no es un modo de pensar, sino *un modo de hacer*".⁵

b) La Primera Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericano, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, del 26 al 30 de abril de 1959, que pedía en la fracción d) de la recomendación 26 que las materias fueran enseñadas, estudiadas y aprendidas mediante el empleo combinado de la exposición magisterial, el método de preseminarios y seminario y otras formas de Pedagogía Activa, en la recomendación 27 definió al Preseminario como "la unidad que se dedica a habilitar al alumno en el manejo de las fuentes de conocimiento del Derecho, especialmente textos legales, bibliografía y repertorios de jurisprudencia".

En parecidos términos reiteró este concepto de Preseminario la Segunda Conferencia, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos, de Lima, Perú, en 1961. Y en esa misma forma

fue concebido por el Primer Seminario de Facultades de Derecho de Colombia, realizado en Bogotá, del 8 al 11 de diciembre de 1960.⁶

c) Jacobo Pérez Escobar señala como objeto del Preseminario "habilitar a los estudiantes con nociones y experiencias suficientes en la técnica y la metodología de la investigación".⁷

d) Jorge Witker sostiene que "El preseminario mediante la realización efectiva de ejercicios, está destinado a capacitar al alumno en el uso, manejo y registro de las diversas fuentes de conocimiento jurídico".⁸

Ubicación curricular

En razón de su carácter propedéutico, convendrá establecer el Preseminario en el primero o en los dos primeros años de la carrera o en el primero o dos primeros semestres. Será la Junta Directiva, los Consejos Técnicos, Consejos Académicos o Academias, los que por razones valederas determinarán su lugar en el plan de estudios (*curriculum, pensum*). Así, por citar unos ejemplos, en la Escuela Libre de Derecho se ha establecido en el primer año; en la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Guerrero, en el primer semestre; en las Universidades Nacional y Externado de Colombia, donde lleva Preseminario Primero y Segundo, en los dos primeros años de la carrera.

Estructura

Las escuelas y facultades de Derecho estructurarán el Preseminario según las concepciones que tengan del alcance y dimensión de sus objetivos. En este orden de ideas podrán apoyarse en la experiencia de otras instituciones, en la doctrina de los autores o en las recomendaciones y conceptos de la Unión de Universidades de América Latina que en reiteradas Conferencias Internacionales de Facultades y Escuelas de Derecho ha tratado el tema de la investigación jurídica y ha expresado su criterio sobre Preseminarios y Seminarios de Derecho.

La descripción más completa de la estructura de un Preseminario la encontramos en la valiosa obra de Witker,⁹ quien estudia como sus elementos los seis siguientes: objetivo general, objetivos específicos, contenido, actividades, evaluaciones y bibliografía.

El estudio de la estructura del Preseminario también lo hacen, pero atribuyéndole menos elementos, el Consejo Académico de la Universidad Nacional de Colombia y Pérez Escobar.¹⁰

Analicemos uno por uno esos elementos de integración.

1. *Objetivo general.* Lo ofrecen las definiciones de Preseminario que hemos reportado arriba. Witker lo formula en estos términos: "Adiestrar al estudiante en las técnicas mínimas para el trabajo jurídico".¹¹

2. *Objetivos específicos.* En concepto del Consejo Académico de la Universidad Nacional de Colombia, los objetivos específicos del Preseminario de Primer Año son los siguientes: familiarizar al estudiante con el vocabulario técnico, despertar en él la curiosidad por los problemas jurídicos y formarle un sistema de estudio e iniciarlo en la metodología del derecho. Y del Preseminario del Segundo Año, iniciar al estudiante en el trabajo propio y creador, para lograr lo cual el profesor pondrá especial atención al rigor de las ideas y al método de exposición.¹²

Witker precisa que "Al finalizar el preseminario el estudiante será capaz de: a) planear un trabajo o investigación jurídica; b) aplicar la técnica de fichas de autor y de materia; c) analizar creadoramente un texto; d) comprender la importancia del método en todo trabajo jurídico; y e) conocer las técnicas orgánicas y clasificaciones de la jurisprudencia, sistematización de leyes y elementos de bibliotecología".¹³

3. *Contenido.* La amplitud del contenido programático del Preseminario depende de la postura que se adopte en relación al objetivo general y a los específicos.

Así Bascuñán, que escribió su obra inicialmente con el título de "Preseminario de Derecho", considera suficiente orientar sobre las Fuentes de Conocimiento Jurídico y sobre el Desarrollo de una Investigación Jurídica en cuatro etapas: aporética, heurística, sintética y expostiva.

El equipo de investigadores de la Universidad Externado de Colombia estima pertinente ofrecer al estudiante de Preseminario I nociones de Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica.¹⁴

Pérez Escobar resume en cinco puntos el contenido programático para el Preseminario de Primer Año, con la siguiente distribución: I. *Lectura razonada:* 1. Análisis estructural. 2. Análisis lógico de la argumentación. II. *Los resúmenes:* 1. Las lecturas previas. 2. Forma material de hacer los resúmenes. 3. Forma intelectual de hacer los resúmenes. III. *La documentación:* 1. Las fuentes de documentación. 2. Técnica de documentación. 3. Recolección y ordenamiento de datos. IV. *La exposición oral:* 1. El tema. 2. El plan. 3. Las notas. 4. El lenguaje y los ademanes. V. *El vocabulario jurídico:* 1. Las ciencias y su vocabulario técnico. 2. La terminología jurídica.¹⁵ Y como programa desarrollado del Preseminario de

Segundo Año nos ofrece su excelente obra de Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica.

Witker en forma compendiosa resume así lo que estima debe ser el contenido del Preseminario: a) Técnica de la investigación jurídica. Concepto. Método y Técnica. b) Las fuentes del trabajo jurídico. Clasificación y ubicación del material. c) El registro de fuentes. La ficha y su tipología. d) Las etapas de una investigación. El esquema provisorio, la introducción, el desarrollo y la conclusión. e) Tipos de investigación. Dogmática y empírica.¹⁶

Por nuestra parte, juzgamos que el programa del Preseminario debe incluir técnicas y métodos de investigación jurídica, para habilitar al estudiante en su futura labor de pensar y hacer que tendrá que desarrollar en el Seminario, como se verá después.

4. *Actividades.* Se señalan determinadas actividades para la consecución de los objetivos. De allí resulta que los autores no coincidan en una enumeración uniforme.

El Consejo Académico de la Universidad Nacional de Colombia propuso como actividades del Preseminario I: la lectura razonada y el resumen por los estudiantes de obras fundamentales sobre teoría general del Derecho, Derecho Civil (general y personal), Derecho Constitucional General y Metodología Jurídica.¹⁷ Y para el Preseminario II determina, además de la elaboración de los resúmenes, la preparación, por el estudiante, de trabajos elementales de investigación sobre temas de Derecho Penal General, Derecho Civil (bienes), Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Laboral.

Witker propone la asistencia obligatoria a la exposición del maestro, el desarrollo práctico de una investigación en equipo, la visita a bibliotecas y demás lugares afines, la confección de fichas, la redacción de informes sobre temas específicos y la elaboración de un proyecto de investigación jurídica individual o colectiva.¹⁸

Pensamos que también serían actividades provechosas las lecturas dirigidas y razonadas de textos legales, jurisprudenciales y doctrinarias, los análisis estructural y lógico de la argumentación, las exposiciones del alumno sobre temas de Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica, de utilización del material, fichas y su conservación y uso, reportes de visitas a centros de documentación, confección de fichas hemerográficas y el análisis y crítica de un proyecto de investigación que se someta a juicio de los estudiantes, entre otras actividades posibles.

5. *Evaluación.* El conductor del Preseminario fijará en función de los objetivos pertinentes pautas objetivas de evaluación y las dará a conocer al principio del curso, cuando efectúe la evaluación diagnóstica o previa; realizará la evaluación formativa durante el desarrollo del curso

y, si es necesario, hará los ajustes que optimicen la eficiencia del sistema de trabajo; finalmente, hará la evaluación sumaria.

6. *Bibliografía.* Generalmente se clasifica en básica y auxiliar.

El criterio que se tenga sobre la extensión de los objetivos y del contenido programático, determinará la adopción de la bibliografía.

La bibliografía básica no podría omitir a ninguno de los autores citados en este artículo. Además incluiría las obras siguientes: Investigación Científica en el Área Jurídica, de Luis Verdesoto Salgado; Guía de Técnicas de Investigación, de Jorge M. García Laguardia y Jorge Luján; Estudio e Investigación del Derecho, de Gerardo Sáen Pérez; Metodología del Trabajo Jurídico, de Miguel Villoro Toranzo, amén de otros.

La bibliografía auxiliar es amplísima. Tendrán que consultarse las actas y documentos de la Unión de Universidades de América Latina (UDUAL); diversas obras del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, como la Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho; las obras de Metodología Jurídica de Rafael Bielsa, Antonio Hernández Gil y Ramón Badenes Gasset; la Pedagogía Uiversitaria, de Rafael de Pina, referida fundamentalmente a la materia jurídica; la inmortal obra de Francisco Carnelutti, Metodología del Derecho; Técnica de la Investigación Documental, de Carlos Bosch García; Metodología de la Investigación, de Armando Asti Vera; Metodología del Trabajo Intelectual, de Raúl Gutiérrez Sáenz y José Sánchez González; Manual de Técnicas de Investigación para Estudiantes de Ciencias Sociales, de Ario Garza Mercado; Metodología y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales, de Felipe Pardinas; y otros. Esta enumeración es simplemente ejemplificativa y no pretende, ni mucho menos, ser exhaustiva o taxativa.

Consideramos que con estas notas es suficiente para tener una idea de lo que es el Preseminario y pasemos en seguida al estudio del Seminario de Derecho.

SEMINARIO DE DERECHO

Orígenes

Hay noticias de que el primer Seminario de Derecho fué el de la Facultad de Halle, fundado en 1853 por iniciativa de Windscheid. Sábese también que en 1888 se instituyó en Marburgo un Seminario de Derecho Penal bajo la dirección de Von Liszt.¹⁹

Definición

“Es la unidad que se dedica al ejercicio de la metodología de la investigación jurídica mediante el empleo de los conocimientos adquiridos en

el Preseminario.” Es la definición de la Primera Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericano, reiterada por la Segunda.

¿Cómo podría ejercitarse el estudiante en la metodología de la investigación jurídica si no ha adquirido conocimientos de ella en el Preseminario? Es por ello que al tratar del Preseminario insistimos en que su contenido programático no se limitara sólo a la enseñanza de las técnicas sino que comprendiera también la de los métodos de investigación jurídica.

Debe valorarse detenidamente esta definición. Los juristas de América Latina por vía inductiva plasmaron un sentir general y una práctica que se recomienda para lograr en las escuelas y facultades de Derecho la formación del profesional, del jurista y, básicamente, del investigador, como lo expresara la Segunda Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho.

Esta definición indica lo que es un verdadero Seminario de Derecho, pues por desgracia en la práctica de algunas escuelas o facultades de Derecho se da este nombre a unidades que no cumplen la misión formativa de investigadores. Por otra parte, la denominación de Seminario se ha aplicado también a centros de información, servicios administrativos, sesiones de mesa redonda, etc. Véanse, a este propósito, los siete tipos de “pseudoseminarios” que presenta Pérez Escobar.²⁰

La importancia metodológica del Seminario de Derecho radica en su actividad, en su especialidad y en ser una forma colectiva de trabajo, observa Sánchez Fontáns en sus Consideraciones Metodológicas sobre los Seminarios. En la actividad, porque lo reducido del grupo —de unas 25 personas como máximo, según se aconseja— y la igualdad básica que presupone, facilita la participación de todos sus miembros; en su especialidad, porque no se busca una información en extensión sino profundizar en un tema determinado; y en ser forma colectiva de trabajo, porque la participación de sus distintos miembros, a los que se encomienda el análisis de distintos aspectos del tema, permite un enriquecimiento recíproco. Mediante este método activo de aprendizaje, el director del Seminario abandona su actitud “catedrática” y hasta cierto punto se convierte en un estudiante más del grupo, pues se coloca frente al tema, junto al estudiante, en una actitud común investigatoria; el estudiante, por su parte, depone su juvenil despreocupación, cobra conciencia de su propia responsabilidad y se constituye en el artífice de su propia formación.

Estructura

1. *Objetivo general*

a) Bascuñán enseña que “al Seminario le compete habilitar con la metodología científica, esto es, la tarea conceptuadora, sistematizadora y de-

mostrativa que se realiza con el material extraído de las Fuentes del Conocimiento Jurídico".²¹

b) En concepto de Witker, "se trata de aproximarse lo más verticalmente a un tema, coordinando colectivamente los esfuerzos de un grupo de estudiantes dirigidos por un maestro".²²

2. Objetivos específicos

Con gran acierto Witker señala lo siguiente: "Al término del seminario, el estudiante será capaz de: a) Comprender con propiedad el tema estudiado. b) Analizar las diversas variables que lo integran. c) Criticar y evaluar las diversas doctrinas explicativas. d) Aplicar a situaciones diversas los principios que rigen el caso en estudio. e) Conocer las fuentes, autores, normas jurídicas, jurisprudencia, vinculadas al tema".²³

Funciones

Muy importantes funciones debe desarrollar el Seminario de Derecho, que la Segunda Conferencia de UDUAL precisó así: Colaborar con la cátedra en las diversas formas de aprendizaje activo; y ejercitar la investigación como integrante de las pruebas señaladas por los reglamentos que reclamen un proceso investigador.

Contenido programático

Cada facultad o escuela establecerá tantos seminarios cuantas sean las áreas en que se requiera agrupar las asignaturas del *currículum*; y cada Seminario determinará dentro del área de interés su tema específico de investigación.

Funcionamiento

Conviene formar grupos reducidos. Elegido el tema central, se desglosa en subtemas, que deben ser estudiados y comentados por igual número de subgrupos del curso. Cada subgrupo, a su vez, toma ángulos diversos del subtema con la finalidad de que sea investigado lo más profundamente posible por cada alumno. Cada subgrupo integra el trabajo de sus miembros y nombra un informante o relator para que exponga ante el grupo o seminario las conclusiones parciales del tema estudiado colectivamente. En esa forma el Seminario recibe tantos informes cuantos subgrupos tenga, informes que posteriormente se integran a través de sesiones colectivas, dando por resultado un informe conjunto global. Las reunio-

nes se planearán de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar, tema y otras, calculando el número de sesiones en que puedan agotar el tema. El Seminario termina con un informe escrito global, que es el resumen de las discusiones y contiene las conclusiones finales a que llegaron los participantes.

Actividades

1. Se precisa desde luego la elección del tema, motivador y polémico, que puede ser hecha por el coordinador del seminario o, si éste lo considera oportuno, por los mismos alumnos.

2. El tema control se desglosa con subtemas particulares, que deberán ser estudiados por subgrupos que al efecto se organicen.

3. Se determinarán los diversos ángulos del subtema a fin de que cada uno sea analizado con profundidad por cada alumno.

Se preparará una bibliografía general sobre el tema y una especial sobre cada subtema.

4. Se instaurará y fomentará un ambiente de trabajo colectivo que estimule la investigación individual.

5. Se adoptarán determinadas pautas de comportamiento que hagan del conductor, no un docente, sino un integrante más del grupo.

6. El relator de cada subgrupo expondrá ante el Seminario las conclusiones parciales sobre el tópico estudiado, a fin de que el seminario integre el resultado total de la investigación.

7. Se discutirán y adoptarán en sesión colectiva las pautas de evaluación y rendimiento.

8. Integrados en sesión colectiva todos los seminaristas, producirán un informe conjunto, que será el resultado final del Seminario.

Evaluación

La evaluación tendrá que ser diagnóstico o inicial, para determinar el nivel medio de formación e información de los seminaristas; formativa, para detectar el desarrollo y avance del proceso investigativo de los diferentes subgrupos; y sumativa o final, para determinar hasta qué grado se lograron los objetivos generales y específicos del trabajo de investigación. La novedad del tema o su tratamiento, la elegancia del desglose, la originalidad de las conclusiones, son sin duda factores básicos para determinar la evaluación final.

Planes opcionales de trabajo

La tarea del Seminario puede desarrollarse de diferentes maneras. Por ejemplo, podría hacerse el estudio dogmático jurídico de una insti-

tución, considerando su naturaleza, su dominio, sus condiciones de aplicación y sus efectos, como sugiere Mazeaud en el número 74 de su obra sobre Métodos Generales de Trabajo. Muy útil será también el análisis de casos prácticos.¹⁵ Los estudiosos del Derecho Romano y de la Historia del Derecho preferirán el estudio de la evolución de las instituciones jurídicas, para lo que se recomienda adoptar el plan mixto¹⁶—histórico y lógico— a que se refiere Mazeaud en la obra y lugar dichos. Los de vocación jusfilosófica preferirían enfocar su tema de investigación a la luz de las causas últimas, dirigidas al fenómeno jurídico.

El Dr. Miguel-Villoro Toranzo en su excelente Metodología del Trabajo Jurídico —Técnicas del Seminario de Derecho— propone una serie de ejercicios susceptibles de ser aplicados en seminarios de trabajo y graduados en el orden impuesto por una investigación científica completa; son modelos de trabajo metódico para una labor práctica en los seminarios. Advierte que si se logra que funcionen debidamente los seminarios de todos los años de la carrera (pues cada año debe tener por lo menos un seminario de trabajo), se podrá pensar en un escalonamiento de los ejercicios propios de cada año.

Reglamentación

Para el mejor funcionamiento del Seminario convendrá establecer un Reglamento de Seminarios en el que se normen sus actividades.

NOTAS AL ESTUDIO

¹ Bascuñán Valdés, Aníbal. *Manual de técnica de investigación jurídica*, 3a. ed., Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1961, pág. 36.

² Sánchez Fontans, José. *Consideraciones metodológicas sobre los seminarios*, en Rev. "cuadernos", número 6, publ. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, Edit. M.V.A., Montevideo, 1962, pág. 106.

³ Id. Ibid.

⁴ Id. pág. 38.

⁵ Id. pág. 37.

⁶ Pérez Escobar, Jacobo. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, Bogotá, Edit. Horizontes, 1974, pág. 19.

⁷ Id. pág. 18.

⁸ Witker V. Jorge. *La enseñanza del derecho*, México, Edit. Nacional, 1975, p. 108.

⁹ Id. pp. 109 y 110.

¹⁰ Op. cit., págs. 19 y 20.

¹¹ Op. cit., pág. 109.

¹² Consejo Académico de la Universidad Nacional de Colombia, Acuerdo Núm. 79, de 1961, Artículos 7o. y 8o.

¹³ Op. cit., p. 109.

¹⁴ Departamento de Preseminarios, Seminarios y Prácticas de la Universidad Externado de Colombia. *Metodología y Técnicas de la Investigación Bibliográfica*, Bogotá, 1965 y *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*, Bogotá, 1968.

¹⁵ Op. cit., pág. 20.

¹⁶ Op. cit., págs. 109 y 110.

¹⁷ Id. Ibid.

¹⁸ Op. cit., pág. 110.

¹⁹ Sánchez Fontans, José. Op. cit., pág. 106.

²⁰ Op. cit., págs. 24 a 28.

²¹ Op. cit., pág. 36.

²² Op. cit., pág. 111.

²³ Id. Ibid.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

LIC. JOSETTE SERRATO DE GARCÍA L.

Siendo una parte importantísima del ejercicio profesional la actualización constante sobre los cambios en la legislación, ofrecemos como un servicio a los lectores esta sección, que pretende informar sobre las modificaciones que se han hecho a las distintas leyes y reglamentos, así como la expedición de nuevos ordenamientos durante el año de 1977.

Las referencias se clasifican de acuerdo con la división de Derecho Público y Privado, con sus distintas especialidades. Se incluyen los acuerdos presidenciales que se consideraron importantes en la implementación de alguna Ley o Reglamento. Las fechas se refieren a la de publicación en el Diario Oficial.

DERECHO PUBLICO

Derecho constitucional

— Adición de un quinto párrafo al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a que los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en el extranjero, y los extranjeros en el país, podrán cumplir sus condenas en su país de origen (4 de febrero).

— Decreto que reforma y adiciona los artículos 60., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; instituyendo: el derecho a la información como garantía individual; los partidos políticos como entidades de interés público; modificaciones al sistema electoral; la composición de la Cámara de Diputados, integrada por diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa y el de representación proporcional; señalando requisitos para poder figurar en las listas como candidato a diputado; la calificación de la elección de los miembros de la Cámara de Diputados y Senadores; la intervención de la Suprema Corte en el proceso electoral; que el Presidente de cada Cámara velará por el respeto al fuero constitucional; se reestructura lo relativo a las facultades del Congreso, estableciendo el referendium popular en el proceso de elaboración de ordenamientos legales y reglamentos del Distrito Federal; suprimiendo la revisión de la cuenta anual del año anterior como facultad del Congreso y quedando como atribución de la Cámara de Diputados; añadiendo como

facultad exclusiva de ésta el examen, discusión y aprobación del Presupuesto de Egresos del Departamento del Distrito Federal y aprobación del Presupuesto de Egresos del Departamento del Distrito Federal; la facultad de integrar comisiones en las Cámaras para investigar el funcionamiento de organismos descentralizados; reformas relativas a la mejor administración del Poder Judicial, facultando a la Suprema Corte a practicar de oficio la averiguación de algún hecho que pueda constituir violación al voto público; e introduciendo el sistema de diputados de minoría en la elección de las legislaturas locales (6 de diciembre de 1977).

Derecho administrativo

El 1o. de enero de 1977 entraron en vigor los siguientes ordenamientos: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (D.O. 29 de diciembre de 1976); Ley General de la Deuda Pública (D. O. 31 de diciembre de 1976), y Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público (31 de diciembre de 1976).

— Acuerdo por el que el Ejecutivo Federal contará con la Unidad de Coordinación General de Estudios Administrativos, que tiene por objeto estudiar y promover las modificaciones que deban hacerse a la Administración Pública, así como para coordinar y evaluar su ejecución (3 de enero).

— Acuerdo por el cual se delegan durante el año de 1977, al Departamento del Distrito Federal, en los casos que expresamente se señalan y a la Tesorería del Distrito Federal en los demás a que el mismo acuerdo se refiere, la administración del impuesto federal sober ingresos mercantiles que se cause en el mismo Distrito Federal (7 de enero).

— Acuerdo por el que se crea un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se denominará Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (13 de enero).

— Acuerdo por el que las entidades de la administración pública parastatal, a que se refiere este acuerdo, se agrupan por sectores a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que se determina (17 de enero).

— Decreto que reforma el primer párrafo de los artículos 2o., 3o., 4o., 8o., 11, 13, 14 y 16 a 20 de la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica, y se adiciona un párrafo final al mismo artículo 21, estableciendo que la Secretaría de Comercio constituirá un

Comité especial por lo que ve a los bienes y servicios provenientes de entidades del sector público (17 de enero).

— Acuerdo por el que el Ejecutivo Federal contará con la Unidad de Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados (21 de enero).

— Acuerdo que constituye el Comité especial de Precios y Tarifas del Sector Público (24 de enero).

— Acuerdo que modifica la estructura de la Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal (31 de enero).

— Acuerdo por el que se determina la competencia de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y la de Agricultura y Recursos Hidráulicos, respecto a la utilización de las aguas del subsuelo actualizando el inventario de los recursos hidráulicos, para fines de planeación (21 de febrero).

— Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (1o. de marzo).

— Reglamento Interior de la Secretaría de Programación y Presupuesto (23 de marzo).

— Oficio circular número 102-264 por el que se establecen bases especiales de tributación en materia de los impuestos al ingreso global de las empresas, y otros similares, relativos a tarifas para la tributación de ingresos provenientes de la agricultura, pesca, y otras actividades especiales (25 de marzo, 1o. y 4o., de abril).

— Reglamento Interior de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (7 de abril).

— Reglamento de la Tasa Complementaria sobre Utilidades Brutas Extraordinarias de la Ley del Impuesto sobre la Renta (14 de abril).

— Reglamento Interior de la Secretaría de Comercio (25 de abril).

— Reglamento Interior de la Secretaría del Patrimonio y Fomento Industrial (27 de abril).

— Normas técnicas complementarias del Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal (29 de abril).

- Reglamento Interior de la Secretaría de Marina (10 de mayo).
- Reglamento Interior de la Secretaría de la Defensa Nacional (11 de mayo).
- Acuerdo por el que se agregan a los sectores a que se refiere el acuerdo presidencial de 13 de enero, las entidades de la administración pública paraestatal que se señalan (12 de mayo).
- Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (23 de mayo).
- Reglamento Interior del Departamento de Pesca (26 de mayo).
- Acuerdo por el que se crea la Dirección General de Información y Relaciones Públicas (1o. de junio).
- Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Desarrollo Urbano. (16 de junio).
- Acuerdo por el que se norman las relaciones entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Instituto Mexicano del Seguro Social, en lo que respecta a la cobranza de los créditos que conforme a la Ley del Seguro Social tienen carácter fiscal (22 de junio).
- Acuerdo por el que se crea un organismo técnico desconcentrado del Departamento del Distrito Federal que se denominará Comisión del Desarrollo Urbano del Distrito Federal (29 de junio).
- Decreto por el que se crea un organismo público descentralizado denominado Productora Nacional de Radio y Televisión (4 de julio).
- Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación (16 de julio).
- Manual de Organización General de la Secretaría de Programación y Presupuesto (18 de julio).
- Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (18 de julio).
- Resoluciones Generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, relativas a clausura de nuevos establecimientos, transmisión de acciones o activos entre inversionistas pertenecientes a un mismo grupo

- de interés, adquisición por extranjeros de pequeños lotes de acciones y relocalización de establecimientos comerciales, industriales y de servicios. (27 de julio).
- Acuerdo en que se autoriza la participación estatal en una empresa que se denominará Desarrollo Urbano del Valle de México, S. A. de C. V. (11 de agosto).
- Reglamento Interior de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (12 de agosto).
- Reglamento Interior de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas (16 de agosto).
- Acuerdos para proceder a la disolución de la Transportadora, Abastecedora y Distribuidora Conasupo. (17 y 18 de agosto).
- Acuerdo relativo al establecimiento de la Tienda Libre de Impuestos en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, que será administrado por el Fideicomiso denominado Fondo Nacional para Actividades Sociales (19 de agosto).
- Reglamento Interior de la Secretaría de Salubridad y Asistencia (31 de agosto).
- Decreto por el que se declara de interés público el establecimiento y levantamiento del Padrón Nacional Campesino (1o. de septiembre).
- Reglamento sobre Permisos de Importación o Exportación de Mercancías Sujetas a Restricciones (14 de septiembre).
- Decreto por el que el Departamento de la Industria Militar, se integra a la Secretaría de la Defensa Nacional, como un órgano desconcentrado y con dependencia jerárquica de la misma (15 de septiembre).
- Acuerdo por el que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal realizarán los actos que legal y administrativamente procedan para establecer un sistema de orientación, información y quejas a fin de facilitar el trámite, gestión y solución de los asuntos que el público plantee ante ella y promover la participación y colaboración de los

usuarios en el mejoramiento de los servicios que les presta (19 de septiembre).

— Decreto por el que se crea el Patronato de Promotores Voluntarios, como organismo público descentralizado con personalidad y patrimonio propio (20 de septiembre).

— Reglamento Interior de la Secretaría de la Reforma Agraria (22 de septiembre).

— Acuerdo por el que se abroga el Acuerdo del 18 de febrero de 1971, publicado el 23 de abril del mismo año, por el que se creó un organismo técnico administrativo denominado Comisión para el Aprovechamiento de Aguas Salinas (3 de octubre).

— Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta (4 de octubre).

— Acuerdo por el que se constituyen la Coordinación General del Sistema Nacional de Evaluación, adscrita directamente al Presidente de la República como unidad de asesoría, apoyo técnico y coordinación (21 de octubre).

— Acuerdo número 962 mediante el cual se creó el Organismo Técnico Desconcentrado del Departamento del Distrito Federal, denominado Servicio Público de Boletaje Electrónico (21 de octubre).

— Reglamento del párrafo tercero del artículo 321 del Código Aduanero de los Estados Unidos Mexicanos para el Fomento de la Industria Maquiladora (27 de octubre).

— Acuerdo por el que se crea una Comisión Intersecretarial a fin de coordinar las actividades de las Secretarías de Estado y demás entidades o dependencias a las que la legislación confiere la investigación, protección, conservación de los valores arqueológicos, históricos y artísticos, que forman parte del patrimonio cultural del país (31 de octubre).

— Decreto por el que se crea el Consejo Nacional de Recursos para la Atención de la Juventud (30 de noviembre).

— Diversos decretos, y acuerdos que derogan organismos, empresas, institutos, etc., procedan a su fusión, disolución o liquidación (6 de diciembre).

— Convenios de coordinación con Estados de la República, en los que

se delegan la administración del Impuesto sobre Tenencia de Automóviles (13 de diciembre).

— Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (15 de diciembre).

— Decreto por el que se reforma y adiciona a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (30 de diciembre).

— Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales (30 de diciembre).

— Decreto de reformas a diversas disposiciones de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (30 de diciembre).

— Ley de Ingreso de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 1978 (30 de diciembre).

— Ley del Registro Federal de Vehículos (30 de diciembre).

— Ley que reforma y adiciona el Código Fiscal, en diversas disposiciones relativas a delitos (30 de diciembre).

— Decreto de reformas a la Ley General de Crédito Rural, señalando que se consideran sujetos de crédito las personas que menciona (30 de diciembre).

— Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1978 (30 de diciembre).

— Decreto de reformas y adiciones a la ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal en lo relativo a documentos que deberán ser presentados al Presidente de la República con antelación para que puedan ser enviados a la Cámara de Diputados el 30 de noviembre de cada año; a la fijación de atribuciones a la Secretaría de Programación y Presupuesto; y en lo relativo a responsabilidades (30 de diciembre).

— Ley de Impuesto y Fomento a la Minería (30 de diciembre).

— Reformas a los artículos 7o. y 10o. de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional, indicando que la industria petrolera es de utilidad pública prioritaria sobre cualquier aprovechamiento, y que la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial podrá conceder permiso para reconocimiento (30 de diciembre).

— Decreto de reformas a la Ley Federal del Trabajo, adicionando un Capítulo relativo a Trabajos de Médicos Residentes en período de Adiestramiento de una Especialidad (30 de diciembre).

— Ley de Ingresos del Departamento del Distrito Federal para el ejercicio fiscal de 1978. (30 de diciembre).

— Presupuesto de Egresos del Departamento del Distrito Federal para el ejercicio fiscal de 1978. (30 de diciembre).

— Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal; conteniendo reformas a la anterior, relativas a modificaciones en artículos referentes a: el impuesto predial (recargos, exenciones y forma de pago); aumento general en las siguientes tarifas y conceptos: impuesto sobre apuestas permitidas, derechos de cooperación para obras públicas; determinación y pago de los derechos de cooperación; impuesto sobre traslación de dominio de bienes inmuebles; derechos por servicios que presta la Dirección General de Policía y Tránsito; servicio de aguas potables; actos del Registro Civil, Registro de la Propiedad y Registro del Comercio; impuesto sobre honorarios por actividades profesionales; derechos por servicios en el Archivo General de la República; por venta de boletos en el Servicio Público de Boletaje Electrónico*; autorización de ampliación de horario a giros reglamentados; por regularización de predios*; y la supresión de las exenciones a la sobretasa del 15% por concepto de impuesto adicional sobre el pago de cualquier impuesto o derecho.

Derecho Penal

— Reformas a los artículos 336 y 387 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal.

Poder Judicial

— Acuerdo del 28 de junio de 1977 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que crea un Tribunal Colegiado Supernumerario en el Segundo Circuito de Amparo, ubicado en la ciudad de Toluca, Méx.

* * *

Del análisis de la actividad legislativa realizada durante 1977, pueden desprenderse las siguientes conclusiones:

* Estos conceptos son nuevos.

La mayor actividad se realizó definitivamente en la implementación de la reestructuración de la infraestructura de la administración pública. Así, entró en vigor la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley General de la Deuda Pública, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, se expidieron y publicaron los Reglamentos Interiores de las Secretarías de Estado, Departamento de Pesca y otros. Se crearon comisiones intersecretariales y servicios de apoyo administrativo. Esto refleja, indudablemente, la dirección tomada por la actual administración, consistente en un deseo de modificar las estructuras administrativas existentes con la intención de solucionar los problemas que agobian actualmente al país. En este proceso, el Poder Ejecutivo realizará sus objetivos principalmente a través de las actividades que ejecute la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Se crearon varias "Comisiones", sistema que parece substituir al de "Fideicomisos" de años anteriores para lograr objetivos específicos concretos. En este proceso de reestructuración, se han suprimido ya algunos fideicomisos, integrándose a otros programas, tratando de unificar criterios y substituyéndolos por otras entidades. Algunas empresas de participación estatal han desaparecido.

En el campo del Derecho Constitucional, se modifica el sistema electoral, en los siguientes aspectos: el número y la elección de diputados, instituyendo diputados de partido electos por sistema de listas plurinominales y uninominales.

La ley respectiva es complicada; el proceso de elección se convierte en un instrumento que requiere complementarse con conocimientos de computación.

No se realizó actividad legislativa alguna en la esfera del derecho privado. Sería de desearse la participación de grupos de profesionistas, para proponer a través de los canales adecuados, las reformas a ordenamientos vigentes: Código Civil y Código de Comercio, principalmente.

Por último, merece comentarse, en la legislación aplicable al Distrito Federal para el Ejercicio Fiscal de 1978, la creación de partidas para Direcciones Generales, Comisiones y organismos administrativos (Comisión de Desarrollo Urbano, de Vialidad y Transporte Urbano, Servicio Público de Boletaje Electrónico y otros), que no están en la Ley Orgánica relativa.

El artículo segundo transitorio de ésta establece que, previo acuerdo del Presidente de la República, el Jefe del Departamento podrá crear las unidades administrativas necesarias para el despacho de los asuntos, entre tanto se expide el Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal. Sin embargo, dicho Reglamento no podría referirse a otros organismos que los ya instituidos.

Los acuerdos se expidieron en distintas fechas (algunos se publicaron en el Diario Oficial, otros en la Gaceta del Departamento del Distrito Federal). Sin embargo, la fundamentación no es suficiente, requiriéndose

la modificación de la Ley Orgánica o derogación de ésta y expedición de una nueva, que incluyera estos organismos, así como el Reglamento Interior respectivo, del mismo modo que se ha hecho para otras dependencias del Poder Ejecutivo.

EL PENSAMIENTO DE DON PEDRO LASCURAIN RESPECTO AL DERECHO

LIC. JAVIER FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

*Profesor de Filosofía del Derecho
en la Escuela Libre de Derecho.*

Hay criterios que por una disciplina logicista y por una visión muy corta de lo que es el derecho, han tratado de restringir el campo de lo jurídico exclusivamente a su expresión, o sea, a circunscribirlo puramente a la norma jurídica, aduciendo razones defendidas vehementemente, "que todo lo que no sea la norma jurídica, cae dentro de otros campos del saber humano, pero no presicamente dentro del saber jurídico".¹

Mi particular consideración al respecto, no está de acuerdo con esta manera de entender lo jurídico, pues la norma necesariamente para que sea justa, y logre regular la actividad de la sociedad en forma pacífica y alcanzar el bien común, tiene que vincularse a elementos diversos, tanto en su origen, como en su fin, para que pueda obtener su cometido que es la justicia; se aducen razones de que "hay posibilidad lógica de un derecho injusto, tan es así, que la historia registra instituciones jurídicas injustas como la esclavitud".²

Hay que distinguir dos conceptos que se puedan tener del derecho, según el punto de vista en que se analicen: Uno de ellos es histórico o sociológico, desde este punto de vista vamos a encontrar instituciones jurídicas, cuerpos legislativos o normas concretas que estuvieron vigentes en un momento dado, o que actualmente tienen vigencia. Estas disposiciones forman parte del cuerpo legislativo de un Estado y por lo mismo, se puede hablar del derecho positivo de tal o cual Estado, pero esta consideración, hace referencia a lo que hay o hubo de preceptos legales en un momento dado, si se le nombra derecho a estas leyes es por analogía, pues el derecho, no se limita al derecho positivo del cual éste, solamente es un aspecto de aquél.

El otro análisis, no puede circunscribirse, a una reseña histórica o sociológica del derecho positivo, sino que, tiende a desentrañar el sentido de las normas, en cuanto a su origen, en cuanto a su contenido y en cuanto a su fin, descubriendo el espíritu que contengan y evaluar si se ajustan y son adecuadas a la situación social, en vista a la justicia, la seguridad y el bien común.

El hecho de considerar exclusivamente como derecho a lo previsto por la norma, desvinculando a ésta de cualquier otro elemento, tanto en su

origen como a su fin, es querer renunciar a la aspiración de bienestar y tiene razón de existir y considerar al Derecho desvinculado de fines, es independencia absoluta de su contenido, es mutilarlo hasta el aniquilamiento, que podría servir para satisfacer intereses particulares o de grupo, pero nunca a las necesidades generales de la sociedad.³

"Sin Sociedad no hay Derecho y sin Derecho no hay Sociedad". El derecho es el que le dá forma a la sociedad al regular las relaciones que se establecen entre los hombres. Es a través del derecho, como la sociedad va a encontrar las fórmulas adecuadas para que el hombre pueda vivir en paz, en libertad y en armonía con los demás hombres, luego el derecho debe regular, no por regular, o establecer conductas o realizarse por capricho, por abuso, o por arbitrariedad, sino que regulará en vista a algo, y servirá a alguien, ese algo va a ser la Justicia, la Seguridad y el Bien Común y ese alguien es "el hombre, espíritu encarnado, con entendimiento y voluntad libre".⁴

El hombre por su naturaleza está destinado a pensar, a través de su facultad intelectual, de su razón; la cual fue dada para que pueda descubrir aquello que le pertenece, como son todas sus facultades y potencialidades, y como debido en cuanto a él mismo, se le impone la necesidad y obligación de actualizar todas sus potencias tanto en lo material como en lo espiritual, con criterio racional, tratando de alcanzar el bien imperativo que le corresponde y le pertenece, pero que en muchos aspectos aún no posee, y así la vida del hombre se desenvuelve en ese torbellino laborioso e incesante de actualización de potencias, ya que las necesidades y anhelos humanos caen en el campo de lo intocable.

Ahora bien, el hombre no está solo, su indigencia por un lado y la grandeza de su espíritu por otro, lo encaminan a la comunicación de sus semejantes, que también anhelan su bien personal. En esta situación, el hombre se relaciona con sus semejantes; con quienes se vincula a través de todos los objetos y aspiraciones que existen en la naturaleza, en constantes variantes por necesidades y transformaciones sociales, pero estas variantes y transformaciones, no lo desencausan de su anhelo de buscar, encontrar y poseer el bien, el cual se convierte en común, cuando todos los hombres que vinculados entre sí, trabajan por alcanzar y poseerlo.

Existe por lo tanto una necesidad moral en el hombre de realizarse, de alcanzar su fin en forma integral, y toda desviación a esta necesidad, por abuso o mal uso de la libertad le causará un desajuste, que lo perturbará emocional o racionalmente. Esto mismo sucede en la sociedad, en la que también se impone la necesidad de alcanzar su fin que es el bien común, el cual no es estático, sino eminentemente dinámico, cambiante, el cual nunca llega a su realización total, pues siempre hay nuevas aspiraciones y nuevos hombres que las impulsan, esa lucha no es en la ocurrencia, o en la anarquía, es a través del orden en su aspecto normativo, por necesidad moral que impone a que se siga un comportamiento indi-

vidual y colectivo con fines valiosos, que produzcan bienestar social, paz y seguridad a todos los integrantes del ser social.

En cuanto a su origen, la norma jurídica debe tomar en cuenta a quién sirve, que es el hombre, debe respetar, salvaguardar y defender los elementos esenciales de su dignidad, como son su razón y voluntad libre, por eso Montesquieu "se mostraba tan exigente en lo que mira a la formación de las leyes, que en su concepto, deben ser la razón humana en tanto que gobierna a todos los pueblos de la tierra y las leyes políticas y civiles de cada nación, no deben ser otra cosa los casos particulares en los que se aplique esa razón humana; que para dictar las leyes, dice, debe tomarse en cuenta el estado físico del país, su clima, su extensión, la calidad de sus tierras, la naturaleza de sus productos, el género de vida de sus habitantes, el grado de su libertad civil y religiosa, sus inclinaciones, sus riquezas, su número, sus hábitos, usos y costumbres, pues todo ello junto es lo que constituye el espíritu de las leyes; quiere finalmente, que un espíritu ponderado y de moderación, sea el que presida en su formación".⁵ Aquí vemos como Montesquieu tenía muy en cuenta a la razón humana para que las normas jurídicas cumplieran con el derecho.

Como la sociedad es cambiante, el derecho también es cambiante en cuanto a su expresión, lo que no cambia es el principio racional que trata de ajustar a las personas y a las cosas en vistas a un fin común. "El derecho de propiedad, no tiene hoy la extensión casi sin límites que lo caracterizaba el derecho antiguo y es lógico y natural que así lo sea, pero no absorbe el cambio sufrido en el concepto y de expresión de ese derecho, en lo que tenía de fundamental y esencial para su vida misma, aquel concepto y aquel derecho, la humanidad civilizada, dejos de repudiarlo, lo conserva como base de sustentación jurídica y social".⁶

Las variantes en la sociedad son constantes, las instituciones jurídicas también deben cambiar, lo que no cambia, es que las personas se relacionan a través de infinidad de objetos que sirven de medio del vínculo y que esta relación debe ajustarse en vista de un bien común de los vinculados, pues de no ser así se producen los males sociales.

Tratando de aportar conceptos de quienes nos precedieron en nuestra Escuela Libre de Derecho, paso a transcribir lo que pensaba Don Pedro Lascuráin, profesor de Derecho Civil y Rector por muchos años de nuestra Escuela. El maestro Lascuráin al respecto expresó en el discurso de iniciación de cursos de 1931 lo siguiente:

"Seguramente muchos de vosotros oiréis que el Derecho es la Ley. Otros piensan que el Derecho es la forma. A otros se les dirá que el Derecho es la vida de las naciones; y entonces, entre estos tres conceptos de entender lo que es el Derecho, vosotros os encontraréis sin una verdadera orientación. Permitidme que tratándose de estas tres formas de lo que es el Derecho, haga yo, una breve exposición, así como de la

dirección posible para el estudio que en este año y en los subsiguientes habrán de hacer los alumnos de la Escuela Libre de Derecho".

"La idea de que el Derecho es la Ley, es una idea que encuentra apoyo en muchas inteligencias, porque consideran el Derecho como el derecho escrito, el Derecho positivo, el Derecho que se encuentra en las leyes y que creen que éstas son las que originan el Derecho. Error me parece a mí semejante apreciación, porque la ley es únicamente el derecho positivo que ha sido dado por los Gobiernos cuando éstos ya están organizados en forma de Estado, cuando existe ya una organización legislativa y que ésta es la que ha expedido las leyes directamente. Muy bien, pero antes de que esta organización existiera, había ya la aplicación del derecho. En consecuencia, no es la ley la que viene a formar al derecho, sino que tenemos que buscarlo en los principios. Ciertamente en la ley hay consignados grandes elementos de derecho, pero no puede significarlo, sin detrimento de llegar al absurdo de que antes de que hubiera ley, antes de que hubiera cuerpos legislativos no había derecho, y la Historia nos demuestra que antiguamente antes de que tuviéramos la evolución de las naciones organizadas en forma de Estado, había ya la concepción del Derecho. Este estaba contenido no en piedras tabulares, sino en la conciencia de los individuos, porque desde los primeros tiempos de la humanidad ha habido el respeto a la vida, al honor, a la propiedad, a la libertad de conciencia, como elemento de derecho que es, lo que ahora sirve de base para la administración de la justicia".

"La justicia se administra privadamente con fundamento en este derecho y no ha sido sino después cuando el Estado quedó erigido como órgano legislativo de los países y de los pueblos, cuando la justicia se ha hecho pública, tomando fundamento en las bases de la justicia privada. En consecuencia, la ley no ha sido la fundadora del derecho, y tan es así que dentro de la misma Ley hay huecos y defectos que no están dentro de ella. Los romanos con sus 'legis actis', con su procedimiento de arbitraje público daban la fórmula que el litigante aceptaba. La jurisprudencia entonces es la que ha venido a subsanar los defectos de la Ley; es la que ha interpretado la Ley en aquellos casos en que ésta es deficiente".

"Por otra parte, la Ley es estable, es fija e inmutable y evidentemente que no comprende casos particulares sino únicamente aquellos casos jurídicos generales. De ahí resulta que entre la aplicación de la Ley y lo que la jurisprudencia dice, hay una diferencia de temperamento: el temperamento del que formula la Ley, del que la comprende y del que la aplica, y vendríamos a tener este resultado: que la Ley no sería el fundamento del Derecho, sino combinándola con la jurisprudencia, de donde resulta que la Ley de esa manera sería la exposición de las necesidades de un momento dado, pero no la base ni la fuente del Derecho".

"Vemos todavía en las relaciones internacionales, que no habiendo actualmente un Estado internacional que administre la Justicia, no contando tampoco con un Código de Leyes para aplicar a los Estados, estos aplican las nociones generales del Derecho, que no son Ley, y de esta manera demuestran que no es la Ley la que origina el Derecho".

"El otro concepto, el Derecho es la forma que se refiere a todos aquellos axiomas, a todas aquellas fórmulas especiales que contienen conceptos de Derecho, que son abstracciones de que no invadan el campo del derecho, suposiciones, pensamientos o teorías nuevas que generalmente son confusas y que carecen de base científica".

"La fórmula del derecho sirve para que los individuos, los funcionarios, sepan más o menos orientarse en el derecho, pero la fórmula no es el derecho. La ciencia del derecho, tratándose de fórmula, se encuentra en las mismas condiciones en que las demás ciencias. Todas las ciencias tienen fórmulas, pero no consideran la fórmula como la ciencia misma. Esta está siempre en constante desarrollo, progresa y por lo mismo no puede estar encerrada dentro de una fórmula. Si fuera la técnica jurídica la base exclusiva del derecho, estancaría la inteligencia del jurista y llegaría al absurdo que encontramos en las oficinas oficiales en donde la fórmula ha matado la inteligencia y el espíritu de la Ley, haciendo que los empleados cometan injusticias. En materia de impuestos prediales hay un regularizador, una fórmula tan estrecha, que hace imposible aun la elasticidad con que la autoridad debe examinar los casos particulares. El actual juicio de amparo es un procedimiento formalista, y no el juicio constitucional para proteger a los ciudadanos contra la violación de sus garantías. La fórmula no es pues la fuente del derecho".

"La idea más brillante, aquella que es aceptable porque tiene algo de misterio, algo de místico, es decir que el Derecho es la vida de las naciones".

"El gran Laurent y con él otros autores, han dicho que la vida de las naciones está representada por su derecho. El derecho ciertamente enseña un gran concepto para saber cómo ha sido un pueblo. Pero el elemento histórico de la vida de los pueblos, no significa que el Derecho sea la vida de los pueblos".

"Para aplicar y fundar este pensamiento: el derecho es la vida, se recurre a tres formas a saber: la conciencia colectiva del pueblo, la masa de los ciudadanos y la opinión pública".

"La conciencia colectiva fué la fórmula de Rousseau para establecer la idea de constitución de la Sociedad. Según él, los pueblos suman las conciencias individuales y forman una conciencia social. Esta fórmula según lo demuestra Duguit y Hauriou es completamente falsa, (sic) porque no es cierto que las conciencias individuales puedan sumarse para formar una conciencia que gobierne al grupo. Está reducida a la teoría de las mayorías sobre las minorías a las cuales sacrifica y convierte en

tiranía y en fuerza a esa mayoría que por regla general se forma por medio de manipulaciones e intrigas".

"La masa de ciudadanos, que es la teoría sostenida por el mismo Duguit, el más jurisconsulto de los positivistas y el más positivista de los juristas equivale a la misma fuerza tiránica de la multitud, porque esa masa es la medida de los miembros de una sociedad que se impone a los demás miembros. Es por tanto fuerza de número y no otra cosa".

"La opinión pública tampoco es otra cosa que una fuerza. La opinión pública es la idea que parte de algún agitador, de algún hombre de influencia, y que cunde en medios propicios de individuos que conversan entre sí, en cafés, en reuniones privadas, a veces en reuniones públicas, sin preparación especial, y que tiene solo el valor que tuvo al principio el de la opinión individual engrosada como la bola de nieve al circular en los medios sociales. La opinión no es base del derecho, por más que la ley que consigna algún derecho o lo modifica deba contar con la opinión reinante en determinado tiempo. Pero por eso mismo se ve que la opinión pública que es influencia en la legislación no es la base del derecho, ya que la ley como se ha visto no es el origen del derecho. Cualquiera de los tres conceptos analizados demuestran que ellos solamente son base de fuerza y el derecho no es fuerza".

"El Derecho es la regla que ordena la vida. Es decir pone un orden de coordinación y de subordinación entre las fuerzas y las actividades sociales, entre los intereses legítimos y entre los fines que persiguen los individuos y las sociedades para su bienestar".

"Por esto, el derecho es trascendental y no depende ni de la Ley ni de la forma, conciencia o vida de los pueblos, sino que se refiere a la Justicia que adapta los elementos citados al fin de los individuos y de las sociedades".

"El derecho es la Justicia y la Justicia es la moral social. La Ley es la aproximación a la idea de Justicia, que nunca se realiza de una manera completa. La Justicia es la aspiración a la verdad, y su forma es el arte para lograr la belleza del ideal social".

"Los romanos definían el derecho diciendo que es *Ars Aequi et Boni*. Es según esta definición lo justo, lo equitativo, lo bueno. Es decir, que el derecho es la armonía en la unidad de lo verdadero y de lo bueno, que se confunde con la Justicia y con la Belleza; es la coordinación de los medios y un fin y la subordinación de los unos a los otros. Son las energías sociales uniéndose entre sí, completándose entre sí, unas con otras, por medio de la institución de la familia, por medio de la solidaridad corporativa, por medio de los sentidos de la justicia internacional, todo por medio de la idea de Justicia".

"Los romanos fueron grandes porque tuvieron del derecho esa idea del orden. En consecuencia esta es la orientación que los jóvenes estudiantes deben tener del Derecho. La prosecución de la moral social, de la

moral en todo aquello que signifique belleza, y es conveniente que tenga a la vez esta orientación, porque es una solución en la vida práctica, ahora que dejen los libros y que se encuentren con las fórmulas del derecho, y lo que han aprendido en la ciencia, no corresponde a las realidades. Encontrarán circunstancias en que muchas veces su honor, su moralidad, vendrán a flaquear si no tienen cuidado, si no están alertas, y si no saben que siendo profesores del Derecho, deberán cuidarse de la inmoralidad que en estos tiempos por circunstancias especiales, ha llegado a un gran desarrollo. La corriente es general y deben estar alertas, jóvenes alumnos, al comenzar, para no verse lanzados por ella, ya que la inmoralidad produce efectos verdaderamente desastrosos en la Sociedad".

"Permitidme que yo cite las palabras de un gran hombre de la antigüedad, que son aplicables a nuestra época y que son norma en las actividades que más adelante debéis desempeñar. El profeta Isaías, ese hombre de la Biblia que dejó una instrucción tan grande, que todavía ahora se conserva, apreciando las deficiencias de su época, las inmoralidades de la Sociedad en que vivía, resumió así en estas palabras que son verdaderamente elocuentes y elevadas, la causa de los males de la Sociedad. "Quia mutaderunt just". Los hombres cambiaron el Derecho, y si el Derecho es la moral social, cuando el Derecho se cambia, cuando se viola, cuando va por distintos derroteros, cuando no es el orden que guía la Sociedad esta se desorganiza y sobrevienen la inmoralidad y los males sociales".

"Os digo, pues, jóvenes, alumnos, que vais a entrar a la vida práctica, que el Derecho no se cambia, que el Derecho es el que ordena la vida de las Sociedades".

No cabe duda que la anterior exposición de Don Pedro Lascuráin, es una exposición magistral, valgan estos conceptos para estar alertas en nuestro desenvolvimiento jurídico, en nuestro trabajo y estudio cotidiano que nos aliente enérgicamente para luchar por la Justicia.

NOTAS AL ESTUDIO

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1974, p. 53.

² Preciado Hernández Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*. Editorial Jus. Sexta Edición. México 1970. Citando a Hans Kelsen bajo el título "La idea del derecho natural y otros ensayos", Editorial Lozada, S. A., Buenos Aires, particularmente el ensayo que se refiere a "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", cuyo capítulo primero trata de "La teoría del derecho y la filosofía de la justicia". Y el capítulo titulado "La teoría pura del derecho según Kelsen, en direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico" de Recansen Siches, Editorial Labor, S. A.

³ Preciado Hernández Rafael. Op. Cit. Cap. IX. "El derecho en una relación social".

⁴ Guzmán Valdivia Isaac, *El conocimiento de lo social. La sociología científica y la*

ontología social. Editorial Jus. Segunda Edición, México 1964, pp. 79 a 94 en el Capítulo "El concepto cristiano del hombre".

⁸ Hernández Rafael, *La barra de abogados y la evolución social*. (Discurso pronunciado por el autor al tomar posesión de su puesto como Presidente de la Barra de Abogados el 17 de enero de 1931.) Publicado en la Rev. *La Justicia*, Año I, Tomo I, No. 1, p. 8. Enero de 1931.

⁹ Lascuráin Pedro, *Palabras en la apertura de cursos en la Escuela Libre de Derecho*, en febrero de 1931. Publicado en Rev. *La Justicia*, Año 1, Tomo I, No. 2. Febrero de 1931.

LA ESENCIAL RELATIVIDAD DEL DERECHO

LIC. JOAQUÍN MARTÍNEZ PÉREZ DUQUE

*Profesor de Derecho Romano
en la Escuela Libre de Derecho.*

Cuando queremos desentrañar la naturaleza del concepto de Derecho nos encontramos necesariamente con la idea de relación que le sirve de base y lo sustenta, pues el Derecho pertenece a los seres que se llaman relativos. No se concibe el Derecho en un ser aislado, sino que surge de la pluralidad de los seres, de la sociedad, pues nadie tiene derecho frente a sí sino frente a alguien que forma el otro término de la relación.

Pretendemos recalcar el carácter relativo del Derecho esbozando sus elementos esenciales que los distinguen de otros conceptos que descansan y se fundamentan en la relación.

Es el estudio comparado de las lenguas indoeuropeas el que, arrojando vivas luces sobre sus raíces comunes y sobre los grados de su parentesco ha encontrado para la palabra *jus*, cuyo origen se ignoraba, el sentido que expresa la esencia del derecho en la raíz sánscrita *Ju*, que significa ligar, juntar, de suerte que el vocablo "Jus" indica aquello que une o relaciona a los hombres.

En efecto, el derecho es fundamentalmente una relación o vínculo que une a dos o más seres racionales por lo que constituye primeramente una relación de carácter social, lo cual no implica una identificación de lo jurídico y lo social, sino una complementación, pues si bien no son lo mismo tampoco son ajenos entre sí, ya que lo jurídico es un sector de lo social, presupone la existencia de una sociedad, es decir de una pluralidad de seres relacionados entre sí; todo lo jurídico es social, pero no todo lo social es jurídico. Solo aquel aspecto de lo social que está medido por el criterio de justicia constituye una relación jurídica, como más adelante se apunta.

Siendo el derecho en esencia una relación es preciso comprender este concepto, analizar qué se entiende cuando decimos que un ser es relativo a otro.

Siguiendo la tesis tomista, decimos que relación es la forma actual del ser que se llama relativo o relacionado.

Este ser relativo es el ser que se vincula con otro de cualquier modo. Se opone, en efecto, al absoluto (desligado); la forma abstracta de lo relativo es la relatividad: lo que hace a un ente ser y llamarse relativo, así como humanidad es lo que hace un ente ser hombre.

La relación, nos dice S. Rahaím ("Compendio de Filosofía", p. 186), indica el acto mismo, la forma de la actuación, la conexión; de una cosa con otra, o como aquello que hace formalmente que una cosa se diga y "esté vuelta hacia otra", ya que viene del verbo latino: "re-ferre": llevar de vuelta.

De esto se deducen los elementos del concepto de relación. En primer lugar aquello que se vincula o liga con otra cosa, a esto se le llama el sujeto. En segundo lugar aquello con que se vincula, es el término. En tercer lugar aquello en que se basa el sujeto para vincularse con el término o sea, el fundamento.

En cuanto a la relación jurídica sus elementos fundamentales son en primer término un sujeto activo, acreedor, en segundo lugar un sujeto pasivo, deudor, y por último el objeto que para el primero represente "lo suyo" y para el segundo "lo debido".

Se ha dividido la relación en real y de razón, trascendental y predicamental.

Relación real es la que surge entre los seres reales independientemente de la operación mental. Es de razón cuando para que se establezca la conexión se necesita la intervención de la mente.

La relación de razón normalmente puede ser porque el sujeto o término sean entes de razón o bien porque el sujeto no tiene un fundamento tal que en realidad lo trabe a él, y le dé algo que no tenía, sino que dicho fundamento se encuentra más bien en otra y en ese caso la mente como que lo finge en el sujeto. Tal es el caso del "conocido" la relación real va del conocedor al conocido; en cambio éste a aquél es relación de razón.

La relación trascendental es la que es esencial a un ser que es refiere a otro de tal suerte si se suprime tal relación, ya no puede existir ni concebirse dicho ser; por ejemplo: el efecto a la causa. La predicamental es la que puede o no darse, sin que por esto sufra la esencia del ser que se dice relacionado.

Ahora bien, como el nombre de justicia entraña igualdad (S. T. IIa lae q. 57 a 1), es la esencia de la justicia de referirse a otro, porque nada es igual a sí sino a otro pero ¿qué clase de relación es el vínculo jurídico?

Entendemos que se tiene derecho a algo y frente a alguien. Si decimos, por ejemplo, Pedro es blanco, resultará absurdo preguntar respecto de quién o qué? Por el contrario, si decimos, Pedro tiene derecho, entonces, necesariamente preguntaremos ¿a qué?, ¿frente a quién? Por esto el derecho, que no se da en una persona aislada, es necesariamente una relación predicamental, puesto que no es de la esencia del sujeto el hecho de encontrarse vinculado jurídicamente a alguien, es decir, la relación no afecta la esencia del sujeto relacionado.

Desde el punto de vista de la relación sujeto-objeto, en cuanto que éste se subordina aquél, nos dice Ludovicus Bender¹, que el derecho "es

una relación que existe entre una persona y una cosa, por lo que la persona está respecto de la cosa como algo que es suyo. El derecho se encuentra en el sujeto no como una perfección cualquiera, sino como algo que está fuera de sí, así pues el derecho pertenece a la categoría de seres que se llaman relaciones, son accidentes que perfeccionan al sujeto en el que se encuentra". De tal suerte que no se podría ser sujeto de derecho si fuera del sujeto no existiera nada. No sólo se entiende respecto de algo, sino que siempre es respecto de alguien, lo cual confirma que el derecho es una relación: es *ad alterum*.

"El término propio del derecho sigue siendo L. Bender² es la acción u omisión de otra persona. Es relación cuyo sujeto es esta persona. Nos adherimos a los escolásticos que han enseñado que el derecho es una relación entre la persona y la cosa, por lo cual la persona se relaciona a una cosa como algo que le es debido." Debemos añadir que en última instancia la relación jurídica se da propiamente entre dos sujetos en virtud de la cual uno de ellos, el sujeto activo, puede exigir del otro, el sujeto pasivo, una determinada prestación que representa para el primero "lo suyo" y para el segundo "lo debido", ya que cuando dice L. Bender que "la persona se relaciona con la cosa como algo que le es debido" es obvio que la cosa es debida por alguien, que es precisamente el sujeto pasivo en quién se da la relación jurídica.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Vermeersh³ sostiene que "si el derecho implica la facultad de subordinar algunas cosas a nuestro propio fin, y la persona por su misma naturaleza, no puede subordinarse al bien de los demás, se sigue de esto que la persona, en concepto de tal, no puede ser objeto del derecho: pero cualquier cosa por noble que sea, puede decir totalmente relación a una persona".

Hay cosas que por su misma naturaleza están unidas al bien de alguna persona, como los actos de los miembros y facultades humanas; otras adquieren esta relación por algún hecho accidental, como sucede con las cosas exteriores.

"El derecho es una relación objetiva entre personas, acciones y bienes, un ajustamiento o coordinación de las acciones humanas al bien común. Desde el momento en que dos seres humanos conviven, surge la necesidad de coordinar o ajustar acciones de acuerdo con un criterio racional".⁴

Siguiendo al maestro Preciado Hernández⁵ "no toda nuestra conducta puede ser medida ni está regida por el criterio racional de justicia, lo que hacemos por caridad, conveniencia, cortesía, etc., no es cosa a la que estemos obligados en justicia, no es algo que se nos puede exigir jurídicamente, que esté ordenado directamente al bien común. En cambio solo aquéllas relaciones sociales que son medidas adecuadamente por el criterio de la justicia, que están ordenados inmediatamente al per-

feccionamiento de la sociedad, a la realización del bien común que es su fin propio, son relaciones sociales de carácter jurídico".

Ahora bien, este criterio racional que sirve para determinar el carácter jurídico de las relaciones sociales, es decir la justicia, posee un objeto material y un objeto formal.

Los filósofos dividen el objeto de las virtudes, nos dice Lachance⁶, en material y formal y subdividen este último en objeto formal *quod* y formal *quo*.

El objeto material es todo lo que la virtud alcanza directa o indirectamente. Así el objeto material de la justicia es la operación exterior y todo lo que esta operación alcance.

El objeto formal *quod* es una delimitación del objeto material, es el punto de vista especial que considera la virtud. Es lo que ella alcanza directa y primeramente y lo que le permite alcanzar los objetos materiales.

Respecto de la justicia, su objeto formal *quod* es la acción exterior en tanto cuanto debe estar ordenada a otro, rectificada en relación a él: *in quantum est ad alterum*, como diría el Aquinate⁷.

De acuerdo con el Doctor Angélico⁸, para el concepto y esencia de lo justo, objeto formal de la justicia, se requieren tres notas:

a) *Alteridad*. Que sea en orden a otro, es decir que sea una relación social, pues como el nombre de justicia entraña igualdad, es de la esencia de la justicia el referirse a otro, pues nada es igual a sí sino a otro "*iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominen quae sunt ad alterum*"⁹.

b) *Exigencia de un deber*. Que sea algo debido, de tal suerte que si no se está obligado a dar 10 y en vez de esto se dan 15 los 5 restantes no se dan en estricta justicia.

c) *Que se deba en estricta igualdad*. Esta exigencia es consecuencia de la anterior, pues lo debido debe ser igual a aquello a lo cual se tiene derecho, así, si me han entregado 10 yo debo devolver 10 pues quien tal cantidad me entregó solo a esto tiene derecho, es decir, debe existir una exacta correspondencia entre aquello que se debe y aquello que se tiene derecho.

Delos¹⁰ reduce la relación social a tres términos: persona-objeto-persona. No se trata de la relación que une a una persona directamente con otra y que sería inter-subjetiva o inter-individual, sino de la relación que une a dos o más personas mediante un objeto que funge como intermediario y que es exterior a las personas que vincula o pone en relación; sin que esta exterioridad deba entenderse en un sentido físico, ya que el objeto

pueda ser un fin, una idea, una relación espiritual, que sigue teniendo carácter objetivo por cuanto constituye una realidad independiente de las disposiciones subjetivas, concretas, de las personas a las cuales une. Recordemos el ejemplo, que pone Delos¹¹: "imaginemos un manantial que brota en el desierto, al cual acuden los hombres a beber juntamente con sus rebaños".

"Este manantial es, en sentido el más inmediatamente físico, el objeto que los pone en relación, todos los lazos de solidaridad, de interdependencia, de concurrencia, de hostilidad que nacen entre ellos, tienen al manantial por objeto y causa".

"El mismo fenómeno se encuentra en todos los dominios de la vida social. La conservación de la especie es el objeto intencional que provoca la unión y las relaciones de los sexos y el hijo que de hecho perpetúa la especie es el objeto, muy real esta vez, de relaciones de parentesco y de familiaridad. La ciencia es la realidad perfectamente objetiva, pero espiritual, que une no solamente a estudiantes y profesores, a autores y lectores, sino a todos los miembros de un medio cultural y determina específicamente un orden de relaciones. En todos los casos la relación inter-psicológica, un lazo de persona a persona: es preciso contar siempre con un término objetivo, y en este sentido, extraindividual y exterior.

"En este término objetivo, el que es común, y da al hecho social su generalidad; porque siendo objetivo y exterior, puede tener relaciones con un número indeterminado de personas. Estas se agregan al grupo adhiriéndose a su objeto y éste hace la unidad entre ellas. Es él también el que determina y mide las relaciones entre sí, los que son juzgados por el grupo según sus actitudes respecto del fin o de la idea común. Así, en toda relación social, hay ciertamente un comportamiento individual, un estado de conciencia subjetiva, pero éstos son determinados por el objeto, alrededor del cual se anudan los lazos y la solidaridad".

Pero Delos expresamente dice que no se refiere a las relaciones inter-individuales, como son las relaciones amorosas o de amistad pues estas se dan sin un objeto intermediario, de tal suerte que no son objetivas sino subjetivas. Pero nosotros preguntamos ¿qué el amor y la amistad no son objetos, aunque sean ideales, ya que Delos mismo dice que el objeto de la relación puede ser ideal, espiritual poniendo el ejemplo de la ciencia, repetimos, el amor y la amistad acaso no son objetos que unan a los seres humanos? Estrictamente hablando no habría relaciones puramente inter-subjetivas ya que todos los hombres se unen en virtud de un objeto, ya sea ideal o material, como lo son la ciencia, el amor, el mejoramiento de la sociedad, etc.

La relación jurídica no se da directamente entre dos personas sino a través de un objeto, que sirve por esto mismo de medida de la relación. Así cuando afirmamos tener dominio de una cosa, esta propiedad es el

objeto de la relación jurídica. . . lo mismo sucede si el objeto es una acción u omisión. (Preciado Hernández Op. cit.)

"En toda relación jurídica, explica P. Hernández¹², el vínculo entre las personas se establece siempre a través de un objeto, este objeto, es externo, real y como para una parte es 'lo suyo' y para la otra 'lo debido' es claro que representa la medida objetiva de la relación jurídica."

¿Qué debemos entender por "lo suyo" de cada quien? Sobre el particular el Aquinate dice "entiéndase por suyo, en relación a otro, todo lo que al primero le está subordinado o establecido para su utilidad: *dicitur esse sum alicujus quod ipsum ordinatur*¹⁶."

Algunos filósofos, entre los que podríamos citar a Lachance²³, sostienen que la objetividad es una propiedad del derecho.

La propiedad es una cualidad que se agrega a su naturaleza y la revela infaliblemente; es un efecto necesario de la estructura intrínseca: *proprium enim non est de essentia rei, sed ex principiis essentialibus causatur*¹⁴.

"El derecho solo, entre todos los objetivos de las virtudes morales, dice Lachance¹⁵, posee como prerrogativa esencial, el ser objetivo".

El derecho no está imperado solamente por la exigencia del sujeto, sino, sobre todo, por las del objeto, el bien común. Siendo el sujeto para su objeto, pues todo ser está ordenado a su fin, es menester que el orden se establezca, principalmente y ante todo, en comparación con el objeto.

El objeto de una virtud en particular es un cierto medio, aunque por lo que respecta al bien al que tiende representa un extremo pues del otro extremo está el mal, pero en relación a su contenido, en relación con la potencia de la cual es su operación representa un cierto medio y tal es el caso del derecho, objeto de la justicia. (Cfr. P. Hernández Op. cit. p. 101.)

"Los que buscan el derecho buscan un medio"¹⁶. Este medio es algo objetivo.

Este carácter específico es deducido del hecho de ser una igualdad de nuestro obrar con relación a otro, de la esencial alteridad del vínculo jurídico.

Este objeto se determina absolutamente y en sí mismo, "rectum institui debet simpliciter et secundum se"¹⁷.

Si se hace abstracción del aspecto virtuoso, el bien y el mal en materias de justicia provienen de la rectitud o del defecto del acto exterior tomado en sí mismo.

En efecto los puntos de vista por medio de los que se determina la rectitud del acto de justicia son objetivos; la igualdad o desigualdad son objetivas; son el resultado de la comparación de dos términos positivos.

En una palabra, el derecho es un medio que se establece rigurosamente con relación a otro; y fuera del medio sólo hay más y menos, exceso y defecto.

Toda virtud está ordenada a un fin real, pero las demás virtudes no tienen un objeto, que tenga de suyo, razón de objeto y es, precisamente, sobre este principio, que Santo Tomás se apoya para poner en evidencia el carácter objetivo del derecho.

Para terminar con los elementos de la relación jurídica quisiéramos subrayar la importancia de su carácter objetivo citando las palabras del maestro Preciado Hernández¹⁸. "Esta conclusión a que llegamos sobre la esencial alteridad del deber jurídico, si la enlazamos con la nota de objetividad igualmente esencial de la relación jurídica, nos lleva a sostener, con Delos, que no hay más filosofía del derecho válida que aquella que es en un principio una filosofía del derecho con fundamento objetivo".

NOTAS AL ESTUDIO

¹ "Philosophia Juris". Edición 2a. Roma 1955. Officium libri Catholici, pp. 43 y 44.

² Op. cit., p. 56.

³ "La justicia y la injusticia", Versión Española Pedro Valls Tarragó. Edic. Saturnino Calleja F.

⁴ Preciado Hernández, *Lecciones de filosofía*. Ed. Jus. 5a. Edición, pp. 120.

⁵ Op. cit., p. 143.

⁶ "El concepto de derecho según Aristóteles y Sto. Tomás". Trad. Fernando N. A. Cuevillas. Buenos Aires, 1953.

⁷ Summa Theologica B.A.C. Ila Ilae q. 57 a 1.

⁸ Ila Ilae q. 57 a 1.

⁹ Idem.

¹⁰ "La Nación". Obra citada por R. Preciado Hernández.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Op. cit., pp. 241, 242 y 245.

¹⁴ Iq. 77 a 1 ad. 5.

¹⁵ Cfr. Lachance, Op., cit., p. cit.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ila Ilae q. 5 a 1.

¹⁸ Op., cit., p. 129.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD
DE LOS LLAMADOS REGLAMENTOS AUTONOMOS
GUBERNATIVOS Y DE POLICIA

LIC. FAUZI HAMDÁN AMAD

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Escuela Libre de Derecho.*

I. Consideraciones generales

El reglamento es el instrumento legal por medio del cual el titular del Organó Ejecutivo, encargado conforme a nuestra constitución del ejercicio de la función administrativa,¹ crea situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales, para desarrollar y detallar una ley formal y materialmente emanada del Congreso de la Unión, quien tiene bajo su férula de acción normalmente el ejercicio de la función legislativa. Desde un punto de vista jerárquico, el reglamento está supeditado a la ley como ésta a la Constitución de tal suerte que el reglamento está siempre por debajo de la ley, sin que pueda alterar su espíritu ni el contenido y alcance de sus disposiciones. Dentro de nuestro sistema constitucional, la facultad reglamentaria, hoy en día indiscutida, corresponde en forma exclusiva y excluyente al Presidente de la República según lo establecido por el artículo 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En estas condiciones, podemos decir que todo reglamento, materialmente legislativo y formalmente administrativo, es heterónomo por estar vinculado, en cuanto a su existencia, contenido y alcance, a una ley. No vamos a desviarnos para señalar las diversas clasificaciones que la doctrina ha hecho de los reglamentos, sino sólo subrayar que el reglamento constituye uno de los medios con que cuenta el Organó Ejecutivo para ejercer la función administrativa, con el fin de estar en aptitud y condiciones de mejor proveer en la esfera administrativa a la ejecución y aplicación de la ley. El sistema de la división de los poderes² previsto en la Constitución, cuyo origen histórico no viene al caso exponerlo aquí, está basado en un principio que contempla el equilibrio entre los mismos, cuyo equilibrio —que no necesariamente implica igualdad— da lugar a una jerarquía relativa entre los órganos estatales y que a juicio del tratadista Agustín A. Gordillo,³ el cual compartimos, se contempla de la siguiente manera: el Organó ejecutivo está supeditado al Organó Legislativo y éste al Poder Judicial. La subordinación del Organó Ejecutivo al Organó Legislativo se evidencia básicamente en lo siguiente:

a) El Organismo Legislativo (en este caso sólo la Cámara de Diputados) determina detalladamente a través del Presupuesto de Egresos de la Federación lo que puede gastar el Organismo Ejecutivo; b) El Organismo Legislativo (ambas cámaras), a través de todo el marco de leyes, de acuerdo con las facultades que tiene conferidas en los términos de las disposiciones constitucionales, dispone qué es lo que debe hacer o no el Organismo Ejecutivo dándole las bases y lineamientos que regirán la función administrativa encomendada al Organismo Ejecutivo.

A su vez, la subordinación del Organismo Legislativo al Organismo Judicial deriva de que el segundo tiene la atribución de declarar antijurídicas, por inconstitucionales, a través del juicio de amparo y para casos concretos, las leyes del Congreso de la Unión.⁴

Sin embargo, ese equilibrio previsto en la Constitución no es el que funciona en la práctica y, tal vez, nunca ha funcionado en esa forma. Por una serie de circunstancias y factores de orden social y político, resulta que el titular del Organismo Ejecutivo no está sometido al Legislativo ni al Judicial sino que estos dependen de aquel. Sobre el particular, el Doctor Agustín A. Gordillo⁵ señala "...dado que los nombramientos de funcionarios públicos los hace el Organismo Ejecutivo, y que una parte lamentablemente importante del éxito político de los parlamentarios la hace su habilidad para obtener retribuciones y puestos para sus afiliados y sostenedores, resulta que cada parlamentario está por lo general solicitando del Ejecutivo el nombramiento de éste o aquél amigo o correligionario, en la administración pública, con lo cual el Legislador se coloca en posición de peticionante más o menos sumiso al Ejecutivo quien solicita el favor graciable del caso; dado que el Presidente de la República suele ser, formal o informalmente y salvo pocas excepciones, la cabeza visible del partido gobernante, los Diputados y Senadores no pueden tampoco tomar una actitud muy firme de control, con el temor de perjudicar su carrera política. El Ejecutivo, que cuenta con medios de publicidad que no están en igual grado al alcance de los legisladores, logra usualmente crearse una imagen más popular en la opinión pública que la de los legisladores individualmente o del parlamento en conjunto; ésta imagen popular presiona a su vez en favor del Ejecutivo y sus obras reales o presuntas, y en contra del parlamento, destacando siempre más los errores y deficiencias del segundo que los del primero."

Las anteriores reflexiones nos conducen a afirmar sin reservas, no obstante que la realidad contradiga lo que la Constitución establece, que el Organismo Legislativo desde el punto de vista constitucional, está colocado en una posición jerárquica superior a la del Organismo Ejecutivo por encontrarse subordinado en el marco de su actividad administrativa e incluso en algunos casos de sus actos políticos o de gobierno, a lo que diga el Congreso de la Unión, a través de las leyes; Organismo Legislativo que constituye la expresión de la voluntad suprema del pueblo, en quien

radica eso que se denomina bajo el nombre de soberanía. Si bien la mayoría de los tratadistas de Derecho Público coinciden en cuanto quién tiene la facultad reglamentaria, su naturaleza y el ámbito de su aplicación, lo cierto es que no existe unificación de criterio en cuanto a las clases de los reglamentos que puede expedir el Ejecutivo Federal. La mayoría de los tratadistas nacionales admiten la existencia de los mal llamados reglamentos autónomos, es decir aquellos que son dictados por el titular del Organismo Ejecutivo sin someterse a una ley formal. Esta clase de reglamentos, a diferencia de los heterónomos, no dependen de una ley formal que les sirva de fundamento y justificación para su existencia. Dada la naturaleza del Organismo Ejecutivo y de sus funciones dentro del marco constitucional, la regla general es que sólo puede ejercitar la facultad reglamentaria respecto de una ley formal. Para que pueda expedir el Ejecutivo un acto reglamentario primario, originario o autónomo, sin ley de por medio expedida por el Congreso de la Unión, debe existir disposición expresa en el texto constitucional. En nuestro sistema solamente se admiten dos casos de excepción en los que el Ejecutivo puede ejercitar facultades extraordinarias para legislar (arts. 29 y 131 de la Constitución) y, aún en esos casos, su ejercicio está sujeto a las bases generales que al efecto le hubiere autorizado y fijado el Congreso de la Unión. No obstante ello, por razones que todavía hoy en día no encontramos una explicación, ni mucho menos justificación, una mayoría absoluta de constitucionalistas y administrativistas, incluyendo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁶ aceptan, admiten y toleran, a pesar de que con ello desarticulan nuestra propia estructura constitucional, la existencia de los mal llamados reglamentos autónomos en que el Presidente de la República sin ley de por medio del Congreso de la Unión y sin que la propia Constitución nos defina el contenido y alcance de esa facultad, el Ejecutivo expide los reglamentos gubernativos y de policía supuestamente fundado en el artículo 21 constitucional. Aún más, se ha llegado a admitir por el Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en jurisprudencia definida, que los reglamentos gubernativos y de policía pueden ser expedidos por la autoridad municipal y en el Distrito Federal por el Jefe del Departamento del Distrito Federal.⁷ Si hay algo tan ambiguo, en cuanto a su encuadramiento en el marco legal, es precisamente lo que se entiende por gubernativo y de policía. Y es ahí, precisamente, en donde el Ejecutivo ejerce sin cortapisa alguna, salvo las garantías individuales, su facultad reglamentaria colocándose en el mismo rango constitucional que el legislador. De esta suerte resulta que se ha justificado que el Ejecutivo, en materias tan importantes y trascendentes que vienen a ser una verdadera limitación y restricción a las libertades individuales como son las materias gubernativas y de policía, prácticamente legisle y califique, a su discreción, qué relaciones, actividades y conductas son gubernativas y de policía, so pretexto de salvaguardar el

orden, seguridad, tranquilidad y salubridad públicas. Nada más para darnos una idea del amplísimo campo de acción con que se mueve el Ejecutivo en tales materias, basta señalar que en el Distrito Federal existen aproximadamente 84 reglamentos de los cuales tienen el carácter de autónomos más de la mitad de ellos, desconocidos por los más, aún por los propios abogados, siendo instrumentos que desgraciadamente se utilizan en muchas ocasiones, para dar una apariencia de legalidad a actos arbitrarios, cuyos destinatarios⁸ padecen la visita muy a menudo, por cierto *non grata*, de inspectores que pretextando el cumplimiento de algunos de los muchos reglamentos de esa naturaleza cometen atropellos lesionando los elementales Derechos Individuales. ¡Qué triste espectáculo contemplar el enjambre de disposiciones con que se pretende regular la actividad de los particulares en aquello que el Ejecutivo, aduciendo razones de seguridad, orden, tranquilidad o salubridad públicas, expide tales reglamentos, sin valladar ni control por parte del Organismo Legislativo. Qué manera tan sencilla de obstaculizar entre otros factores, una verdadera y auténtica reforma administrativa. La multiplicación alarmante de ésta clase de reglamentos y la multiplicidad de relaciones que regulan, excede cualquier intento de control efectivo; sólo conduce a una mayor burocratización y, por ende, al entorpecimiento y lentitud de la actividad gubernamental. Cuantas más leyes y reglamentos, más fácil su quebrantamiento y estado de indefensión a quienes van dirigidos. Ya de por sí las atribuciones del Estado que son muchas, en su actual etapa intervencionista, hacen difícil su cometido, todavía a ello se agregan su actividad fiscalizadora (facultades de policía en sentido [*lato sensu*] dejándose a uno de sus órganos, precisamente el de mayor fuerza y poder aglutinados, precisar el contenido de tal actividad, cuando debiera ser, de acuerdo con la teoría que nutre nuestro sistema constitucional, el Organismo Legislativo quien determine y fije tales facultades de policía y de buen gobierno. El origen histórico del artículo 21 constitucional, fundamento aparente de los reglamentos autónomos gubernativos y de policía, en nada justifica que el Ejecutivo pueda expedirlos; igualmente, su interpretación lógica y jurídica nos conllevan a conclusiones totalmente opuestas a las que la práctica ha venido aplicando. Precisamente estas, breves reflexiones, no por ello menos contundentes, van encaminadas a demostrar tal aseveración.

II. Antecedentes del artículo 21 constitucional

Los antecedentes del artículo 21 constitucional muestran una tendencia a conservar el principio de reserva de la ley, es decir, como materia exclusiva del Congreso de la Unión. De su interpretación histórica se colige que el Presidente de la República no puede expedir reglamentos gubernativos y de policía, reglamentando directamente el texto constitucional,

sin ley de por medio emanada por el Congreso de la Unión. Ya veremos más adelante que la razón de ser del artículo 21 constitucional obedeció a evitar abusos de la autoridad administrativa al imponer sanciones privativas de libertad sin una reglamentación adecuada que indicara la naturaleza de las sanciones que puede imponer especialmente el máximo de tiempo que una persona puede estar privada de la libertad (arresto administrativo) por violación a los reglamentos gubernativos o de policía; y por lo que hace a la imposición de penas derivadas por la comisión de delitos, quedó reservada a la autoridad judicial imponerlas. En el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, que careció de vigencia efectiva, sancionado en Apatzingan el 22 de octubre de 1814, el artículo 118 estableció, dentro de las facultades del Congreso, "*aprobar los reglamentos que conduzcan a la sanidad de los ciudadanos a su comodidad y demás objetos de policía*". En ese mismo decreto, en el artículo 165 y dentro del capítulo de las funciones que corresponden a la autoridad del Supremo Gobierno (Organismo Ejecutivo), se encuentra la de hacer observar los reglamentos de policía. En esta materia el Congreso de la Unión se reservó la facultad de expedir los reglamentos de policía, por un acto formal y materialmente legislativo. En la constitución que expidieron las Cortes de Cádiz, jurada en España el 19 de marzo de 1812 y en la Nueva España el 30 de septiembre del mismo año, que tuvo una precaria y efímera vigencia, aunque fue restablecida su vigencia en el año de 1820 por corto tiempo, estableció en su artículo 131 fracción Vigésimatercia la facultad de las Cortes (Organismo Legislativo), de "*aprobar los reglamentos generales para la policía y sanidad del reino*" y al Rey le correspondía la facultad reglamentaria para la ejecución de las leyes expedidas por las Cortes.

En el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 31 de enero de 1824 vuelve a reiterarse, principalmente en los artículos 13 y 16, el principio de reserva de la Ley al Congreso de la Unión. En cuanto al Poder Ejecutivo lo supedita en su función de ejecución de las leyes a lo que las propias leyes indican. La Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, vigente hasta 1835, fija con mayor nitidez y fuerza orgánica la división de las funciones de cada uno de los Organos Estatales, conservando incólume y absoluto el principio de que al Congreso de la Unión compete todo lo referente a la formación de leyes, y al Ejecutivo su ejecución. No se encuentra en dicha Constitución disposición alguna que diera el menor indicio en el sentido de dar facultades al Ejecutivo para expedir reglamentos autónomos, sea cual fuere su naturaleza. La misma suerte que las anteriores, tuvieron las Bases Constitucionales expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835 en lo que se refiere al objeto materia de nuestro estudio.

En el Proyecto de Reforma a la Constitución centralista del año de 1839, por primera vez, en el artículo 94 fracción Décimaprimer, apa-

rece el antecedente más remoto del artículo 21 constitucional al establecer, como atribuciones del Presidente de la República, el de "imponer multas en los casos y hasta la cantidad que determinen las leyes"; disposición que con casi la misma redacción se repite en los proyectos de nueva constitución de 26 de agosto de 1842 y del 3 de noviembre de ese mismo año.

Fue en el proyecto del voto particular y disidente de la minoría de la Comisión Redactora de la nueva constitución, en el año de 1842, cuando por primera vez se eleva a la categoría de derecho individual la disposición que actualmente constituye nuestro artículo 21 constitucional. En el artículo XX, dentro del rubro de *Seguridad* de dicho proyecto, se estableció que "la aplicación de las penas es propia de la autoridad judicial, y la política sólo podrá imponer en el castigo de las faltas de su resorte, las pecuniarias y de reclusión para que expresamente la faculte la ley, y en los casos y modo que ella determinen".

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana del 15 de junio de 1843, cuya constitución estuvo vigente, se apartó de los proyectos que le precedieron, y regresó al sistema original por lo que se refiere únicamente a su ubicación dentro del texto constitucional, consistente en facultar al Presidente de la República de "imponer multas que no pasen de quinientos pesos a los que desobedecieran sus órdenes, ó le faltaren al respeto debido, arreglándose a lo que dispongan las leyes" (artículo 87, fracción XI).

En el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856, de efímera vigencia, se estableció en su artículo 58, como garantía individual, que "A nadie pueda imponerse una pena si no es por la autoridad judicial competente, en virtud de ley anterior al acto prohibido, y previas las formalidades establecidas por las mismas para todos los procesos; quedando prohibido todo juicio por comisión especial y toda ley retroactiva. La autoridad política sólo podrá castigar las faltas de su resorte con la suspensión de empleo, penas pecuniarias y demás correccionales para que sea facultada expresamente por la ley."

En el proyecto de constitución inmediata anterior a la de 1857, en su artículo 30, que corresponde al antecedente del que fue posteriormente el artículo 21 de dicha constitución, se estableció como garantía individual que "la aplicación de las penas es exclusiva de la autoridad judicial, y que la política o administrativa sólo podrá imponer como corrección desde diez pesos hasta quinientos pesos de multa o desde 8 días hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley."

La constitución de 1857, en su artículo 21, incorpora íntegramente, en lo conducente, el artículo 30 del Proyecto de Constitución antes mencionado suprimiendo únicamente el mínimo de la multa (diez pesos) y

el mínimo de arresto (ocho días). En la Constitución que actualmente nos rige, que corresponde al mismo numeral de la constitución de 1857, la disposición es discutida principalmente en cuanto a la intervención de la policía judicial en la persecución de los delitos y la encomienda, institucionalizada, de que la persecución de los delitos fuera sólo del Ministerio Público sin que la autoridad judicial tuviere facultades inquisitoriales, salvando así su función juzgadora. En cuanto al tipo de sanciones que la autoridad administrativa pudiera imponer no fue discutido a fondo, sólo que al presentarse el artículo para su aprobación, después de varios rechazos, fue aprobado adicionándole una palabra que nunca fue discutida: "Gubernativos" después de policía. El principio que prevaleció en los constituyentes en cuanto a tal disposición constitucional, fue tratar de dejar lo más claro y preciso posibles que la imposición de penas derivadas de comisión de delitos es propia y exclusiva de la autoridad judicial, y que la autoridad administrativa está facultada para imponer multas o arrestos por infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, pero en ningún momento pasó por la mente de los constituyentes que tales reglamentos fueren expedidos por el Órgano Ejecutivo, sin ley previa del Congreso de la Unión. La disposición actual difiere de la de 1857, en lo siguiente:

a) La supresión de un máximo de multa que puede imponer la autoridad administrativa, por violación a los reglamentos gubernativos y de policía; b) la limitación de un arresto hasta 36 horas o, en su defecto, en caso de imponerse una multa y no pagarse, privación de la libertad hasta 15 días, lo cual en la de 57 se estableció hasta un mes; y lo más importante, lo cual creemos se debió a un descuido inexplicable del Congreso Constituyente, c) La eliminación de que tales sanciones se hagan con arreglo a la ley.

Resulta fácil colegir de los antecedentes históricos del artículo 21 constitucional, que en ningún momento, ni por asomo, le fue concedido al Órgano Ejecutivo la facultad de expedir reglamentos de policía y gubernativos sin ley formal del Congreso de la Unión. Naturalmente que por una necesidad propia del ejercicio de la función administrativa y como un medio de aplicación de la ley, y sin perjuicio desde luego de que los reglamentos tengan su fundamento en la ley en cuanto a su materia y objeto, pueden tales reglamentos establecer sanciones pecuniarias o arresto, conforme a los límites señalados en el artículo 21 constitucional, por transgresión a toda clase de reglamentos, incluyendo los llamados gubernativos y de policía, salvo que la propia ley establezca sanciones de esa naturaleza (multa o arresto administrativo), en cuyo caso el reglamento no puede excederla, limitarla o derogarla, pudiendo en el mejor de los casos repetirla. De ahí, que históricamente no

cabe la menor duda que el Organó Ejecutivo carece de facultades para expedir reglamentos autónomos en materias tan importantes y trascendentales como son los de policía y gubernativos: por lo gubernativo y de policía prácticamente abarca todas las materias que en alguna forma constituyen el fin de las leyes, que son salvaguardar la seguridad, orden, tranquilidad, salubridad y bienestar públicos. Estos reglamentos, gubernativos y de policía, constituyen el medio que tiene a su alcance el Ejecutivo para aplicar y hacer cumplir la ley; y las sanciones por transgresión a tales reglamentos, y por ende a la ley, son el medio coercitivo por tal transgresión y a la vez intimidatorio para que los gobernados nos abstengamos de violarlos. Por ello, no es dable aceptar, sin menoscabo de la estructura de nuestro sistema constitucional, que el Ejecutivo regule sin cortapisas ni limitaciones sobre materias tan amplias respecto de las cuales no lo ha hecho el propio Organó Legislativo.

La expedición de esta clase de reglamentos gubernativos y de policía, cuyo antecedente lo constituyen los llamados bandos de policía, dió lugar desde los principios de la segunda mitad del siglo pasado hasta 1928 (fecha en que se suprimió el régimen municipal en el Distrito Federal) a que los gobernadores del Distrito Federal expedieran bandos de policía regulando diversas materias sin respetar siquiera que fuera el titular del Organó Ejecutivo Federal quien los expidiera. Existen múltiples ejemplos de bandos de policía sobre diversas materias,⁹ cuya constitucionalidad al parecer no fue ampliamente discutida, y sí en cambio aceptada y tolerada a pesar de que tales bandos, y actualmente los reglamentos de policía y gubernativos, constituyen serias restricciones y limitaciones a la libertad individual. Téngase presente que el Ejecutivo, por la ambigüedad de los términos *gubernativos* y *de policía*, ha extendido su facultad regulando materias que verdaderamente se nos antojan excesivas, so pretexto de salvaguardar y mantener el orden, seguridad, tranquilidad y salubridad públicas. No negamos, si no por el contrario apoyamos, que la regulación de la actividad de los particulares como medio y medida de salvaguardar tales valores sociales, deban ser objeto de regulación; pero en todo caso, tales materias deben expresarse a través de la representación nacional (Organó Legislativo) que es el conducto idóneo y propio en nuestro actual sistema constitucional por el cual se debe estructurar el conjunto de normas jurídicas que fijan las bases y lineamientos, en tales materias, dejando a los reglamentos detallarlos y desarrollarlos.

III. Naturaleza del reglamento y su función como medio de ejecución y aplicación de la ley

Históricamente ha quedado demostrado que en las constituciones que precedieron a la que está actualmente en vigor, el reglamento ha sido

una facultad concedida al titular del Organó Ejecutivo como un instrumento necesario para desarrollar los preceptos de una ley a fin de facilitar a los destinatarios de la misma su cumplimiento y, además para instrumentar la mecánica de la Administración Pública para su aplicación. Ya decíamos, en el capítulo de Consideraciones Generales, que el reglamento por razón de su naturaleza jurídica es un acto unilateral que es dictado en ejercicio de la función administrativa que crea situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales. En efecto es un acto unilateral, en oposición a bilateral, porque no requiere el concurso de otra voluntad para la creación y validez del acto, ya que es una sola parte, en este caso el titular del Organó Ejecutivo, quien expresa su voluntad, la que no debe ser arbitraria ni caprichosa, so pena de su nulidad. Debe expresarse dentro del marco de las limitaciones de la ley que reglamenta, para su cumplimiento, aplicación y, en su caso, ejecución forzosa. No obstante que la regla general es que el reglamento sea un acto unilateral, con motivo de la reciente reforma constitucional al artículo 73 fracción VI 2a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁰ es posible que la ley reglamentaria de dicha disposición, que todavía no ha sido expedida, señale los casos en que el referéndum será necesario para la validez o, en su caso, eficacia jurídica de las leyes y reglamentos referentes al Distrito Federal. Asumiendo que los llamados reglamentos gubernativos y de policía fueran materia de ese referéndum popular, resultaría que tales reglamentos, por lo que se refiere a su formación, ya no serían más un acto unilateral sino bilateral.

Otra característica del reglamento es que es dictado en ejercicio de la función administrativa porque esta comprende sólo la actividad realizada por los Organos Administrativos, quedando excluidos los Organos Legislativo y Judicial. El reglamento, al igual que la ley, y aquí se identifican desde el punto de vista material, es decir, por su naturaleza intrínseca, crea situaciones jurídicas, generales y abstractas e impersonales; al contrario de lo que sucede con el acto administrativo propiamente dicho que produce efectos jurídicos individuales, particulares, en un caso concreto. Si bien por su naturaleza intrínseca tanto la ley como el reglamento gozan de las mismas características, lo cierto es que desde el punto de vista jerárquico o cualitativo, dentro del ordenamiento jurídico general, el reglamento siempre está colocado por debajo de la ley, esto es, que la pirámide jurídica está estructurada de la siguiente manera: constitución, ley y reglamento. Por ello, no es aceptable la teoría de los reglamentos autónomos o independientes porque en todos los casos sin excepción, incluyendo desde luego a los que se refiere el artículo 21 constitucional, el reglamento está colocado por debajo de una ley ordinaria, y por razón del principio de división de poderes (dícese correctamente división de funciones entre los Organos Estatales) que está establecido en nuestra Constitución, el Ejecutivo rea-

liza su función propia, la administrativa principalmente, bajo un orden jurídico que es creado por el Organismo Legislativo, acorde y conforme a los preceptos constitucionales. Para que tuviera el titular del Organismo Ejecutivo facultades de expedir reglamentos autónomos tendría que existir una facultad expresa en la Constitución, como una excepción al principio general que informa la división de las funciones de los Organismos del Estado previstos en la Constitución. En efecto, el doctor Felipe Tena Ramírez¹¹ al hablar sobre la facultad reglamentaria del Ejecutivo señala que "Por ser materialmente legislativa, la facultad reglamentaria constituye una excepción al principio de separación de poderes. Subordinado y todo a la voluntad del legislador contenida en la ley, el reglamento no obstante es prolongación de la misma ley y participa de la naturaleza de esta."

A pesar de que por su naturaleza el reglamento es igual que la ley, el propio autor, con la elegancia que lo caracteriza, agrega que "Dos características separan a la ley del reglamento en sentido estricto; este último sólo puede emanar del Presidente, que es a quien incumbe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley." Siguiendo con el mismo autor, en su obra *Derecho Constitucional Mexicano*, y al tratar específicamente lo relativo a los reglamentos no hace alusión a los autónomos y parece ser, por no haber encontrado nada en sentido contrario, que dicho autor no acepta los reglamentos autónomos. Coincide con este punto de vista el Dr. Andrés Serra Rojas¹² quien al hablar sobre los reglamentos autónomos y refiriéndose concretamente a los gubernativos y de policía mencionados en el artículo 21 constitucional, señala que "Este precepto constitucional no faculta a la autoridad administrativa para la expedición de los reglamentos gubernativos y de policía, sin sujeción a una ley. No hay ningún elemento que nos haga suponer que el propósito de ese mandato constitucional, sea el de eliminar la expedición de las leyes gubernativas y de policía. La palabra gubernativa está dada como sinónima de administrativa y la de policía se refiere a las infracciones ciudadanas o municipales. No debe desarticularse el sistema constitucional que establece nuestro principio de legalidad, es decir, la total subordinación a la ley. No debe eliminarse la ley de una materia tan importante como es la que se refiere a la libertad humana. Por sencilla que sea la penalidad esta debe fundarse en la ley, dejando a los reglamentos administrativos gubernativos y de policía, el fijar los detalles de su aplicación e incluso los derechos de los detenidos, en una materia tan arbitrariamente llevada, en la que no opera ninguna defensa jurídica, en un no muy justificado argumento de esa escasa importancia. Precisamente por la falta de una ley ordinaria el régimen de policía y gobierno mencionados, ha conducido a tantas y tan frecuentes arbitrariedades."

La doctrina no es quieta y pacífica en cuanto al tema que nos ocupa; sin embargo, fuera de los dos autores antes señalados, la mayoría absoluta de los constitucionalistas y administrativistas aceptan la existencia de los reglamentos autónomos gubernativos y de policía, pretendiendo encontrar su fundamento en el artículo 21 constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a nuestro juicio, ha incurrido en el mismo error de considerar constitucionales los reglamentos autónomos, gubernativos y de policía, y si bien nuestro máximo tribunal es el único autorizado para interpretar las disposiciones constitucionales con fuerza y vinculación jurídicas, cuya autoridad obvio es decirlo no se desconoce, la verdad creemos que desde el punto de vista estrictamente jurídico y dado los antecedentes históricos del precepto constitucional en cuestión, no justifica la existencia de los reglamentos gubernativos y de policía, sin una ley previamente expedida por el Congreso de la Unión. No es suficiente, como lo admite indebidamente el Doctor Andrés Serra Rojas,¹³ que la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal faculte al Departamento para regular determinadas materias, principalmente de los llamados gubernativos y de policía, sino que además, la ley debe desarrollar el objeto contenido y alcance de la materia regulada; de lo contrario, el solo enunciado general, por ejemplo decir reglamentar los espectáculos públicos¹⁴ constituye en estricto sentido una delegación de facultades legislativas prohibida en nuestra constitución, salvo los dos casos de excepción que en la misma se señalan (arts. 29 y 131). Aceptar que el enunciado general en la ley satisface el principio de legalidad, es admitir la existencia de reglamentos de integración completos o autónomos, rompiendo de esta manera la función propia de una ley y su naturaleza. El artículo 21 constitucional al referirse a los reglamentos gubernativos y de policía y conceder, en consecuencia, facultades a la autoridad administrativa de imponer multas o arrestos hasta 36 horas, o bien, permutar la multa no pagada por pena privativa de la libertad hasta 15 días, sólo quizo con ello dejar perfectamente establecido la naturaleza de las sanciones que pueden fijarse en los reglamentos de esa naturaleza, como medio para hacer cumplir el propio reglamento y la ley que le sirve de fundamento y justificación. La disposición no autoriza para que el Ejecutivo esté investido de facultades para expedir reglamentos autónomos, que prácticamente equivaldría a tener facultades legislativas en esas materias; sólo puede en los reglamentos y con apoyo en una ley, fijar sanciones (multas o arresto) por faltas a dichos reglamentos. No puede, y ese es el sentido histórico, lógico y jurídico de dicha disposición constitucional combatida acertadamente por los constituyentes para evitar continuar con la práctica que en su tiempo llegó a constituir un escándalo, privar de la libertad por faltas administrativas como si fueran o si se trataran de delitos. En una palabra, el constituyente quizo enérgicamente deslindar el ámbito com-

potencial en cuanto a los delitos, reservando su calificación (tipicidad) a la autoridad judicial, y a la administrativa señalándole la clase y máximo de sanciones que puede imponer por transgresiones a los reglamentos, que desarrollan la ley.

NOTAS AL ESTUDIO

¹ Nuestra Constitución, influenciada al igual que muchas otras, estructura su organización fundamental de acuerdo con la doctrina de Montesquieu, es decir, que el poder contenga al poder, lo que se lograría según tal doctrina dividiendo las funciones del Poder Estatal, entre diferentes órganos. La distribución de las funciones, es algo que ha sido solucionado de diferentes formas en cada país. En nuestra Constitución, las funciones se dividen en legislativa, jurisdiccional y administrativa ejerciéndolos los órganos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, respectivamente. Así pues la principal característica de la Función Legislativa es establecer por vía general y obligatoria las normas a que ha de ajustarse la conducta de los miembros de la comunidad, en cuanto a la judicial su nota distintiva estriba en la aplicación de la ley a un caso concreto, resolviendo una controversia o disputa de los miembros de la comunidad entre sí, o bien, de alguno o algunos de los miembros de la comunidad con el Estado para el mantenimiento o restablecimiento del Orden Jurídico quebrantado. Por lo que hace a la función administrativa, referida por algunos tratadistas como función ejecutiva y aceptando de antemano la extrema dificultad para su total y completa caracterización, puede ser conceptualizada para los fines de este trabajo como aquella que tiene por objeto fundamental crear situaciones jurídicas concretas e individuales al ejecutar la ley, al igual que la satisfacción, mediante actos materiales primordialmente, de las necesidades colectivas y de los intereses públicos. La Constitución no sigue escrupulosamente la división de las funciones estatales que la doctrina le ha atribuido, resultando de ahí que si bien normalmente el Órgano Legislativo realiza la función legislativa (correlación de los criterios orgánico y material) sucede que, por vía de excepción, realiza otras funciones que por su naturaleza intrínseca debieran corresponder a cualesquiera de los otros órganos estatales; lo mismo acontece con los órganos judicial y ejecutivo. Concretándonos al Órgano Ejecutivo, éste realiza por medio de la facultad reglamentaria una función que desde el punto de vista material o por su naturaleza, corresponde a la función legislativa como es la de crear situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales, cuyo ejercicio no tiene por finalidad el establecimiento de un nuevo orden jurídico, sino un medio para la aplicación de la ley.

² Que llamaríamos mas bien con propiedad la división de las funciones estatales entre diversos órganos, ya que el poder estatal es único e indivisible, y sólo su ejercicio es el que se distribuye y diversifica.

³ Introducción al Derecho Administrativo, segunda edición, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 36 y ss.

⁴ Lamentamos profundamente que aún se conserve el principio de individualidad en el juicio de amparo tratándose de casos en que una ley haya sido declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como inconstitucional so pretexto, injustificado, del mal llamado equilibrio-igualdad de los Organos Estatales. Sus nefastos resultados han desembocado en injusticias y actos arbitrarios. Nos preguntamos, ¿en qué lesiona el equilibrio de los Organos Estatales que la declaración de la inconstitucionalidad de una ley, tuviera efectos generales y extienda sus beneficios el amparo y protección de la Justicia Federal a todos los individuos que estuvieran bajo el supuesto de la disposición legal declarada inconstitucional?

⁵ Ob. cit., pp. 37 y 38.

⁶ Aunque no encontramos jurisprudencia en que expresamente se haya discutido la constitucionalidad de los llamados reglamentos autónomos; en cambio hallamos algunas resoluciones en que implícitamente se admite su constitucionalidad.

⁷ Estacionamiento de vehículos, reglamentos gubernativos en el Distrito Federal y acuerdos sobre:

De conformidad con los principios en que se inspira el artículo 115 de la Carta Federal, los municipios gozan de una amplia autonomía política y administrativa, y están facultados para expedir reglamentos gubernativos y de policía, y en general, para emitir toda clase de disposiciones que, no contrariando en nada el contenido del propio Código Supremo versen sobre problemas de carácter meramente urbano y sean sin duda alguna, de índole local, como innegablemente lo son los acuerdos relativos a la prestación del servicio público de estacionamiento y guarda de vehículos, dentro de los límites de la jurisdicción municipal. Ahora bien, desde que entraron en vigor las respectivas reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 1928, por virtud de ellas quedaron extinguidos los Ayuntamientos que existían en el Distrito Federal (los cuales tenían las mismas funciones que continúan desempeñando en los Estados las autoridades municipales, y gozaban de idénticas facultades), y el Gobernador de aquella entidad, actualmente denominado Jefe del Departamento del Distrito Federal, asumió, además de los poderes que le corresponden, con arreglo al artículo 73, fracción VI, base 1a. de la Constitución de la República, como órgano por cuyo conducto ejerce el Ejecutivo de la Unión el gobierno del Distrito, todas las atribuciones de que disfrutaban hasta 1928, los Ayuntamientos del propio Distrito, incluyendo, según el tratadista Gabino Fraga, la facultad de expedir *reglamentos autónomos* de carácter municipal. Por tanto, los acuerdos del Jefe del Departamento del Distrito Federal que establecen las bases para la prestación del servicio público de estacionamiento de vehículos, determinan los requisitos que deben cumplir los locales, fijan los horarios y tarifas, etc., entrañan ordenamientos de policía y buen gobierno, los cuales no tienen necesidad alguna de encontrar apoyo en la facultad reglamentaria que prevé el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal (ya que es diversa, de la normada en este precepto, la materia relativa a los reglamentos sobre policía y buen gobierno), sino que se fundan en las atribuciones inherentes a la autoridad municipal.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tesis ejecutorias 1917-1975.

Jurisprudencia del 2o. Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito. Séptima Epoca, Sexta Parte:

Vol. 69, pág. 30. AD-38/74.—Esther Arriaga Montero.—Unanimidad de votos.
Vol. 69, pág. 30. AD-88/74.—Estacionamientos Don Carlos, S. A.—Unanimidad de votos.

Vol. 69, pág. 30. AD-158/74.—Pensiones y Estacionamientos, S. A.—Unanimidad de votos.

Vol. 69, pág. 30. AD-248/74.—Estacionamientos Don Carlos, S. A.—Unanimidad de votos.

Vol. 69, pág. 30. AD-432/74.—Pensiones y Estacionamientos, S. A.—Unanimidad de votos.

⁸ Peluquerías, restaurantes, tintorerías, carnicerías, conductores de vehículos, panaderías, empresas de espectáculos públicos, etcétera.

⁸ Bando sobre perros de 17 de mayo de 1856; bando sobre vinaterías de 30 de mayo de 1856; Bando del gobierno sobre moneda lisa y extranjera de 20 de febrero de 1857; Bando del gobierno del Distrito sobre portación de armas, etcétera.

⁹ Por reforma publicada el 6 de diciembre de 1977 en el Diario Oficial de la Federación, y con el propósito de dar participación colectiva directa a los habitantes del Distrito Federal, queriendo de esa manera subsanar y corregir la falta de representación totalizadora en el Órgano Legislativo de los habitantes del Distrito Federal, fue incorporado a nuestro texto constitucional una disposición que señala que "Los Ordenamientos Legales y los Reglamentos que en la ley de la materia se determinen serán sometidos al referéndum y podrán ser objeto de iniciativa popular, conforme al procedimiento que la misma señale." No es de la incumbencia de este trabajo analizar la naturaleza jurídica del referéndum, como instrumento colectivo directo para expresar el pueblo del Estado su voluntad constituyendo así una excepción a la representatividad consagrada en nuestro sistema constitucional, sino sólo destacar que en cuanto la ley reglamentaria sea expedida estaremos en presencia, en los casos que ella misma señale, de un acto bilateral en la formación o, en su caso, eficacia de leyes y reglamento atinentes al Distrito Federal.

¹⁰ Derecho Constitucional Mexicano, 1976, p. 496.

¹¹ Derecho Administrativo, 1974, tomo I, pp. 226 y 227.

¹² "Debemos indicar que los reglamentos de la Secretaría de Salubridad y Asistencia Pública, se apoyan en el Código Sanitario; y los reglamentos interiores de las dependencias gubernamentales en la ley de Secretarías y Departamentos de Estado; y los reglamentos del Departamento del Distrito Federal en la respectiva ley orgánica de este Departamento" (el subrayado es nuestro). ob. cit., p. 228.

¹³ Artículo 36, fracción LXIII de la ley orgánica del Departamento del Distrito Federal.

BIBLIOGRAFIA

- CASTRO V., JUVENTINO. *Lecciones de garantías y amparo*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1974.
- DE LA TORRE, JUAN. *Guía para el estudio del derecho constitucional mexicano*, Tip. de J. B. Villada, Callejón de Santa Clara, 1886.
- DIEZ M., MANUEL. *Derecho administrativo*, Segunda Edición, Tomo I, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1974.
- DUBLAN, MANUEL y LOZANO JOSÉ MARÍA. *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas*, Tomo VIII, México, 1877.
- FRAGA, GABINO. *Derecho administrativo*, Décimasexta Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1975.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de derecho administrativo*, Volumen I, Sexta Edición, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1973.
- GORDILLO A., AGUSTÍN. *Introducción al derecho administrativo*, Segunda Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- LANZ DURET, MIGUEL. *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, Segunda Edición, México, 1933.
- MONTIEL Y DUARTE, ISIDORO ANTONIO. *Derecho público mexicano*, Tomos

- I, II, III y IV, Imprenta del Gobierno en Palacio, México, 1871.
- RUIZ, EDUARDO. *Derecho constitucional*, Tomos I y II, Impreso por la Secretaría de Fomento, México, 1888.
- SERRA ROJAS, ANDRÉS. *Derecho administrativo*, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1974.
- TENA RAMÍREZ, FELIPE. *Derecho constitucional mexicano*, Décimacuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1976.
- . *Leyes fundamentales de México (1808-1973)*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1973.
- ZARCO, FRANCISCO. *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, Imprenta Y. Escalante, S. A., Primera Edición, México, 1916.
- Diario de debates del Congreso Constituyente*, Tomos I y II, Imprenta de la Cámara de Debates, México, 1922.

EL PROCEDIMIENTO *EX INTERDICTO* EN EL
DERECHO ROMANO CLASICO

LIC. JORGE ADAME GODDARD
*Profesor de Historia del Derecho
en la Escuela Libre de Derecho.*

SUMARIO. 1.—El procedimiento *ex interdicto* en la romanística contemporánea. 2.—La doctrina común respecto del proceso *ex interdicto*. 3.—Problemas a resolver. 4.—Una hipótesis acerca del procedimiento *ex interdicto*.

1.—En los últimos 75 años poco se ha escrito acerca del procedimiento concerniente a los interdictos del Derecho romano. Únicamente se han publicado dos trabajos monográficos sobre el tema: el de Arnaldo Biscardi, *La protezione interdittalen el processo romano*, (Padova, 1938) y el de Giuseppe Gandolfi, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, (Milano, 1955).¹ Ambos trabajos se ocupan preferentemente del proceso necesario para dictar un interdicto ("proceso interdicial") y poco se refieren al proceso que tiene lugar cuando el interdicto ya fue dictado pero aún no se ha cumplido o ya se ha violado la orden que contiene ("proceso *ex interdicto*"). Las conclusiones a que llegan los dos autores citados respecto de la naturaleza del interdicto y del proceso interdicial explican esa orientación.

Biscardi afirma que el interdicto, como acto fundado en el *imperium* del magistrado, era en época clásica una orden vinculante (obligatoria para el destinatario) e hipotética, es decir que su eficacia dependía de que existieran los supuestos de hecho a los cuales se refería.² El autor se interesa en destacar el carácter obligatorio que a su juicio tenía el interdicto, en contra de la tesis, sostenida por gran parte de la doctrina romanística del siglo XIX (y principalmente recogida por Lenel³), de que el interdicto era un mero acto formal (*eine bloss e Form*) que servía para iniciar un juicio formulario.⁴ Esta perspectiva indujo a Biscardi a profundizar en el tema del proceso interdicial, es decir, en la serie de actos necesarios para que el pretor dirimiese una controversia mediante una orden fundada en su *imperium*.

El proceso interdicial, concluye el mismo autor, en época clásica un procedimiento administrativo, puesto que terminaba con un *decretum*, es decir con una decisión fundada en el *imperium* del pretor, y no con una declaración acerca de la norma que debía seguir el juez que exa-

minare la controversia y dictare sententia, declaración que era la expresión propia de la *iurisdictio*.⁵

Una vez dictado un interdicto, dice Biscardi, el destinatario podía observar tres tipos de conducta: a) obedecer el interdicto; b) contravenirlo y c) oponerse judicialmente a él (posibilidad limitada a los casos de interdictos restitutorios o conforme con el propósito que animó su investigación, Biscardi declara, en el trabajo que aquí examinamos, que sólo se ocupa del caso de cumplimiento al mandato del pretor y reenvía a otros estudiosos la tarea de investigar acerca de la segunda y tercera situación, es decir de cómo se sobreponía al interdicto un proceso ordinario por fórmula.⁶

Por su parte, Gandolfi, aceptando la tesis de Biscardi del interdicto como orden vinculante, radicaliza esta postura al afirmar que el interdicto contenía una orden vinculante y además concreta (es decir, no hipotética) que obligaba inmediatamente al destinatario.⁷ Este autor considera que el pretor realizaba, antes de dictar el interdicto, una *causae cognitio* amplia, que comprendía la recepción de pruebas sobre los hechos, gracias a la cual el magistrado estaba en situación de solucionar definitivamente, mediante un interdicto, la controversia que se le planteaba.⁸

Para desarrollar su tesis acerca del carácter del interdicto en época clásica, Gandolfi estudia las relaciones que había entre el interdicto mismo y el eventual juicio sucesivo. El tema le parece de máxima importancia, por lo cual lamenta que Biscardi no lo haya tratado. El destinatario de un interdicto, afirma Gandolfi congruentemente con su tesis inicial, estaba obligado a obedecerlo y no podía oponerse al mandato imperativo del pretor afirmando que el interdicto fue indebidamente pronunciado. La situación del destinatario variaba según el tipo de interdicto que le obligaba. Si el pretor había pronunciado un interdicto sin excepciones especiales ("incondicionado", lo llama Gandolfi), el destinatario debía cumplirlo sin dilación y podía ser compelido a ello incluso por la fuerza militar; cuando se tratara de un interdicto "incondicionado", pero prohibitorio, si el destinatario lo violaba, podía ser coaccionado a obedecer mediante un nuevo interdicto restitutorio ejecutable por la fuerza militar; y si se tratara de un interdicto condicionado por excepciones, la obligatoriedad del mismo quedaba suspendida hasta que un juez hubiera despejado las referidas excepciones.⁹

El proceso *ex interdicto*, según afirma este autor, era un procedimiento de "integración y ejecución", que tenía lugar en caso de interdictos condicionados, para que un árbitro (en el juicio *per formulam arbitriariam*) examinara las excepciones contenidas en el interdicto, cuidara de la ejecución de la orden y absolviera al demandado en caso de exacta obediencia. El proceso podía iniciarse (*per formulam* o *per sponsionem*) aun cuando el demandante intentara, por otro lado, la ejecución por la fuerza militar, en cuyo caso el juicio funcionaría como un medio para dar al demandante

una indemnización pecuniaria por los daños que le hubiera causado el demandado con su desobediencia.¹⁰ El proceso *ex interdicto* tenía, según el autor citado, una función secundaria: era un mero "apéndice" del proceso interdictal.¹¹ Gandolfi, consecuente con este punto de vista, no ahonda en el tema del proceso que podía seguir a un interdicto.

2.—Las obras generales de procedimiento o instituciones de Derecho romano tratan el tema del procedimiento *ex interdicto* en pocas páginas, las cuales reproducen, en lo sustancial, las afirmaciones que hace Gayo en *Inst.* 4, 141 y 161-170.¹² Es decir:

Hubo en época clásica un procedimiento *ex interdicto per sponsionem*, por el cual el destinatario que había contravenido un interdicto era condenado a pagar, a título de pena, una suma de dinero al demandante. Para aceptar el juicio, el demandado prometía pagar al demandante una cantidad si resultaba probado en el juicio que había violado, el interdicto; el demandante, a su vez, prometía pagar una cantidad igual al demandado si en el juicio se comprobaba que el actor reclamaba sin razón. Cuando el interdicto contenía una orden de restituir o exhibir, el demandante iniciaba, juntamente con el juicio de las *sponsiones*, otro juicio de restitución o exhibición con cláusula arbitraria, llamado *iudicium secutorium*.¹³

El proceso se complicaba cuando se refería a interdictos "dobles", en los que ambas partes se presentaban simultáneamente con los papeles de demandante y demandado. Gayo se refiere en sus *Institutiones* únicamente al procedimiento que seguía al interdicto *uti possidetis*, seguramente el más usado de los interdictos dobles. El proceso que seguía a este interdicto doble comenzaba con un acto (*fructus licitatio*) para adjudicar interinamente la posesión de la cosa litigiosa a la parte que ofreciera mejores garantías (*stipulatio fructuria*) de devolverla en caso de perder el juicio. Luego, cada una de las partes hacía una *sponsio* y una *restipulatio* a su contra parte, de contenido similar al indicado arriba, de manera que la parte sucumbiente era doblemente condenada, a pagar la suma de la *sponsio* y la de la *restipulatio*. Cuando el vencedor en el juicio de las *sponsiones* había conseguido la posesión interina en la *fructus licitatio*, el proceso terminaba con la sentencia de este juicio. Si por el contrario, la parte vencida tenía la posesión de la cosa, se le obligaba a restituir la cosa (junto con los frutos que hubiera producido en el ínterin) a su adversario, mediante el juicio con cláusula arbitraria llamado *Cascellianum sive secutorium* y además a pagar la cantidad que prometió en la *stipulatio fructuaria* en concepto de pena por haber retenido injustamente la posesión y percibido los frutos. En este último supuesto, el demandante podía, en vez de exigir el pago de la *stipulatio fructuaria*, proceder por otro juicio (el *iudicium fructuarium*, quizá con

fórmula arbitraria) para conseguir, probablemente, una suma de dinero mayor que la establecida en la *stipulatio fructuaria*.¹⁴ Este complicado procedimiento que seguía a los interdictos dobles podía entorpecerse si alguna de las partes no hiciera uno de los actos requeridos, por ejemplo que no hiciera la *sponsio* o la *restipulatio*, que no participara en la *fructus licitatio* o no hiciera la *stipulatio fructuaria*. Para evitar dilaciones por este motivo, el pretor dispuso los "interdictos secundarios", por los cuales se obligaba a la parte rebelde a restituir la posesión, si es que poseía, o, si no poseía, se le prohibía interferir en la posesión del otro.¹⁵

En época clásica coexistió con el procedimiento *per sponsionem* un procedimiento *ex interdicto* simplificado, llamado procedimiento *per formulam arbitrariam*. Este tenía lugar en caso de interdictos restitutorios o exhibitorios y siempre que el demandado, en el momento que el pretor dictaba el interdicto, pidiera un árbitro. En el juicio, el árbitro examinaba el alcance de la orden interdictal y resolvía o bien condenar al demandado a pagar una suma de dinero, a no ser que restituyera o exhibiera, o bien absolverlo sin más. Este procedimiento liberaba al demandado del riesgo de pagar una suma de dinero a título de pena por haber desobedecido el interdicto y daba al demandante la posibilidad de obtener una decisión más rápida.¹⁶

3.—Aceptando que el interdicto romano en época clásica era, como sostiene Biscardi y la mayor parte de la doctrina,¹⁷ una orden hipotética, es decir, un mandato condicionado por la existencia de determinados presupuestos fácticos, se advierte la necesidad de profundizar en el estudio de los distintos juicios *ex interdicto*, ya que en éstos, el juez investigando si existían los presupuestos fácticos condicionantes, determinaba el alcance de la orden del magistrado. Así pues, el estudio del proceso *ex interdicto* servirá, desde el punto de vista doctrinal, para perfeccionar nuestros conocimientos acerca de la naturaleza de los interdictos romanos en época clásica y del carácter y eficacia de la protección que ellos conferían.¹⁸

Las conclusiones de Gandolfi que minimizan el papel del procedimiento *ex interdicto*¹⁹ me parecen poco fundadas en los textos y aún contradictorias entre sí. El autor no ofrece textos que atestigüen la ejecución de los interdictos por la fuerza militar en época clásica, y es muy extraño que un hecho de tanta importancia no tenga referencias directas en las fuentes y que ni siquiera Gayo se ocupe de él. Dice Gandolfi que el proceso *ex interdicto* tenía una función secundaria pues servía principalmente para despejar las excepciones insertadas en los interdictos "condicionados" y sin embargo, reconoce que ya en tiempos de Gayo, la mayoría de los interdictos eran "condicionados".²⁰

La importancia del procedimiento *ex interdicto* en el sistema pro-

cesal romano se pone de manifiesto a través de la evolución histórica de aquél en las épocas Clásica y Postclásica.

Gayo da testimonio que en época clásica se introdujeron el *iudicium secutorium*, el *iudicium per formulam arbitrariam* y el *iudicium fructuarium* que perfeccionaban el arcaico procedimiento *per sponsionem*; el primero, dando una vía judicial para exigir el cumplimiento mismo del interdicto²¹; el segundo, abreviando los trámites para una sentencia definitiva, y el *iudicium fructuarium*, abriendo una vía opcional para dar al demandante un resarcimiento adecuado por los frutos que dejó de percibir durante el tiempo que duraba el proceso.

Ya en época clásica, el reclamado con un interdicto restitutorio o exhibitorio tenía la oportunidad, pudiendo un árbitro, de que un juez examinara su situación sin tener que correr el riesgo de pagar una cantidad adicional si resultaba vencido en juicio, y más aún, pudiendo cobrar una cantidad al demandante, a través del *calumniæ indicium*, si la pretensión de éste resultaba injusta. En estas condiciones resulta difícil concebir que un destinatario de dichos interdictos dejara de promover el juicio *per formulam arbitrariam* y que el pretor no tuviera en cuenta esa eventualidad cuando decidía conceder el interdicto. Por eso, me parece razonable suponer con Puchta²² que la introducción de la fórmula arbitraria fue el primer paso para la confusión del interdicto con la acción *ex interdicto*.

En época postclásica la evolución se ha completado: los interdictos quedan expresamente asimilados a las acciones que nacían a causa de ellos. Así lo declara Justiniano en el Digesto (*D.* 47, 7, 37) y en sus Instituciones (*Inst.* 4, 15, 8).

El estudio del procedimiento *ex interdicto* en época clásica servirá, aparte el objetivo doctrinal, para iniciar una explicación histórica de la confusión entre el interdicto y la acción correspondiente.

Biscardi ha reconocido la necesidad de investigar acerca de los diversos juicios *ex interdicto* y ha presentado una serie de problemas concretos a resolver: a) ¿Por qué el destinatario de un interdicto restitutorio o exhibitorio que postulaba un árbitro conservaba la posición de demandado en el juicio por fórmula arbitraria?; b) ¿Cuál fué exactamente la relación histórica entre el procedimiento *per sponsionem* y el procedimiento *per formulam arbitrariam*? si el primero fue más antiguo, ¿en qué momento nació el otro? ¿Cuál fue la génesis del *iudicium secutorium*? e) ¿Por qué razón el procedimiento *per formulam arbitrariam* sólo se admitió para los interdictos imperativos? d) ¿Cuál fué el tenor de las distintas fórmulas *ex interdicto*? e) ¿Eran anuales las acciones *ex interdicto*?²³ A esta pregunta debemos agregar otras. ¿Qué influencia tenía la *causae cognitio* que realizaba el magistrado para dictar el interdicto en el desarrollo y efectos del subsiguiente juicio? ¿Qué antecedentes de la confusión entre interdicto y acción hubo en época clásica?

4.—Para concluir este artículo acerca de la posición de la romanística actual respecto del tema del procedimiento *ex interdicto*, quiero adelantar una hipótesis acerca de la fórmula del *iudicium secutorium* que, de resultar comprobada, respondería a algunas de las preguntas arriba formuladas.

Lenel escribió que la fórmula del juicio de restitución o exhibición que seguía a la victoria de las *sponsiones*, tanto para interdictos dobles como simples, y que Gayo llama *secutorium sive Cascellianum*, pudo ser así:

si sponsione vincerit, nisi ei res
exhibeatur (aut restituatur)...

pensando que como este juicio *secutorium* era precedido del juicio de las *sponsiones*; en el cual el juez examinaba si el demandado había desobedecido la orden y, por consiguiente, si existían los supuestos de hecho que condicionaban el interdicto, era superfluo que en el juicio de restitución o exhibición el juez reexaminara la existencia de los presupuestos de hecho.²⁴ En cambio, el juicio *per formulam arbitriam*, como no era precedido de otro juicio, sí se refería a los supuestos de hecho del interdicto y, por consiguiente, tenía una fórmula distinta de la del *iudicium secutorium*, la cual, según Lenel, era una reproducción del contenido del interdicto; por ejemplo:

Quod opud... vi aut clam factum est,
si arbitrato iudicis non restituetur,
quanti ea res erit...²⁵

Esta distinción ha sido aceptada por la doctrina común. Sin embargo, los autores también reconocen que el *iudicium secutorium* y el *iudicium per formulam arbitriam* tenían el mismo objeto (la restitución o exhibición) y ambos correspondían a acciones *infactum concepta* con cláusula arbitraria.²⁶ Si esto fué así, ¿no podría ser, teniendo en cuenta el principio de economía procesal, que el *iudicium secutorium* y el *iudicium per formulam arbitriam* fueran, en realidad, un solo juicio al que correspondía una sola fórmula?

Las fórmulas del juicio *per sponsionem* y del *iudicium secutorium* se redactaban en el mismo momento y las despachaba el mismo juez, según afirma la doctrina común apoyándose en Gayo, *Inst.* 4.141, 165 y 166a.²⁷ En general, las fórmulas de las acciones *infactum* se referían a hechos que habían acaecido antes de la *litis contestatio*, ya que carece de sentido iniciar un juicio respecto de un hecho inexistente, aun cuando el hecho, eventualmente, pudiera suceder. Por consiguiente, la fórmula del *iudicium secutorium*, redactada al mismo tiempo que la fórmula del juicio

de *sponsiones*, no podía referirse, como quiere Lenel, a un hecho futuro: la victoria del demandante en el juicio *per sponsionem*.

La fórmula del *iudicium secutorium* debía referirse a hechos consumados al momento de la *litis contestatio*. En el juicio *per sponsionem*, se investigaba si el demandado había actuado en contra del interdicto, y en tal caso se le condenaba. Lo que probaba el demandante cuando vencía en el juicio de las *sponsiones* y, por consiguiente, cuando tenía lugar el *iudicium secutorium*, era que el demandado había desobedecido el interdicto. Tal desobediencia podía ser el hecho al que se refiera la fórmula del *iudicium secutorium*.

El mismo hecho podía ser el fundamento de la fórmula arbitraria. En efecto, es posible que el destinatario de un interdicto, antes de salir de la etapa *in iure*, reconociera que no iba a obedecer el interdicto, sea por que hacerlo era físicamente imposible o por que el destinatario no estaba seguro del alcance de la orden, y entonces pidiera un árbitro, el cual, con el pretexto de averiguar si el demandado había desobedecido la orden del interdicto, investigaría si existían los supuestos fácticos que condicionaban el interdicto, y, según éstos existiesen no, condenaría o absolvería.

Esta hipótesis, de que la contravención al interdicto por parte del destinatario era el fundamento de una sola acción *ex interdicto e infactum concepta* que podía ejercitarse bien en relación con un previo juicio de *sponsiones* (dando lugar al *iudicium secutorium sive Cascellianum*), bien sin ese juicio previo (iniciando el *iudicium per formulam arbitriam*), tiene apoyo textual en Gayo, *Inst.* 4, 141, donde el jurista romano, refiriéndose en general a los juicios *ex interdicto*, dice que en éstos se investigaban si

... an aliquid adversus praetoris edictum factum
sit, vel an factum non sit, quod is fieri iu sserit

La hipótesis de ser confirmada, daría una explicación clara a las diversas situaciones y opiniones que refiere Gayo, respecto del juicio *per formulam arbitriam*, en *Inst.* 4, 163. Allí afirma que el destinatario de un interdicto que pide un árbitro, conserva, no obstante esa iniciativa, el papel de demandado en el juicio *per formulam arbitriam*. Es extraño que la parte que puede iniciar un proceso²⁸ tenga el papel de demandado en el mismo, y más todavía que, según la opinión sabiniana dominante en tiempos de Gayo, el demandado pueda oponer el *iudicium calumniae* a un demandante que no ha iniciado el juicio por sí mismo. Por otro lado, la opinión proculeyana, referida en el mismo texto, de que el demandado no puede oponer el *iudicium calumniae* al actor porque se le consideraba confeso por el hecho de pedir un árbitro, tropieza

con el hecho de que el demandado, según consigna el mismo pasaje, puede ser absuelto aun sin restituir o exhibir.²⁰

Conforme a la hipótesis que aquí presentamos, el destinatario de un interdicto reconocía, antes de salir de la etapa *in jure*, que no cumpliría el interdicto y pedía que un árbitro resolviera el asunto. En esta actitud podía verse tanto un *confessio* (opinión proculyana), pues el demandado reconoce el hecho de su desobediencia al interdicto; como una mera táctica procesal (opinión sabiniana), pues la orden interdictal estaba condicionada por los hechos referidos en el interdicto, de modo que si no se comprobaba la existencia de éstos, el árbitro absolvía sin más al demandado. El destinatario de un interdicto que reconocía no haberlo cumplido ni estar dispuesto a hacerlo, tenía que guardar el papel de demandado en el juicio *per formulam arbitrariam*, pues era absurdo que iniciara un juicio contra sí mismo; no obstante, ese reconocimiento del destinatario del interdicto era indispensable para dar lugar al juicio *per formulam arbitrariam*, pues, si no lo hiciera, el demandante del interdicto tendría que esperar un cierto tiempo (quizá determinado por el pretor) para que el destinatario cumpliera la orden interdictal o se manifestara su desobediencia. Como en este juicio, según lo hemos concebido, el demandante alegaba la desobediencia del demandado a la orden interdictal, podía entenderse que el actor procedía injuriosamente y que era *accreedor* del demandado por el *iudicium calumniae*, cuando el árbitro comprobaba que no existían los hechos fundantes del interdicto y, por lo tanto, que la orden interdictal no vinculaba al demandado.³⁰ Vista así, la posibilidad de oponer el *calumniae iudicium* viene a ser, para el destinatario de un interdicto que se siente seguro de que la orden interdictal no le obliga, un motivo para pedir el árbitro ya que puede ganar, además de la decisión rápida, una cantidad sin necesidad de ir al juicio *per sponsionem*.

Si puede probarse que el juicio *per formulam arbitrariam* fué el mismo juicio *Cascellianum* o *secutorium*, la génesis histórica de ambos podría explicarse así: en una primera etapa, el demandante procede contra el destinatario de un interdicto que no lo ha cumplido, mediante el *procedimiento per sponsionem*, para obtener una suma de dinero, debida por el condenado en concepto de pena. Si después de este juicio, el demandado sigue sin cumplir el interdicto, entonces el demandante procede, lícitamente, por mano propia.³¹ Con el objeto de establecer una vía judicial para que el demandante consiguiera un estado de hecho conforme al interdicto, se introdujo el *iudicium Cascellianum* o *secutorium*. Finalmente, en una tercera etapa, se abrió la posibilidad de evitar el juicio, *per sponsionem* y abreviar el procedimiento, pasando directamente, después de que el interdicto fuera dictado, y a petición del interesado del mismo, al juicio de restitución o exhibición.

De adaptarse esta hipótesis, obtendríamos una visión más clara del

procedimiento *ex interdicto*, el cual, hasta ahora, se nos presenta como un procedimiento demasiado complicado y contradictorio con la necesidad fundante de la protección interdictal: la necesidad de un auxilio expeditivo y eficaz para relaciones jurídicas de carácter fáctico que, por eso mismo, requerirían una protección especial.

Agradezco a *Fomento Cultural Banamex, A. C.* el apoyo que me brindó para la realización de este trabajo.

NOTAS AL ESTUDIO

- ¹ En lo sucesivo se citarán estos trabajos por el nombre del autor.
- ² Biscardi, pp. 20-22, 64-65.
- ³ Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (Leipzig, 1927) pp. 447 y 55.
- ⁴ Cfr. Biscardi, pp. 66-75.
- ⁵ Biscardi, pp. 56-57.
- ⁶ Biscardi, pp. 64. El autor dice, en la reseña crítica que hizo al citado trabajo de Gandolfi (IURA, 7 [1956], 352 y ss.), que se ha ocupado del tema del proceso *ex interdicto* en su obra *La Tutela interdittale ed il relativo processo* (Corso, Siena, 1956), la cual no he podido conseguir.
- ⁷ Gandolfi, pp. 90-93.
- ⁸ Gandolfi, pp. 97-110.
- ⁹ Gandolfi, pp. 110-115.
- ¹⁰ Gandolfi, p. 114.
- ¹¹ Vid, por ejemplo, Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana* (Milano, 1938), pp. 237 y ss; Schulz, F. *Classical Roman Law* (Oxford, 1951), pp. 59 y ss.; *Das Römische Zivilprozessrecht* (München, 1966), pp. 325 y ss. kaser.
- ¹² Gai., *Inst.* 4, 165.
- ¹³ Gai., *Inst.* 4, 166-169.
- ¹⁴ Gai., *Inst.* 4, 1970.
- ¹⁵ Gai., *Inst.* 4, 163-164.
- ¹⁶ Gandolfi, p. 86, reconoce que esta tesis, que él mismo combate, es hoy doctrina dominante.
- ¹⁷ La bibliografía que trata directamente a este tema procede, principalmente, de los romanistas de la segunda mitad del siglo XIX: Schmidt *Das Interdiktverfahren der Römer in geschichtlicher Entwicklung*. (1853); Pfersche *Die Interdiktta des römischen Zivilprozess* (1888); Dore, *Studi sugli interdetti romani* (1892); Ubbelohde, "Gli Interdetti" en *Commentario alle Pandette*, Vol. 43-44.
- ¹⁸ Vid. *Supra* Gluck.
- ¹⁹ Vid. La reseña crítica de Biscardi a Gandolfi en IURA, 7, (1956) p. 352 y ss.
- ²⁰ Antes de la introducción del *Iudicium secutorium*, el demandante que ganaba el juicio de las *sponsiones* procedía, probablemente, por propia mano contra el demandado que no obedecía la orden interdictal. En este sentido, Luzzatto, *Il problema D'origine del Processo Extra Ordinem*, I. (Bologna, 1965) p. 245 y ss.
- ²¹ Puchta *Inst.* § 169, citado por Ubbelohde, *Commentario...*, Vol. 43-44, p. 554.
- ²² Biscardi, reseña Gandolfi, p. 364.
- ²³ Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, p. 450.
- ²⁴ Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, p. 449.
- ²⁵ Vid. Ubbelohde, *Commentario...* Vol. 43-44 pp. 491 y ss.
- ²⁶ Vid. Ubbelohde *Commentario...* Vol. 43-44, p. 489 y ss.

²⁸ El párrafo V. de los *Fragmenta Vindobonensia*, atribuido a Ulpiano, confirma que sólo el destinatario de un interdicto podía pedir un árbitro.

²⁹ El texto ha dado lugar a diversas interpretaciones. Arangio Ruiz ve en la actitud del demandado una verdadera *confessio*; vid *Rariora* p. 39, 79, 87 y ss. En sentido opuesto Koschaker, sz 34, (1913) 435 y ss. Lenel buscó para su reconstrucción de la fórmula arbitraria una redacción que diera lugar a las dos interpretaciones. Este es su principal argumento en favor de dicha reconstrucción. Vid. *Das Edictum Perpetuum*, p. 449.

³⁰ Aunque en este caso la injuria del demandante consistía, no en proceder por la fórmula arbitraria que pide el demandado, sino en haber solicitado el interdicto. Esto podría ser un antecedente en época clásica de la confusión entre *actio* e interdicto.

³¹ Vid. Luzzatto, *Il Problema d'origine del processo extra ordinem*, pp. 239-245.

LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 336 Y 337 DEL CODIGO PENAL

LIC. FELIPE GÓMEZ MONT Y URUETA
*Profesor de Derecho Procesal Penal
en la Escuela Libre de Derecho.*

El 26 de diciembre de 1977, se puso en vigor la que denominaremos reforma a los delitos contra la familia, que renueva la obligación penalística a los padres y cónyuges de cumplir con las obligaciones económicas derivadas del parentesco.

Anteriormente el artículo 336 disponía: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia"; y el artículo 337 tipificaba: "El delito de abandono de hogar sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el Juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de esta causa."

No fueron alcanzados por la reforma los artículos 338 y 339; el primero de ellos se refiere al perdón del cónyuge ofendido, condicionado al pago de la reparación del daño; y el segundo, a la presunción legal de tener como premeditadas las lesiones o la muerte, cuando causalmente son producidas por el abandono.

Al entrar en vigor la reforma, el artículo 336 queda con el siguiente texto: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia y pago como reparación del daño de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

El artículo 337 fué aprobado como sigue: "El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el Juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos."

La ley es dura en extremo, lo que en principio sería inobjetable, ya que el bien que protege es lo suficientemente relevante para una rigurosa tutela. Se observa un incremento en la penalidad, ya que anteriormente se aplicaba de uno a seis meses de prisión, siendo actualmente penado con la sanción de un mes a cinco años de prisión; asimismo sobresale en la reforma el que tratándose del abandono de hijos, que antes se perseguía a petición de los legítimos representantes de los mismos, ahora se persigue por oficio; y por último, se otorga la facultad al Juez, para que en caso de que se cubran los alimentos vencidos y se otorgue garantía para los subsiguientes, se declare extinguida la acción penal.

Determinaciones previas:

Hasta una época relativamente reciente, el delito en cuestión había permanecido al margen del ordenamiento jurídico punitivo. Anteriormente estos casos fueron siempre un deber moral y de caridad, pero nunca la infracción a los deberes y obligaciones familiares tenía la naturaleza de delito.

Se cita como antecedente legislativo la ley inglesa de 1824: "Act for the punishment of idle and disorderly persons and rogues and vagabonds, 5 George IV, c. 28."

Su aparición es más tardía en las legislaciones de casi todos los países, retraso que se encuentra determinado por considerar que su punición iría en menoscabo de la familia y que ésta debería ser regulada exclusivamente por el ordenamiento privado. En el presente siglo, figura en los códigos penales y artículos de Alemania, 170 b, d, 361; Bélgica, 360 b, 391 b; Brasil, 244; Canadá, 241; China, 310, 311; Dinamarca, 198, 213; España, 487; Holanda, 255; Italia, 570; Japón, 217, 219; Noruega, 219; Polonia, 201; Rumania, 454; Rusia, 158; Suiza, 217; Virginia, 1936; y en leyes especiales de Austria, 4 de febrero de 1926; Checoslovaquia, 16 de diciembre de 1930; Francia, 7 de febrero de 1924 modificada el 3 de abril de 1928; Luxemburgo, 28 de mayo de 1897; Nueva Zelanda, 21 de noviembre de 1910; Portugal, 24 de octubre de 1931; etc.

El delito reviste diversas modalidades en el derecho comparado. En su configuración pueden reconocerse principalmente cuatro sistemas de los que enunciaré algunos ejemplos,

a.—La ley francesa de 1924 castiga al que desatiende a su familia e incluso abandona el domicilio familiar, pero si paga la pensión fijada por el Juez, no comete delito. Prevé esta ley: "Será culpable de abandono de familia y castigado con prisión de tres meses a un año o con una multa de cien o dos mil francos, el que deje de cumplir una decisión pronunciada contra él en virtud del artículo séptimo de la ley del 13 de julio de 1907, o de una ordenanza, o de un juicio que le hubiera condenado al pago de una pensión alimenticia a su cónyuge y sus descendientes o a sus ascendien-

tes, y hubiese, voluntariamente, dejado pasar más de tres meses sin suministrar las subsistencias determinadas por el Juez, o sin pagar la cantidad de la pensión. En caso de reincidencia, se impondrá siempre la pena de prisión. Toda persona condenada por abandono de familia podrá ser privada de sus derechos civiles."

Lo siguen Bélgica, Portugal y Uruguay, previendo este último país en el artículo 217 del Código del Niño: "El padre condenado a pagar una pensión alimenticia y que pudiendo, no la cumpliera durante tres meses, será condenado a pagar una multa de cien a quinientos pesos, o a sufrir de tres meses a un año de prisión. En caso de reincidencia, la multa será adicional a la pena de prisión."

b.—Brasil, en el artículo 244 del Código Penal, dispone: "Dejar sin justa causa de proveer a la subsistencia del cónyuge, del hijo menor de dieciocho años o incapaz para el trabajo o de un ascendiente inválido o valetudinario, no proporcionándoles los recursos necesarios o faltando al pago de la pensión alimenticia fijada judicialmente; dejar sin causa justificada de asegurar al descendiente o ascendiente gravemente enfermo; pena: detención de tres meses a un año o multa de un conto a diez contos de reis."

A este sistema lo siguen con menores variantes los códigos de Dinamarca y Polonia.

c.—El artículo 570 del código penal italiano, al que le sigue con algunas variantes del código español, dispone: "Quien quiera que abandona el domicilio doméstico o tiene una conducta contraria al orden o a la moral de la familia, se sustrajera a las obligaciones de asistencia inherentes a la patria potestad, a la tutela legítima, o la cualidad de cónyuge, será castigado con reclusión hasta un año o con multa de un mil a diez mil liras. Estas penas se aplicarán conjuntamente al que: (1) Malversare o dilapidare los bienes del hijo menor pupilo o del cónyuge. (2) Privare de medios de subsistencia a sus descendientes menores o incapacitados para el trabajo, a los ascendientes o al cónyuge del que no se halle legalmente separado por culpa de éste. Las disposiciones de este artículo no serán aplicadas cuando el hecho se hallare previsto como delito más grave por otra disposición legal."

d.—Por último, nos ocuparemos del código de México, cuyo articulado ya se ha escrito al inicio de este trabajo. El sistema del código mexicano lo han adoptado con ligeras variantes, entre otros estados: Holanda, Japón, Noruega y Suiza, los que siguen un criterio materialista para determinar el delito.

Como se puede apreciar al suministrar ejemplos de derecho comparado, no existe acuerdo unánime sobre los elementos de ese delito. Ciertas legis-

laciones castigan sólo cuando es doloso; otras, lo reprochan también en grado de culpa; unas subordinan el castigo a la producción de un daño determinado; otras estiman el resultado dañoso como causa de agravante si sobreviniera la muerte o lesión del abandono. En algunas codificaciones constituye un delito perseguible de oficio; en otras requiere instancia del ofendido. Los sujetos activo y pasivo aparecen muy limitados en unas y sobradamente extendidos en otras. Las penas corrientes son las de privación de libertad, la de multa en forma alternativa, estableciendo algunas leyes sanciones accesorias como la pérdida de los derechos civiles; la condena a la reparación del daño en otras.

La relación de parentesco ante el derecho penal:

La ley penal no conoce concepto alguno de familia; en los casos que le ha interesado hace referencia a concretas relaciones de parentesco, ignorando conceptos generales. En realidad, no queda otro camino al legislador penal porque la idea de familia escapa a toda definición científica, no hay acuerdo unánime sobre algunos conceptos básicos, ni siquiera sobre el concepto mismo de la familia.

Ciertamente el derecho civil protege a la familia como un vínculo unitario de relaciones jurídicas, siendo el objeto de la tutela penal el interés vital de garantizar la familia como núcleo elemental de la sociedad y del estado y como institución de orden público.

En el Derecho Romano, Ulpiano decía: "iure proprio familian decimus plures personas quae sunt unius potestate ant natura ant iure subiectae." (Digesto 50, 16, 185. "De verborum significationes...")

En nuestro Derecho, las Partidas entienden por familia: "al señor Della e su mujer e todos los que biven so e, sobre quien ha mandamento, así como los fijos e los sirvientes e los otros criados." (Partida VIII. Ley 6a. Título XXXIII.)

Se puede apreciar que tales conceptos estaban de acuerdo con el extenso ámbito familiar de aquella época, mismo que se ha reducido en el transcurso del tiempo. Esto trae como consecuencia la aparición de nuevos enfoques jurídicos insospechados con anterioridad; sirva de ejemplo la inseminación artificial en el seno familiar.

Se ha planteado en la doctrina el problema de si es válida para el Derecho Penal la noción de familia que proporciona el Derecho Privado. No creemos que sea utilizable un concepto de familia procedente del Derecho Privado, ya que como hemos visto, en Derecho Privado no se da una sola noción de la familia y el Derecho Penal enfoca a la familia individualmente, tutelando los intereses pertenecientes al grupo parental, el cual está formado por vínculos de sangre y vínculos legales, tomando en cuenta el honor y la moralidad.

El Derecho Civil ha seguido de muy atrás el deber de los padres y cónyuge para sus hijos a fin de procurarles alimentos, educación y am-

paro; regula los intercambios, generalmente económicos, entre los vinculados. Se preocupa de la herencia de la dote, de los derechos de los hijos. Así, se creó el matrimonio, la adopción, la paternidad legítima, etc., preocupándose el Derecho Privado en crear un sistema jurídico de vinculaciones para regular los intercambios.

Ahí donde las sanciones civiles fracasan, y existiendo un interés general por parte del Estado en preservar la familia, es cuando surge penalísticamente la protección de esas relaciones familiares.

Claus Roxin al respecto en su estudio sobre el sentido y límites de la pena estatal señala: "El Derecho Penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la Previsión Social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho Civil o del Derecho público, ha de retraerse el Derecho penal."

Las relaciones de parentesco, en nuestro Derecho positivo, reciben un diferente trato; así encontramos que en algunos casos la relación es una circunstancia agravante, en otros, atenuante; en ocasiones exime de responsabilidad penal mediante una excusa absolutaria, o vuelve para la prosecución de los delitos, que por regla general son de oficio, a instancia de parte; otras más justifica y vuelve jurídico el actuar en defensa de parientes, o bien el encubrimiento entre familiares como causa de inculpabilidad.

Encontramos que como atenuante en la mayoría de los casos ante la presencia del elemento familiar y valorando el aspecto de honorabilidad, el código disminuye la pena; sirva de ejemplo el caso del aborto honoris causa a que se refiere el artículo 332 del Código Penal; de la misma forma, en el delito de infanticidio se atenúa la pena de acuerdo con los artículos 325 al 328 del mismo Código, siendo más claro el conocido como Honoris Causa tipificado en el numeral 327. En estos casos, el honor familiar mueve naturalmente a un actuar antijurídico, siendo obligado que la ley penal lo tome en consideración cuando efectivamente quede probado que se obró en función de evitar la deshonra.

Como agravante encontramos las lesiones proferidas a los ascendientes según el artículo 300 del Código Penal; también encontramos agravado, en relación al homicidio simple, el parricidio previsto en el artículo 323.

Por lo que toca a las excusas absolutorias, éstas las encontramos en los delitos que aparecen en el título vigésimo segundo del Código Penal, indebidamente rubricado "De los Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio". Bien sabido es, según lo disponen los artículos 377, 385, 390 del Código Penal, que el robo, abuso de confianza, fraude, cometido entre ascendientes contra descendientes y viceversa, no traen como consecuencia una sanción penal.

En cuanto a los formulismos procesales, vemos que las relaciones fa-

miliares, influyen en su tramitación en los casos de robo y de fraude, se establece como principio general el que para su persecución sea de oficio, pero tratándose del cónyuge, del suegro, del yerno, de la nuera, del padrastro, del hijastro, del hermano, para su procedibilidad, es menester la formulación de querrela.

Como causa de justificación el párrafo in fine de la fracción III del artículo 15 del Código Penal contempla la presunción del actuar justificado al sorprender a un intruso en el hogar propio de su familia. No habrá delito al encubrir un pariente por disposición del artículo 15, fracción X.

Naturaleza del delito en estudio:

El abandono de hogar, así llamado indebidamente por nuestro Código Penal, se realiza mediante el abandono material, referido exclusivamente a los medios materiales de subsistencia, es decir, de asistencia económica a los hijos o al cónyuge.

Criticable es que nuestra legislación, exclusivamente sancione la omisión en su aspecto económico, ya que olvida la naturaleza de la familia, es ahí donde pueden brotar las obligaciones morales en forma más clara por ser el lugar apropiado para transmitir el tesoro precioso de las tradiciones, siendo la familia la que renueva constantemente la sociedad humana y el antídoto más eficaz contra el aislamiento.

Si es verdad que los padres tienen obligación de velar por el mantenimiento de sus hijos, es innegable el mandato naturalístico de educarlos, de acostumarlos al trabajo, de esforzarse con el ejemplo, de aconsejar a sus hijos en la elección de estado y profesión, ya que los padres son los educadores natos de sus hijos, debiendo hacer cuanto esté a su alcance para granjearse el amor y la confianza de ellos, importante al fin, es la formación de la conciencia.

Don Francisco Pavón Vasconcelos, en su obra "De los delitos de peligro para la vida", indica que es un presupuesto del delito la obligación impuesta por la ley civil que obliga a los padres a dar alimentos a sus hijos y al cónyuge respecto de su cónyuge.

De lo anterior se infiere que sólo los padres o el cónyuge pueden ser sujetos activos del delito por ser los destinatarios del mandato de hacer derivado del Código Civil. Serán sujetos pasivos los hijos bajo la patria potestad, sean legítimos o naturales, y el cónyuge.

En cuanto a la conducta, consiste en omitir los deberes de subsistencia, por lo que se trata de un delito omisivo. En relación al resultado es un delito de peligro y formal, ya que en caso de que se produzcan los resultados de lesiones o muerte, de acuerdo al 339, se consideran como premeditados en forma presuntiva. Se dice que es de peligro al dejarse

al sujeto pasivo sin los medios o recursos para atender a sus necesidades de subsistencia.

La tentativa no puede presentarse en este delito por tratarse en primer lugar, de ser omisivo y, en segundo, por ser carente de resultado.

Por lo que toca a la culpabilidad, la ley sanciona el incumplimiento doloso de los deberes de asistencia familiar lo que implica conocimiento de la existencia del deber y representación de la conducta omisiva, es decir, se requiere la conciencia del incumplimiento del deber en cuestión.

La antijuricidad, el actuar en contra del Derecho, se excluye ante la presencia de una causa de justificación; vale recordar que el artículo 336 indica "Al que sin motivo justificado...". Cuello Calón plantea la posibilidad de actuación conforme a derecho por un conflicto de deberes, con los profesionales, o si el sujeto carece de recursos por hallarse en huelga.

El bien jurídico tutelado obviamente es uno de los más claros delitos contra la familia, según la ley española se protege el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Algunos autores como Ferrer Sama, Beristáin, Puig Peña, entre otros, consideran como objeto de tutela la protección y aseguramiento de los deberes de asistencia familiar impuestos por las leyes. Rodríguez Devesa, por su parte, considera a este delito contra la seguridad de las personas, siguiendo la sistemática del código español.

Por lo que respecta a la participación, es posible la inducción, no en cambio, la coautoría, por ser la patria potestad y el matrimonio, instituciones singularizadas, que obligan en forma individual.

Razones de la punición de este delito:

Actualmente existen orientaciones tanto en el sentido de que se debe castigar el abandono de familia como en contra.

Se considera que el abandono de familia debe quedar relegado al campo del Derecho Civil al cual siempre ha pertenecido, fundándose en que el Derecho Público debe evitar intromisiones en la intimidad familiar, dado que éstas originan más perjuicio que beneficio. También se considera que debe desaparecer esta figura de los códigos para evitar la desnaturalización del Derecho Penal. Para otras tendencias la pena no conduce a nada, debiendo sustituirse la actuación del Derecho Penal por la de la Sociología, sosteniendo que el tratamiento penal carece de eficacia, que no sólo no beneficia a la familia sino que la puede perjudicar. Por último, alguna tendencia pretende extraer del Derecho Penal la protección de los bienes éticos y morales y en consecuencia el delito a estudio.

En lo particular, considero que su incriminación es necesaria, ya que la pena actúa preventivamente, y en caso de que esto suceda, evitar la

reincidencia mediante una educación penitenciaria. Aunque consideramos que la pena en la forma prevista es injusta, puesto que no toma en cuenta la realidad social que conforma al género humano al que va destinada.

En efecto, sabido es que el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con una pena, imponiendo una pena, y ejecutando la pena.

Al tenor de la reforma cuando supuestamente un individuo incurra en responsabilidad penal por el delito de abandono de familia; dada la penalidad en vigor, vemos que es posible y de todo derecho, que el procesado pueda obtener el beneficio de la libertad provisional; para obtener y hacer efectiva dicha garantía constitucional, se encuentra condicionado a que garantice ya sea mediante fianza, caución, o hipoteca.

Resulta contradictorio que por una parte se le comine con una pena de esta magnitud al ser omiso en el suministro de sus obligaciones económicas conyugales y pater-filiales y, por otra parte, que tenga que realizar gastos forzosos para obtener su libertad; dicho en otras palabras, del abandono de hecho pasaría al abandono judicial.

Sería más congruente con los principios que rigen en materia de política criminal, el que para estos delitos se implantaran sanciones más adecuadas, de carácter correctivo o reeducadoras, ya que la forma que se encuentra prevista resulta perjudicial para el grupo familiar que se trata de proteger.

Por los hijos, de oficio; por el cónyuge, de querrela:

Por lo que respecta a los requisitos de procebilidad, vemos que permanece la situación que prevalecía anteriormente tratándose del cónyuge ofendido, ya que conserva en forma idónea, el que para la persecución por parte del Ministerio Público, medie la iniciativa de la víctima.

Por lo que toca al abandono de los hijos, se vuelve de oficio, haciendo a un lado la importancia que debe tener el carácter íntimo de las relaciones familiares.

Se hizo caso de las observaciones del maestro don Mariano Jiménez Huerta y de don Francisco Pavón Vasconcelos, debido a que en el texto anterior el artículo 388 hablaba exclusivamente del perdón del cónyuge ofendido, siendo omiso en cuanto a la situación de los hijos, actualmente se ha subsanado este defecto al consagrarse el perdón judicial en el artículo 337.

Es inexplicable que al tratar de modernizar o actualizar los tipos penales, el legislador haya consentido con el texto del artículo 339, el cual como ya se indicó, menciona que si las lesiones o la muerte resultan del abandono se presumen como premeditadas. Encaso de que este suce-

der aconteciese, se estaría indudablemente, ante un delito preterintencional, institución ésta que como es sabido, no se encuentra regulada por nuestro ordenamiento punitivo y a todas luces resulta una falta de técnica legislativa el que se considere como premeditado; valdría más, si acaso, el planteamiento que la sección mexicana hizo ante el Código Penal Tipo de Latinoamérica, la cual propuso una penalidad específica en forma agravada para estos casos.

Para concluir este trabajo, cabe señalar que las prácticas procesales nos demuestran que este tipo de incidentes vuelve a los Tribunales de Justicia en instrumento al servicio de los vaivenes conyugales. Al análisis de las estadísticas encontramos escasas condenas por este delito, en desacuerdo totalmente con el importante número de denuncias que se presentan. Es indudable que ante la crisis familiar que ahora impera, el estado tiene la obligación de protegerla, sin olvidar que el legislador no está facultado para castigar sólo por su inmoralidad las conductas, sino que debe sancionar las trasgresiones más graves de aquellas normas que protegen fundamentalmente los derechos familiares.

Al parecer es más adecuada, como se ha planteado, la imposición de sanciones de carácter reeducador; no hay que olvidar que al efecto ante las mismas causas tienen competencia los Tribunales Familiares.

El incremento en la pena así como la persecución de oficio, no parecen aconsejables en ningún caso dado el carácter íntimo de las relaciones familiares; la limitación de los efectos del perdón de la parte ofendida debe ser realmente eficaz en la práctica, ya que como es sabido las garantías para subsiguientes prestaciones, es solamente un ideal.

No encuentro fundamento alguno por el cual el legislador no haya incorporado al tipo que analizamos aquellas obligaciones morales, legales, que no se refieran exclusivamente al aspecto material o económico, y que sin lugar a dudas, son de importancia y quedan también insertadas en el bien jurídico que se protege.

LA NACIONALIDAD COMO UNA BASE LEGAL PARA LA PROTECCION DIPLOMATICA DE LAS SOCIEDADES

LIC. CARLOS BERNAL VERA
*Profesor de Derecho Internacional
en la Escuela Libre de Derecho.*

Debo mi agradecimiento al Señor Profesor John G. Collies, Ll. B., de la Universidad de Cambridge, en la elaboración de este trabajo.

CAPÍTULO I

LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

A. Generalidades

Puede parecer un asunto trillado pero, en sentido estrictamente legal, el concepto de la nacionalidad en relación con las personas físicas no es aplicable como tal a las personas jurídicas o morales. En su planteamiento original, dicho concepto era aplicable únicamente a los individuos y, por lo tanto, tratar de extenderlo resulta impropio. No obstante que las normas concernientes a la nacionalidad de las personas jurídicas son parecidas a las normas relativas a la nacionalidad de los individuos, es quizá más adecuado referirse a las personas morales como poseedoras de un "carácter nacional".¹

El término nacionalidad es comúnmente atribuido a las personas jurídicas y es usado frecuentemente a nivel gubernamental tanto en el derecho interno como en el internacional.² Pero la asignación de nacionalidad a las personas jurídicas no debe por esta razón oscurecer las diferencias que existen entre la nacionalidad aplicada a las personas físicas y la nacionalidad en relación a las personas morales.³ El intento de asimilar las concepciones legales de la nacionalidad de las personas físicas y de las personas jurídicas, puede conducir a una peligrosa *ductio ad absurdum*.

Sin embargo, muchos aspectos de estas dos ideas legales pueden ser asimiladas por analogía, con el propósito de comprender la doctrina y las normas concernientes a la nacionalidad de las personas jurídicas.

B. La nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho interno

Antes de intentar el análisis de los principios legales que rigen la nacionalidad de las personas jurídicas y su protección diplomática en el derecho internacional, es necesario, en primer término, considerar su posición en el derecho interno. Existen dos aspectos estrechamente vinculados de la nacionalidad de las sociedades: el interno y el internacional. Por una parte el intento de separarlas completamente podría ofrecer una visión deformada. Por otra parte, existe la posibilidad de confundir este aspecto dual de la nacionalidad, debido a la referencia indiferenciada que usualmente se hace de ambos órdenes jurídicos.⁴ Así pues, el examen de la regulación de derecho interno, aunque breve, es necesario por las siguientes razones:

1. La atribución de nacionalidad a las personas jurídicas es un acto unilateral de los estados.⁵ Será entonces, el propósito fundamental de este estudio determinar si el derecho internacional reconoce la validez de todas las disposiciones internas sobre la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas, y si, al reconocer dichas disposiciones, establece limitaciones a sus efectos, particularmente en el terreno de la protección diplomática.

2. La nacionalidad de las personas jurídicas, al menos en los países de derecho escrito,⁶ tiene sus más inmediatos, trascendentales y, para la mayoría de la gente, sus únicos efectos dentro del sistema legal que confiere la nacionalidad.

3. En muchos casos, los tribunales internacionales han aplicado principios que expresan las cualidades esenciales y la substancia de los sistemas de derecho interno, como derecho internacional público.

Aunque la indoneidad de la aplicación del derecho interno ha sido muy discutida, el estado actual del derecho internacional requiere una referencia de un tribunal internacional al derecho interno. En el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Nueva Demanda),⁷ la Corte Internacional de Justicia afirmó:

En este terreno (de entidades corporativas) el derecho internacional debe reconocer las instituciones del derecho interno que tienen un importante y extensivo papel en el campo internacional...

La Corte mencionó también:

Volviendo... a los aspectos internacionales del caso, la Corte debe... partir del hecho de que el presente caso implica esencial-

mente factores derivados del derecho interno... Si la Corte resolviera el caso sin tomar en cuenta las instituciones relevantes del derecho interno, se crearían, sin justificación, serias dificultades legales. Se perdería contacto con la realidad, ya que no existen instituciones correspondientes en el derecho internacional a las cuales la Corte pudiera acudir. Así, la Corte debe... no solamente tomar en cuenta el derecho interno, sino también remitirse a él. Es a las normas generalmente aceptadas por los sistemas legales y no al derecho interno de los estados particulares, a las cuales se remite el derecho internacional.⁸

La nacionalidad de una persona jurídica es uno de los vínculos legales que la atan a un determinado sistema legal. En razón de tal vínculo, el derecho interno y el derecho internacional regulan la nacionalidad de las personas morales para diversos fines específicos. Generalmente, el derecho interno contiene disposiciones para la creación de las personas morales.⁹ Así, cuando una de estas personas es creada e incorporada bajo un determinado sistema de leyes, le es conferida una personalidad jurídica. El efecto primario de este fenómeno consiste en que la nueva persona moral es distinta de sus miembros;¹⁰ en segundo lugar, tiene la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. De este otorgamiento de personalidad jurídica se derivan ciertas características que son atribuidas también a las personas físicas, y que han sido adoptadas por el derecho interno según las finalidades de las normas que rigen a las personas morales. Entre los atributos mencionados están la denominación, el domicilio social y la nacionalidad.

"No es ya nada nuevo afirmar que la 'nacionalidad de las sociedades' no se refiere a un problema único y unitario, sino que abarca bajo un solo término jurídico, diferentes clases de problemas que implican diferentes políticas comunitarias."¹¹ El uso ordinario y más frecuente del término es "una persona moral debidamente constituida y existente bajo las leyes de un estado determinado." En este sentido, la nacionalidad es un concepto de especial importancia en relación con el derecho internacional privado; mientras que en algunos países, especialmente aquellos regidos por el *Common Law*, la nacionalidad como elemento vinculador es normalmente irrelevante, en los países de derecho escrito la nacionalidad significa un criterio determinante para la ley personal de las personas morales.¹²

En un sentido más limitado, el término "nacionalidad" es empleado en el derecho interno para diferenciar entre las diferentes personas jurídicas nacionales.¹³ La diferenciación se efectúa, generalmente, cuando uno o más "elementos extraños" forman parte de la persona moral; por ejemplo, accionistas extranjeros, consejeros extranjeros, capital extranjero, operaciones en el extranjero, etc.: En este sentido, la nacionalidad

debe ser entendida en el contexto propio de cada norma jurídica particular. Este significado especial de nacionalidad constituye un proceso de diferenciación político y económico y da por resultado la clasificación de las diversas personas morales nacionales con el objeto de determinar la aplicación de la norma jurídica específica. En este proceso, las personas morales no son contempladas como nacionales o extranjeras; más bien, el carácter nacional o extranjero de las personas morales nacionales es determinado según el grado de elementos económicos y políticos extranjeros que las constituyen.

La repercusión de la nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho interno, se ve claramente en dos áreas significativas:

1. *Inversión extranjera*

En años recientes, muchos estados han expedido nuevas leyes para regular la inversión extranjera. Es característico de dicha legislación clasificar las personas jurídicas nacionales en base a la presencia de "elementos extranjeros" que están involucrados en las operaciones o en la constitución de tales personas. Y éstas, de acuerdo con dicha clasificación, gozarán derechos diferentes o estarán sujetos a obligaciones distintas. Este proceso de diferenciación se identifica algunas veces como "teoría del control". Basado en esta teoría, el derecho interno devela o "descorre el velo" de la personalidad jurídica con el objeto de encontrar posibles relaciones con un elemento extranjero. La ley será aplicada entonces de una forma garantizada por la estructura económica real de las personas morales y la participación de elementos extranjeros en ellas.¹⁴

2. *Régimen en tiempo de guerra*

Durante el presente siglo, en épocas de guerra, los estados beligerantes han adoptado leyes de excepción¹⁵ para regular las operaciones comerciales con estados enemigos. Esta legislación, que establece las pautas para determinar el carácter enemigo, es un instrumento de estrategia económica que impide al enemigo obtener ventajas derivadas del anonimato y de la personalidad distinta de las personas jurídicas. Las leyes expedidas por los estados para determinar el carácter enemigo de las sociedades han estado vigentes únicamente durante el período de beligerancia. Cuando la paz es restaurada, el régimen de tiempo de guerra deja de tener vigencia o por lo menos debiera dejar de tenerla. Aunque estas leyes han producido efectos económicos y políticos comunes, su aplicación y su interpretación han sido diferentes en cada estado.

En el Reino Unido, antes de la Primera Guerra Mundial, era generalmente aceptado¹⁶ que una compañía constituida de acuerdo a las leyes

de un estado enemigo tuviera carácter enemigo. Era difícil determinar, sin embargo, si una sociedad extranjera con negocios en un estado enemigo pero sin haber sido constituida de acuerdo a las leyes de dicho estado enemigo, poseía o no carácter enemigo; y aún más, si una sociedad que no hubiera sido constituida y que no tuviera negocios en un país enemigo podía o no adquirir, bajo ciertas circunstancias, carácter enemigo. Al estallar la guerra, la primera interrogante fue respondida afirmativamente.¹⁷ La segunda fue resuelta por la Cámara de los Lores en el caso *Daimler*,¹⁸ el cual estableció, después de otros casos anteriores y contradictorios, que una compañía posee carácter enemigo "si sus agentes o las personas que ejercen el control *de facto* de los negocios, son residentes en un país enemigo, o bien, aunque residan en otra parte, si se adhieren al enemigo, reciben instrucciones o actúan bajo el control del enemigo".¹⁹ Los principios establecidos en el caso *Daimler* fueron confirmados más tarde, en 1943, por la Cámara de los Lores, en el caso *Sovfracht*.²⁰

En Francia, los tribunales habían dispuesto, antes de la Gran Guerra, que las personas morales francesas, constituidas y con domicilio social en Francia, no eran enemigas, aunque tuvieran relación con el enemigo. Durante la Primera Guerra Mundial, se hizo necesario regular a aquellas personas morales "jurídicamente francesas, pero económica y psicológicamente alemanas o austriacas". Por lo tanto, el gobierno francés expidió en 1916 la Circular del Ministro de Justicia (*La Circulaire du Garde des Sceaux*), la cual ordenaba la confiscación de las personas morales francesas que estuviera bajo control enemigo. El mismo criterio fue mantenido durante la Segunda Guerra Mundial.²¹

En los Estados Unidos se ha desarrollado un sistema normativo análogo.²²

De la misma manera que otras legislaciones europeas y continentales, durante la Segunda Guerra Mundial, el gobierno mexicano expidió una "legislación de emergencia", relativa a Propiedades y Negocios del Enemigo. Por ejemplo, la Ley relativa a Propiedades y Negocios del Enemigo, que abroga la del 11 de junio de 1942 así como sus adiciones y reformas, publicada en el Diario Oficial el 29 de marzo de 1944 y el Reglamento de la ley relativa a Propiedades y Negocios del enemigo publicado en el Diario Oficial el 29 de marzo de 1944.

Las personas morales de nacionalidad mexicana que obraran o que fundadamente se presumiera que obraban en nombre o para beneficio o por instrucciones del enemigo, quedaban sujetos a la confiscación y ocupación de sus bienes. El artículo 7 de la ley arriba mencionada facilitaba al Ejecutivo Federal para someter a una auditoría a las sociedades a fin de conocer si internamente existía alguna vinculación con el enemigo. Así, el carácter enemigo decretado por la Junta Intersecretarial a varias empresas dependía enteramente de cuestiones económicas y políticas, sin tener importancia la nacionalidad de ellas, es decir el lugar de su constitución (art. 4-II) o su domicilio legal (ar. 3-I).

Este análisis de la "legislación de guerra" en el derecho interno de varios Estados indica que la determinación efectuada por el derecho interno de una persona jurídica como poseedora de carácter enemigo, a pesar de las diferencias en la legislación y en la jurisprudencia de los distintos países, así como los puntos de vista de ciertos tratadistas, es un problema que, en principio, no tiene relación con la nacionalidad. "En el caso *Daimler*, la Cámara de los Lores no estaba tratando un problema de nacionalidad. Estaba tratando el problema de determinar si una compañía constituida en el Reino Unido, aunque bajo control alemán, debía o no ser considerada como poseedora de carácter enemigo".²³ Sin embargo cuando los demás estados europeos siguieron el modelo del caso *Daimler*, fue tan solo por un breve período de tiempo, debido a una "confusión natural"²⁴ que se creyó que la "Cámara de los Lores había sostenido que una compañía controlada por el enemigo era una compañía de nacionalidad enemigo",²⁵ cuando resultaba claro que lo que la ley inglesa disponía era que una compañía registrada en Gran Bretaña y, por lo tanto, de nacionalidad británica, podría ser considerada como enemiga de la Gran Bretaña.

El proceso de diferenciación entre las personas jurídicas nacionales para determinar si poseen o no carácter enemigo, ha sido llevado a efecto a través de la teoría del control. La concepción de compañías controladas por enemigos es sustancialmente una concepción económica y fáctica. Permite a los tribunales "descorrer el velo" de la personalidad moral con el objeto de saber si "los agentes o las personas que tienen el control *de facto* de la compañía son o no enemigos", o "ir al fondo de las cosas y determinar si una compañía es francesa en realidad (no en la ley) o sólo en apariencia", y aplicar consecuentemente la legislación de comercio con el enemigo.²⁶ El "velo" de la personalidad jurídica fue entonces "descorrido" para proteger los derechos de los Aliados y para cubrir la reparación de los daños causados por el conflicto armado. Esta operación fue "justificada por la necesidad".²⁷ En conclusión, desde el punto de vista del derecho interno la nacionalidad de una persona moral no se pierde a causa de su carácter enemigo.²⁸

C. Los criterios de atribución de nacionalidad a las personas morales

La atribución de las personas jurídicas a un estado particular, con el objeto de aplicarles algunas normas específicas del derecho interno está basado de manera sustancial en la nacionalidad de dichas personas. No obstante existen otros elementos vinculadores, independientemente de la nacionalidad, que pueden aplicarse para someter una persona moral a un estado determinado, para lograr las finalidades del derecho interno.

En términos generales, existen dos sistemas en relación con el criterio a seguir para determinar la nacionalidad de una persona moral. Estos sistemas son, por una parte, el de la incorporación, aplicado por los

países sujetos al *Common Law* y por algunos países de derecho escrito, y por otra parte, el sistema del domicilio social, utilizado por la mayoría de los países de derecho escrito. No obstante lo anterior, algunos autores proponen, *de lege ferenda*, la posible aplicación de un tercer sistema para determinar la nacionalidad de las personas morales. Este criterio es conocido como la teoría del control, según la cual la nacionalidad de las sociedades, para ciertos propósitos, debe ser determinada a partir de la nacionalidad de los individuos que ejercen el control efectivo de la sociedad.²⁹

Los países regidos por el *Common Law* han unificado y formulado con claridad el principio para la atribución de nacionalidad a las sociedades. Existe jurisprudencia establecida en el sentido de que la nacionalidad de una sociedad es la misma que la del estado que la ha incorporado. En otras palabras, una nueva persona moral tiene la nacionalidad del estado donde ha sido registrada. Bajo este sistema, toda sociedad debe tener un domicilio (*registered office*), y los tribunales tienen jurisdicción según dicho domicilio.

Sin embargo, en el derecho inglés —el cual es similar al de Canadá, Estados Unidos, Australia y otros países— la aplicación del concepto de nacionalidad de las sociedades es rara vez relevante para las finalidades del derecho interno.³⁰

En el caso *Attorney-General vs. The Jewish Colonisation Association*,³¹ el Tribunal de Apelación sostuvo que esta última tenía nacionalidad británica porque fue constituida en Inglaterra y, por lo tanto, estaba sujeta al derecho inglés, no obstante que los negocios de la compañía, de acuerdo con sus estatutos, eran llevados a cabo por un Consejo establecido en la oficina principal de la compañía en París.

Más adelante, el Tribunal de Apelación sostuvo en el caso *Janson vs. Driefontein Consolidated Mines*, que la "parte demandada es una compañía incorporada bajo las leyes de la que fuera la República Sudafricana, cuyo propósito es la explotación de las minas de oro que ahí se encuentran. La mayoría de sus accionistas son súbditos del Reino Unido. La compañía tiene una oficina y un comité directivo en Inglaterra... (por lo tanto) la compañía debe ser tratada como súbdito de la República Sudafricana, a pesar de la nacionalidad de sus accionistas".³²

Los tribunales de los Estados Unidos han seguido el criterio del derecho inglés. En el caso de *United States vs. Northwestern Express Stage and Transportation Company*,³⁴ el magistrado White, exponiendo la opinión de la Corte Suprema, adoptó el criterio de que una compañía organizada bajo las leyes de los Estados Unidos o de cualquier entidad federativa, era una compañía nacional, independientemente de sus accionistas. Aunque la nacionalidad en el derecho interno de este país tiene muchos y variados significados cuando se aplica a las compañías, puede decirse que el sistema de incorporación constituye la práctica seguida por los

tribunales para determinar la nacionalidad (*citizenship*) de las sociedades, en función de la "diversidad de jurisdicciones y del derecho constitucional".³⁵

Como principio general, los países regidos por derecho escrito, con el objeto de conferir nacionalidad a las personas jurídicas, exigen que la creación o constitución de la persona moral se realice de acuerdo con la legislación vigente. Asimismo, la persona moral debe poseer y mantener su domicilio social en el territorio del estado en cuestión. Niboyet ha definido este concepto como "...el país escogido para la constitución de la sociedad y, en consecuencia, para la sede administrativa, donde residen los órganos de dirección, donde se reúne el consejo de administración, donde se centralizan los servicios, el lugar de donde parten las órdenes y a donde vienen a concentrarse los resultados".³⁶ Sin embargo, ni en la legislación ni la jurisprudencia de los países de derecho escrito hay acuerdo sobre el significado del domicilio social. Su naturaleza es sumamente variable.

1. Domicilio Social Estatutario

En un sentido muy amplio, el domicilio social de una persona jurídica es la sede acordada por los fundadores en la escritura constitutiva. Representa un domicilio meramente convencional que no está de manera necesaria ligado a la economía del estado. Esta interpretación del domicilio social está estrechamente relacionada con el concepto de incorporación del *Common Law*.

Asimismo, está contenida en la legislación de varios países; por ejemplo, la Ley Holandesa del 25 de julio de 1954 establece que "Los Países Bajos no es un estado en el cual la legislación tome en cuenta el domicilio social real".³⁷ El artículo 10 del Código Civil Griego es parecido a la legislación holandesa. Guggenheim señala que no obstante que en la jurisprudencia suiza se considera el domicilio social real como factor determinante de la nacionalidad de una compañía suiza, existe la tendencia a adoptar el domicilio legal estatutario a la teoría de la inscripción del primer domicilio, como prueba de la nacionalidad.³⁸

En Brasil, el Decreto No. 2627 de 1950 adoptó el criterio del domicilio social real. Sin embargo, una reforma ulterior del Código Civil Brasileño y, por lo tanto, de la jurisprudencia se establece que el domicilio social estatutario o la simple constitución de la compañía, de acuerdo con la legislación vigente, será suficiente para la atribución de la nacionalidad.³⁹

2. Domicilio Social Real y Auténtico (*Serieux*)

La jurisprudencia indica que, en ciertos estados, los tribunales irán más allá del domicilio social estatutario con el objeto de encontrar

la sede "real y auténtica" de una persona moral. El domicilio social así considerado requiere de un vínculo efectivo necesariamente más estrecho con la economía del país, de manera que los tribunales puedan determinar la nacionalidad de las personas jurídicas según el lugar desde el cual la dirección y la administración son efectivamente controladas.⁴⁰ El domicilio social real y auténtico ha sido adoptado por la mayoría de los países de derecho escrito, como Francia,⁴¹ España,⁴² Portugal,⁴³ Bélgica,⁴⁴ México⁴⁵ y Alemania.⁴⁶

3. Lugar de Explotación

Según este criterio, la nacionalidad de una compañía queda determinada por el lugar donde ésta lleva a cabo su actividad. Esta concepción tiene cierta relevancia para la fijación de impuestos así como para otras instancias del régimen jurídico de las sociedades. Sin embargo, en tanto que un criterio para determinar la nacionalidad de las personas morales, ha sido abandonada hace tiempo.⁴⁷

La divergencia existente entre el *Common Law* y el derecho escrito en lo relativo a la nacionalidad de las personas jurídicas, está basada en la concepción predominante del último que consiste en considerar el nacimiento de la personalidad moral como una consecuencia del contrato entre los fundadores. El enfoque del derecho escrito considera que la personalidad moral tiene un vínculo más estrecho con la economía del estado en el cual la sociedad ha sido constituida, que el existente en los países regidos por el *Common Law*, en los cuales la concesión o el simple registro ante las autoridades competentes es suficiente. En todo caso, estaría fuera del marco de este análisis señalar las ventajas y desventajas de cada uno de ambos sistemas; tal discusión sería más relevante para el conflicto de leyes y para los problemas económicos generales que para las finalidades del derecho internacional.⁴⁸ Cabe indicar que "si bien la prueba de la incorporación tiene una estrecha afinidad con la jurisprudencia angloamericana, posee la ventaja de coincidir de hecho, aunque no en el nombre, con la prueba comúnmente aplicada en los países de derecho escrito".⁴⁹ No obstante la exigencia de que las personas morales tengan su domicilio social en el territorio del estado, es asimismo cierto que una compañía debe ser constituida de acuerdo con el derecho del estado donde se encuentra el domicilio social. El requerimiento del domicilio es adicional al de la constitución y no lo sustituye.⁵⁰

CAPÍTULO II

LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES EN FUNCION DE LA PROTECCION DIPLOMATICA

A. Generalidades

Un aspecto importante de la actual comunidad internacional es la proliferación de las empresas mercantiles. Las transacciones comerciales internacionales y las inversiones en el extranjero han aumentado enormemente, y este intenso desarrollo económico aunado a un profundo cambio político y económico en diferentes países, ha ocurrido en un período de tipo menor de medio siglo. El comercio internacional es practicado en gran escala a través de un sistema complejo y variado de estructuras corporativas, en el cual intervienen gobiernos, organizaciones internacionales, empresas internacionales así como empresas privadas y públicas, como partes en las transacciones bilaterales o multilaterales desplegadas para promover el bienestar económico y general de las naciones.

Los estados están marcadamente divididos en cuanto a importantes principios de interés económico, lo cual complica en algunas ocasiones el desarrollo de la actual comunidad y, consecuentemente, hace que el estudio del llamado derecho económico internacional sea una tarea difícil. Además, debido a la multiplicidad de puntos de vista políticos y a las diferentes necesidades económicas de los estados, la aplicación de un principio de derecho siempre estará sujeta a cierto grado de variación para satisfacer las exigencias de las relaciones interestatales.

El derecho internacional consuetudinario no se desarrolla al mismo ritmo que el comercio internacional. Por eso no es sorprendente que la búsqueda de un principio unívoco de derecho en este terreno —finalidad de esta investigación— se reduzca a una aportación limitada a la vasta complejidad de problemas jurídicos, políticos y económicos que ofrece este tema. Al terminar la presente investigación, se podría concluir que el derecho no está definido en muchos aspectos o, al menos, que la posición tradicional del derecho internacional, el cual “se conformó en un período caracterizado por un intenso conflicto de sistemas e intereses”,¹ no siempre satisface las cambiantes exigencias del moderno sistema económico y político internacional. Este estudio revelará una casi total ausencia de normas específicas de derecho internacional general con respecto a las compañías que operan internacionalmente. La terminología empleada para describir las complejas entidades corporativas que funcionan a nivel internacional no es nada clara y aún no se ha definido. Los términos y las palabras empleados por los economistas y por los hombres de negocios, rara vez coinciden con aquéllos utilizados por los juristas. Asimismo, la terminología empleada por los políticos y diplo-

máticos no representa, en muchos casos, la expresión del derecho. Y aún más, las expresiones usadas entre los abogados y los juristas internacionales para describir las diferentes clases de compañías, no concuerdan plenamente todavía.²

Sin la pretensión de describir íntegramente la estructura orgánica y las operaciones de las entidades corporativas, este estudio contiene un intento de clarificar principios sujetos a discusión, y su exposición estará limitada al propósito de cubrir la materia del trabajo.

Cuando un estado presenta una demanda internacional contra otro estado debe, como un principio general de derecho internacional, ya sea por medio de intercambios diplomáticos o ante un tribunal internacional, demostrar su capacidad para anteponer la demanda.

Normalmente, la cuestión de la admisibilidad de las demandas, cuando la jurisdicción de la Corte ha sido asumida, crea el problema de la nacionalidad de la demanda y del agotamiento de recursos internos. Así en la medida en que las empresas mercantiles están organizadas, la nacionalidad de la demanda debe ser determinada, cuando sea necesario, de manera diferente en cada caso.

1. Estados y empresas públicas

Existe un número cada vez mayor de estados que actúan como empresarios internacionales. Los gobiernos acostumbran comerciar internacionalmente en cuanto tales o por medio de empresas públicas. Estas empresas son habitualmente creadas y organizadas por una legislación especial o por decreto. Aunque tienen ciertos aspectos jurídicos privados, los gobiernos participan en la dirección o mantienen un número de acciones que puede variar entre un control completo de la empresa y una minoría partícipe.

El grado de autonomía legal de este tipo de empresas se debe considerar a la luz de los hechos en cada caso particular.

Ya sea que una empresa pública lleve a cabo operaciones que puedan ser definidas como actos soberanos —actos de *jure imperii*— o actos privados —actos de *jure gestionis*—, es un problema que ha sido estudiado a través del concepto de las inmunidades derivadas de la jurisdicción territorial. Sin embargo, cuando un estado presenta una demanda contra otro estado ante un tribunal internacional, aún en el caso de que los actos de la empresa sean *jure imperii*, el estado demandante está obligado a establecer la nacionalidad de la empresa pública, para ejercer la protección diplomática. Entonces, la importante distinción efectuada en el derecho internacional entre empresas privadas y públicas, es irrelevante para la determinación de la nacionalidad por parte del estado demandante y para la protección diplomática.³ La Corte Permanente de Justicia Internacional, sostuvo en el caso *Concerning Certain Interests*

in Polish Upper Silesia, que "...una relación análoga a la que existe entre las personas físicas y el Estado, y a la cual se le llama nacionalidad, existe también, aunque en forma diferente, en el caso de las "corporation de droit public".⁴

Cuando los estados comercian a nivel internacional como tales, a través de sus órganos de gobierno *strictu sensu*, el principio de nacionalidad obviamente no se aplicará. Los órganos ministeriales del estado no gozan de una personalidad jurídica distinta a la del mismo estado.

Cuando se da una violación al derecho internacional a paritr de una transacción comercial internacional efectuada entre estados, será considerada como una contravención que da lugar a la responsabilidad directa y, por lo tanto, el principio de la nacionalidad, así como el principio del agotamiento de recursos internos serán irrelevantes para la admisibilidad de la demanda.

2. Organizaciones internacionales

El continuo incremento del campo de actividades de las instituciones internacionales, da nuevas dimensiones al problema de su capacidad para presentar demandas en el campo internacional. La posibilidad de la protección diplomática por daños a su personal o a su propiedad no está explícitamente establecido en la constitución y en los estatutos de dichas organizaciones internacionales. En 1949 se presentó el problema de su capacidad para entablar demandas internacionales, a raíz del asesinato del Conde Bernadotte, nacional de Suecia y Mediador de las Naciones Unidas en Palestina. La Corte Internacional respondió por unanimidad en su Opinión Consultiva⁵ que la Organización de las Naciones Unidas era "un sujeto de derecho internacional, capaz de poseer derechos y obligaciones", incluyendo "la capacidad de defender sus derechos presentando demandas internacionales".⁶

Las instituciones internacionales, sin embargo, son esencialmente "internacionales" en carácter, y por lo tanto carecen de cualquier carácter "nacional". Un daño cometido contra una institución internacional constituye una causa de responsabilidad directa en el derecho internacional y, en consecuencia, el principio tradicional de nacionalidad no es aplicable.

3. Empresas internacionales

En el plano internacional, existe también un número creciente de, así llamadas, empresas internacionales, multinacionales, transnacionales, plurinacionales o hasta *cosmo-corps*. El término "compañía internacional" tiene por lo menos tres diferentes significados:⁷

a) Una compañía nacional de un estado, pero cuyas funciones y objetivos son el comercio internacional. Este tipo de compañía ha sido denominada transnacional en virtud de sus operaciones y de sus transacciones mercantiles, aunque sin tomar en cuenta la base formal de su estructura orgánica legal.

b) Una compañía creada de acuerdo con las leyes de un estado pero definida como internacional en virtud de que su formación ha sido convenida o al menos proyectada en un tratado internacional suscrito por estados. Tal empresa debe su concepción, aunque no su creación, a un convenio entre estados y, de derecho, tiene carácter nacional. Estas compañías han planteado varios nuevos problemas jurídicos que aún no han sido resueltos. En todo caso, cabe indicar que, en principio, estas compañías poseen la nacionalidad del estado de acuerdo con cuyas leyes han sido constituidas.⁸

c) Una tercera categoría comprende aquellas compañías no sólo proyectadas, sino también creadas por un tratado; por tal razón, estas empresas propiamente denominadas compañías internacionales, están organizadas y viven de acuerdo con el derecho internacional únicamente y no tienen vínculos con ningún sistema particular de derecho.⁹

Los sistemas tradicionales, de derecho interno, para la atribución de nacionalidad de estas condiciones, son obviamente inaplicables en este caso, ya que está fuera de todo derecho nacional. Una compañía internacional no puede tener una nacionalidad; es, por naturaleza y por definición, una entidad internacional.

Los tratados que crean compañías internacionales generalmente establecen las normas que se aplican para el caso de disputas que puedan surgir entre los accionistas (estados miembros). Sin embargo, el problema fundamental relativo a la protección diplomática de este tipo de compañías contra terceras partes, continúa sin solución.

En la medida en que las empresas internacionales son apátridas¹⁰ el principio tradicional de derecho internacional según el cual el estado nacional de la compañía tiene derecho de ejercer la protección diplomática, ec inaplicable.

La capacidad para entablar una demanda por daños directos a su personal o a su propiedad, debido al vínculo funcional que existe entre el agente y la organización fue sostenida por la Corte Internacional en el caso *Reparations*,¹¹ concomitantemente con su personalidad jurídica. Este criterio de la Corte se relaciona con principios muy sutiles de derecho y de hecho, y no siempre fácil aplicarlos por analogía a las empresas internacionales.

Por una parte, quizá algunas de estas compañías internacionales puedan ser protegidas diplomáticamente por las Naciones Unidas en virtud del vínculo que las relaciona con el Consejo Económico y Social de la Organización. Pero, por otra parte, es muy discutible que las empresas interna-

cionales posean una personalidad internacional suficientemente distinta, es decir, que puedan ser consideradas como sujetos propios del derecho internacional y, por ello, tener la capacidad para presentar demandas por sí mismas ante un tribunal internacional.

4. *Sociedades anónimas*

El prototipo de todas las empresas en el mundo moderno de los negocios privados, es la sociedad anónima. Por ello, resulta menos frecuente en las condiciones actuales de las altamente desarrolladas actividades económicas internacionales encontrar sociedades de personas.¹² La sociedad anónima es la estructura que permite la aglomeración del vasto capital requerido para la industria y el comercio modernos. Es ésta estructura corporativa la respuesta jurídica para el control de un gran número de otras compañías creando así las sociedades *holding*.¹³

El campo del presente trabajo está limitado al estudio de la nacionalidad como una condición previa para la protección diplomática de las sociedades de capital de derecho privado. Aunque existen características muy variadas inherentes a las distintas clases de sociedades anónimas nacionales, todas ellas ofrecen rasgos comunes. Los más importantes pueden resumirse como sigue:

1. Una sociedad posee una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros.¹⁴

2. La responsabilidad de los accionistas está limitada a su participación en el capital.

3. El capital de la compañía está representado por títulos de acciones, los cuales son, en términos generales, transferibles por naturaleza.

4. Como una persona destina de sus socios la sociedad puede ser titulada de derechos y obligaciones, así como ser propietaria de bienes, por sí misma, no como representante de sus asociados o accionistas, a pesar del hecho de que sus accionistas colectivamente son, en última instancia, quienes tienen la autoridad legal para usar y disponer de los bienes de la sociedad.

5. Con algunas excepciones específicas, los accionistas no pueden demandar ni ser demandados en relación con las operaciones y la propiedad de la sociedad.¹⁵

6. La dirección de la sociedad es normalmente encomendada a un Consejo de Administración designado por los accionistas; pero las Asambleas

Generales de Accionistas tienen a su cargo, en última instancia, la administración y control de la sociedad.¹⁶

B. *La nacionalidad de las sociedades en el Derecho Internacional*

La atribución de nacionalidad a las sociedades confiere a los estados atribuyentes ciertos derechos y obligaciones:

1. *Jurisdicción*

La nacionalidad ha sido reconocida como un vínculo jurídico entre un estado y una sociedad, el cual da al estado, en principio, el derecho de ejercer jurisdicción internacional sobre sus sociedades nacionales, así como protegerlas diplomáticamente en caso de violaciones al derecho internacional. La nacionalidad es entonces un importante criterio por medio del cual el derecho internacional puede determinar los límites de la jurisdicción de un estado. Los estados definen la organización y el funcionamiento internacional de sus sociedades nacionales. Pero los estados reclaman asimismo jurisdicción extraterritorial para regular y controlar las actividades de sus compañías nacionales que operan bajo la jurisdicción territorial de otro estado. Muy a menudo, los conflictos de jurisdicción entre los estados generan problemas que afectan los negocios internacionales, cuando los estados reclaman el derecho de controlar compañías extranjeras que operan con o dentro de su jurisdicción territorial.¹⁷

Han existido muchos proyectos de regulación jurídica del derecho de los estados a ejercer su jurisdicción internacional sobre las sociedades y sus actividades, principalmente en el terreno del comercio internacional y de la inversión extranjera. El logro más importante se ha dado tal vez por la vía de los acuerdos bilaterales, aunque si se considera al escala global de las transacciones internacionales, el resultado es mínimo. Es por ello que los límites de la jurisdicción de los estados con respecto a las sociedades y a sus actividades, continúan en gran medida sin definirse, y muchos aspectos jurídicos aún no han recibido un reconocimiento universal en el derecho internacional.

2. *Tratados*

En el derecho internacional moderno, los tratados bilaterales y multilaterales, cuando hacen referencia a "nacionales de las partes contratantes", frecuentemente incluyen tanto individuos como sociedades. De nuevo, la nacionalidad constituye un elemento importante para definir en los tratados el tipo de compañía que puede gozar de los beneficios y estipulaciones contenidos en los mismos. Sin embargo, casi todos los tratados con-

tienen su propia definición de la nacionalidad, para las finalidades del tratado.¹⁸

3. Protección diplomática

La nacionalidad constituye la base jurídica que, en ausencia de tratados, da a un estado el *locus standi* para garantizar la protección diplomática a una sociedad en el caso de existir una responsabilidad internacional frente a otro estado. El establecimiento de la responsabilidad internacional por actos ilícitos u omisiones de los estados que violen los derechos de las sociedades, está respaldado por el derecho de protección diplomática.

Las normas que regulan este derecho se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, así como en un número considerable de laudos arbitrales, y en la práctica de los estados. "Las reglas existentes —relativas a la protección diplomática— representan las condiciones esenciales, desoralladas históricamente... las cuales... constituyen un *modus vivendi*, una bien equilibrada transacción producida, gradual y pacíficamente y, aceptada tanto por los Estados interesados en entender el alcance de la protección diplomática, como por los Estados interesados en restringirla".¹⁹

La expresión "protección diplomática" ha sido empleada en la práctica de los estados y entre los juristas con muchos y variados sentidos.²⁰

a) La protección diplomática en latu sensu

En *latu sensu*, la protección diplomática comprende cualquier acción de un estado frente a otro para demandar el respeto al derecho internacional en favor de sus nacionales. El alcance y los límites de esta actividad gubernamental no han sido definidos con precisión en el derecho internacional.

Algunas veces las representaciones diplomáticas son llevadas a cabo a través de agentes diplomáticos e incluso a través de agentes censurales.²¹ A partir de la práctica de los estados, resulta difícil aún evaluar el alcance de la protección diplomática. Ya que la correspondencia diplomática entre los gobiernos está generalmente orientada a la negociación no siempre refleja la estricta aplicación de las normas de derecho internacional. En algunos casos, las representaciones diplomáticas van más allá de las cuestiones "que corresponden esencialmente a la jurisdicción interna de cualquier estado",²² o bien, se dirigen al gobierno no sólo para asegurar la reparación de un daño que resulte de un acto ilícito internacional, sino que frecuentemente esta actividad diplomática intenta asimismo prevenir las posibles violaciones a una obligación internacional. Un ejem-

plo de la amplia gama de aspectos y actitudes tomadas por los estados en lo relativo a la protección diplomática de las sociedades, está dada por la Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction*.²³ Después de la declaración de quiebra de la compañía canadiense Barcelona Traction, efectuada por el tribunal español de Reus en 1948, las representaciones diplomáticas fueron hechas al Estado Español por los gobiernos de Canadá, del Reino Unido, de los Estados Unidos y de Bélgica.

El gobierno británico decidió proteger a los tenedores de bonos residentes en el Reino Unido, y apoyó la representación hecha por el gobierno canadiense. Este último envió representaciones al Gobierno Español en una serie de notas diplomáticas, quejándose de las denegaciones de justicia que se decían haber sido cometidas en España a Barcelona Traction y a sus subsidiarias españolas y canadienses.

Los Estados Unidos reclamaron a favor de Barcelona Traction, como apoyo a la nota presentada por el Gobierno Canadiense, y después prolongaron su intervención diplomática para proteger los intereses americanos de la compañía Barcelona Traction.

Por último, el gobierno belga presentó representaciones al gobierno español del mismo día en que lo hizo el gobierno canadiense, demandando la protección de Barcelona Traction. Más tarde, exigió la protección de los accionistas belgas de la mencionada compañía.

Del ejemplo anterior, se puede llegar a la siguiente conclusión: aunque en algunas ocasiones un gobierno puede carecer de *locus standi* —de acuerdo estrictamente con el derecho internacional— para ejercitar el derecho de protección diplomática y presentar una demanda formal en un caso dado, puede sin embargo entablar reclamaciones informales presentadas ante gobiernos extranjeros.²⁴

b) La protección diplomática en strictu sensu

La protección diplomática contiene, *strictu sensu*, los principios jurídicos a partir de los cuales un estado puede presentar formalmente una demanda contra otro estado o ante un tribunal internacional.

En el caso *Nottebohm*, la Corte Internacional apuntó que "la protección diplomática y la protección por medio de un procedimiento judicial internacional, constituyen medidas para la defensa de los derechos de los Estados".²⁵ La redacción empleada por la Corte da la impresión de que la protección diplomática y los procedimientos judiciales internacionales son conceptos diferentes, lo cual equivaldría a una visión equivocada del derecho.

En realidad, la representación diplomática y los procedimientos judiciales internacionales constituyen algunos de los medios de la protección diplomática.

En varios casos, la Corte Internacional se ha referido a la protección

diplomática como un solo término jurídico el cual comprende tanto las representaciones diplomáticas como los procedimientos judiciales internacionales. Por ejemplo, en el caso *Reparations*, la Corte estableció: "Los procedimientos judiciales, internacionales no son sino uno de los medios al alcance de los Estados para hacer valer su derecho a ejercer la protección diplomática".²⁶ Mientras que la realización de las representaciones diplomáticas es flexible y carece de un contenido fijo, el derecho de protección diplomática para la presentación de demandas ante instituciones internacionales, es un sistema formal, rígido y bien establecido en el derecho internacional. Es fundamentalmente dentro de esta perspectiva formal de la protección diplomática que la nacionalidad de las sociedades es tratada en este trabajo, ya que las representaciones diplomáticas son inevitablemente tendenciosas y no necesariamente indicativas de la posición real de un estado respecto al derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, su valor jurídico debe reducirse considerablemente.

Existen dos principios, íntimamente relacionados, que un estado debe acatar para poder demandar a otro estado por violaciones a los derechos de sus nacionales.

El primero consiste en el requisito de que la demanda debe ser presentada por el estado. Una de las dificultades en la presentación de demandas es la carencia de *ius standi* de las personas privadas ante los tribunales internacionales. Esta dificultad ha sido resuelta por medio de un principio jurídico que se ha desarrollado con base en una reiterada tendencia de laudos arbitrales y en la doctrina. La Corte Permanente de Justicia Internacional formuló este principio como sigue:

"Es un principio elemental de derecho internacional que un Estado tiene el derecho para proteger a sus nacionales cuando han sido lesionados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado... Al hacerse cargo del caso de uno de sus nacionales; y al recurrir a la protección diplomática o a un procedimiento judicial internacional en su nombre, el Estado se encuentra realmente afirmando sus propios derechos; su derecho de garantizar en la persona de sus nacionales, el respeto a las normas del derecho internacional... Cuando un Estado se ha hecho cargo de un caso a favor de uno de sus nacionales ante un tribunal internacional, para este último, el Estado es el único reclamante".²⁷

El segundo principio establece que el estado protector debe ser el estado nacional de la persona afectada. La Corte Permanente ha definido este principio así:

"Este derecho (de protección diplomática) está limitado necesari-

amente a la intervención en favor de sus propios nacionales porque a falta de un acuerdo especial es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo lo que, por sí solo, confiere al Estado el derecho de protección diplomática".²⁸

El derecho de protección diplomática es entonces una relación jurídica establecida entre estados. El derecho pertenece exclusivamente al estado nacional. Sin embargo, el estado no está obligado por el derecho internacional a reclamar en todos los casos que impliquen una violación a dicho orden jurídico infligida a sus nacionales. Por lo tanto, el derecho de protección diplomática es también esencialmente discrecional.

La naturaleza discrecional del derecho de protección diplomática radica en consideraciones de índole jurídica, política y económica que pueden ser tomadas en cuenta por el estado antes de anteponer su demanda contra otro estado. Asimismo, el estado goza de la prerrogativa de entablar o no la demanda.

Con respecto a la naturaleza discrecional de la protección diplomática de las compañías, el gobierno británico, en el caso *Santa Clara Estates Co. Ltd.* (1903), la Cancillería emitió el siguiente comentario: "Debería dejarse a él (el Gobernador Interino de Trinidad), a su discreción, decidir si una compañía es en realidad suficientemente británica para tener derecho a la protección".³⁰ No obstante, el gobierno británico ha expedido normas de política general, aplicables cuando un nacional del Reino Unido busca la protección de su gobierno.³¹

En el caso *Renault Selling Branch Inc.*, el Departamento de Estado destacó "... el problema de que si la protección diplomática es concedida a las compañías constituidas de acuerdo a las leyes de los diferentes Estados, y la medida en que tal protección debe quedar a la discreción del Departamento...".³³ Sin embargo, al igual que el Reino Unido, los Estados Unidos tienen una política bastante clara y establecida sobre la protección diplomática a sus nacionales.

La naturaleza discrecional de la protección internacional fue más tarde descrita con propiedad por la Corte Federal Suiza en el caso de *Gschwind vs. Swiss Confederation*. El Sr. Gschwind antepuso una demanda por daños contra la Confederación Suiza porque su gobierno se negó a continuar una acción diplomática contra el gobierno británico. La Corte Federal Suiza sostuvo que: "el hecho de que haya sido dañado por una violación al derecho internacional, no confiere al ciudadano el derecho de asistencia por parte de la Confederación, de la manera deseada por él".³⁴

La Corte Internacional, en el caso *Barcelon Traction*, ha establecido que:

"El Estado debe ser considerado como el único juez para decidir si su protección será otorgada, en qué medida lo será y cuándo

cesará. Retiene a este respecto un poder discrecional, cuyo ejercicio puede determinarse por consideraciones de naturaleza política o de otro tipo, sin relación alguna con el caso particular. . . El Estado goza de una completa libertad de acción.³⁵

Asimismo, en el derecho interno, los estados no están obligados, generalmente, a conceder protección diplomática a sus compañías nacionales.³⁶ Sin embargo, los gobiernos de varios países exportadores de capital han adoptado recientemente nuevos sistemas para mitigar la carga que implica el riesgo del inversionista nacional en el extranjero. Estos programas son ordinariamente efectuados a través de pactos bilaterales con los países importadores de capital, así como de la creación de programas internos de garantía a la inversión y contratos generales de seguros.³⁷

C. La nacionalidad de las sociedades para la protección diplomática

El concepto de la nacionalidad de las sociedades como fundamento para el ejercicio de la protección diplomática, ha tenido un desarrollo paralelo al concepto de la nacionalidad y la protección diplomática aplicado a los individuos. Sin embargo, la idea de nacionalidad de las sociedades, al menos en el plano del derecho internacional, se originó en el presente siglo. El desarrollo del derecho de protección diplomática sólo comenzó a extenderse a las sociedades al final del siglo pasado.³⁸ El concepto de la nacionalidad de las sociedades en función de la protección diplomática presenta una doble vertiente. Por una parte, las normas que regulan la determinación de la nacionalidad de las compañías son diferentes a aquellas que regulan la determinación de la nacionalidad de los individuos. Por otra parte, el principio de que la nacionalidad constituye la base legal del derecho de un estado para presentar una demanda ante un tribunal internacional, es aplicable tanto a los individuos como a las sociedades. En otras palabras, ambos deben tener la nacionalidad del estado demandante; si es que éste decide ejercer su derecho de protección diplomática; en tanto que la determinación de las normas sustantivas de la nacionalidad son, sin lugar a dudas, aplicadas diferentemente a los individuos que a las sociedades, a pesar de sus similitudes.³⁹

Hay tres preguntas que deben responderse: Primera, ¿cómo se ha desarrollado en el derecho internacional consuetudinario el principio que exige que el estado demandante sea el estado nacional de una sociedad para ejercer el derecho de protección diplomática? Segunda, ¿cuáles son los elementos constitutivos de este vínculo de nacionalidad? Tercera, ¿ha aceptado el derecho internacional consuetudinario otras bases para la protección de las sociedades en el plano internacional, o es el vínculo

de nacionalidad lo único que confiere a un estado el derecho de protección diplomática?

1. Primera pregunta:

¿Cómo se ha desarrollado en el derecho internacional consuetudinario el principio que exige que el estado demandante sea el estado nacional de una sociedad para ejercer el derecho de protección diplomática?

Ha sido indicado ya que en el caso *Penevezys-Saldutiskis Railway*, la Corte dijo: "...es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el indi-

viduo lo que por si solo confiere al Estado el derecho de protección diplomática".⁴⁰

Es entonces el propósito de las páginas siguientes demostrar si este concepto puede o no puede extenderse, *mutatis mutandis*, a las sociedades. Parece ser, por muchos aspectos de la práctica de los estados que éstos se consideran así mismos facultados para proteger a las sociedades cuando el estado demandante les ha conferido unilateralmente su vínculo jurídico de nacionalidad. A continuación se exponen varios ejemplos a fin de demostrar el principio anterior.

a) Representaciones diplomáticas

a. 1. Reino Unido.

Ya en 1825, la Cancillería del Reino Unido señaló al Departamento de Asesoría Jurídica (*Law Offices*), con respecto a una posible violación del Tratado de Amistad y Comercio efectuado entre Argentina y Gran Bretaña, que:

"...no puede haber duda alguna de que el Gobierno Británico y otros han hecho constantemente representaciones diplomáticas a favor de compañías constituidas de acuerdo a sus respectivas leyes".⁴¹

En 1911, cuando el gobierno del Reino Unido se enteró de que el gobierno de Siam (Tailandia), interpretando un tratado favorable con respecto a la propiedad territorial en Siam, tenía pensado no considerar a las compañías británicas como facultadas con los mismos derechos que los individuos respondió en estos términos: "Al Gobierno Siamés no le sería tolerado sostener que una compañía debidamente constituida como británica fuera en realidad extranjera

y que el Gobierno de Su Majestad no tuviera derecho a protegerla".⁴²

En muchos otros casos, puede apreciarse con claridad que, aunque la protección diplomática no fue de hecho ejercida por el gobierno británico, de derecho pudo haberlo sido, ya que las sociedades en cuestión fueron constituidas de acuerdo al derecho británico y, por ello, eran británicas.⁴³

a. 2. Los Estados Unidos

El mismo punto de vista es claramente adoptado en la práctica de los Estados Unidos. En 1916, Moore señaló:

"Ha sido asentado que un gobierno tiene la facultad de intervenir a favor de una compañía constituida de acuerdo a sus leyes... Es por eso que encontramos en las convenciones generales de reclamaciones que la sumisión o las soluciones abarcaron uniformemente 'todas las sociedades, compañías o individuos privados de los Estados Unidos'.⁴⁶

a. 3. Perú

El gobierno de Perú ha adoptado también el punto de vista jurídico de que sólo el estado nacional de una sociedad está facultado para protegerlo contra otro estado.⁴⁷ Esta posición ha sido expresada recientemente en la correspondencia diplomática con el gobierno de los Estados Unidos, a raíz de la expropiación de la compañía La Brea Pariñas, S. A. Dicha compañía había sido constituida de acuerdo a las leyes de Canadá y pertenecía totalmente a Internacional Petroleum Company, una sociedad debidamente constituida en el Reino Unido. Una nota diplomática de la Cancillería Peruana respondió al Departamento de Estado en los siguientes términos:

"...La sociedad ha sido constituida en Canadá... en virtud de esta situación jurídica, no es posible entender la razón por la cual su Gobierno se reserva el derecho a efectuar representaciones diplomáticas a favor de una sociedad que fue constituida y opera en un país que no es el de su Excelencia".⁴⁸

a. 4. Francia

En 1948, el Ministro Francés de Asuntos Extranjeros declaró ante

la Asamblea Nacional, con respecto al caso *Société des Phosphates Tunisiens*:

"Se trata de una sociedad de mayoría francesa en lo que concierne al consejo de administración como al capital. Esta sociedad tiene su domicilio no en Túnez, sino en Francia. Es entonces una sociedad francesa que, en virtud del derecho internacional y del derecho francés, no puede ser objeto de embargo y no puede ser afectada".⁵⁰

a. 5. México

El gobierno mexicano ha puesto en claro en varias ocasiones que las demandas internacionales que exigen la reparación por daños a una sociedad, solamente pueden ser antepuestas por el estado nacional de la compañía. En el caso *Mexican Cotton Estates of Tlahuilco Ltd.*, el gobierno mexicano se negó a negociar o a someter a arbitraje el caso, el cual tenía que ver con ciertos derechos sobre el agua de esta sociedad mexicana —cuyos accionistas eran principalmente británicos—, argumentando que la compañía tenía nacionalidad mexicana. El Asesor jurídico de la Cancillería Británica respondió:

"Cada intervención es, desde luego, excepcional y contraria a la práctica habitual que consiste en intervenir únicamente a favor de súbditos o compañías británicas, y no a favor de compañías extranjeras..."⁵¹

En cumplimiento al Decreto de expropiación de 18 de marzo de 1938, el gobierno mexicano expropió los campos de petróleo de la Compañía Mexicana de Petróleo "El Aguila", S. A. La Compañía había sido debidamente constituida de acuerdo al derecho mexicano, y sus accionistas eran principalmente nacionales británicos y holandeses. El gobierno mexicano, aunque finalmente estuvo de acuerdo en pagar la indemnización, correspondiente^{51a} respondió, el 12 de abril de 1938, al gobierno del Reino Unido que la compañía "es una empresa mexicana, en consecuencia, no corresponde al patrocinio de sus intereses, ni en el terreno de actividad interna del Estado Mexicano, ni en el plano de la vida internacional".

En una nota ulterior del 20 de abril de 1938, el gobierno británico insistió en afirmar su derecho de proteger los intereses británicos en la compañía y en un gran número de subsidiarias, señalando sin embargo, que "El Gobierno de Su Majestad... conoce perfectamente bien la nacionalidad mexicana de la Compañía 'El Aguila', en

el sentido de que se constituyó conforme a la ley mexicana, y en ninguna forma trata de negar esto...⁵²

a. 6. Egipto

El caso *Compagnie Universel du Canal de Suez* contiene muchas consideraciones de orden político y jurídico más allá de la esfera de este estudio. Sin embargo, cabe señalar que Egipto, *inter alia*, en 1956 negó el derecho de Francia a intervenir diplomáticamente, ya que la compañía tenía nacionalidad egipcia.⁵³

b) *Laudos Arbitrales*

Los laudos arbitrales muestran una clara tendencia a aceptar el principio según el cual la nacionalidad de una sociedad es el fundamento jurídico que da a un estado el derecho de ejercer la protección diplomática. Se analizarán dos casos:

En el caso *Delagoa Bay Railway Company*,⁵⁴ una sociedad, constituida de acuerdo a las leyes de Portugal, perteneciente por completo a una empresa británica que a su vez pertenecía a nacionales de los Estados Unidos, adquirió una concesión para construir un ferrocarril a lo largo de un territorio colonial portugués, desde la Bahía de Delagoa hasta la frontera de Transval. En 1888, mientras el ferrocarril estaba en construcción, surgió una disputa entre el gobierno portugués y la compañía sobre la extensión de una de las terminales de la línea. No obstante las representaciones de los gobiernos británico y norteamericano, el gobierno portugués rescindió en 1889 la concesión y tomó posesión del ferrocarril. Finalmente, Portugal aceptó un acuerdo y, en consecuencia, el caso fue sometido a un tribunal de arbitraje. El laudo emitido fue favorable a la demanda británica de protección a sus accionistas, aunque fue consenso del tribunal que, "en estricto derecho, la única persona facultada para asumir el carácter de demandante frente al gobierno portugués, era la compañía portuguesa".⁵⁵

En 1928, el Reino Unido, como estado demandado en el caso *Romano American Company*,⁵⁶ adoptó el punto de vista jurídico de que solamente el estado nacional de una sociedad está facultado para protegerla diplomáticamente. Los hechos de este caso se originaron en 1916, como resultado de la invasión anticipada de Rumanía. Las Potencias Aliadas, que en este tiempo no incluían a los Estados Unidos persuadieron al gobierno rumano de destruir las instalaciones de la Compañía Romano Americana, subsidiaria que pertenecía totalmente a la Standar Oil Company —nacional de los Estados Unidos—, como una medida bélica para prevenir que cayera en manos del enemigo. La destrucción fue llevada a efecto por fuerza rumanas

y británicas. Después de la guerra, los Estados Unidos pretendieron responsabilizar al gobierno británico por la destrucción de las instalaciones de la compañía. El gobierno británico, *inter alia*, por medio de una nota diplomática del 5 de julio de 1928, se negó a reconocer el derecho de los Estados Unidos a sostener la demanda, argumentando que "no se tiene en cuenta que la Romano Americana, en la medida en que la nacionalidad es un predicado de una sociedad, es en sí un nacional rumano, y que ninguna demanda a su favor podría ser antepuesta en derecho internacional por un gobierno extranjero".⁵⁷

c) *La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*

A partir de muchos casos ventilados por la Corte Internacional de Justicia, parece ser que los estados han reconocido ya sea explícitamente, o implícitamente sin haberlo discutido, que la nacionalidad de la sociedad protegida es uno de los factores jurídicos esenciales para la admisibilidad de la demanda.

En el caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, el gobierno belga indicó que estaba protegiendo el derecho "*sa rresortissante*", y el hecho de haber sido constituida en Bruselas daba —implícitamente a Bélgica el derecho de ejercer la protección diplomática.⁵⁸

Similarmente, en el caso *Penevezys Saldutiskis Railway*,⁵⁹ la competencia de Estonia para presentar la demanda de la compañía de su nacionalidad, fue negada por Lituania, argumentando que la nacionalidad de la sociedad no cumplía con el principio de la nacionalidad continua. Sin embargo, ambas partes habían asumido implícitamente que el gobierno de Estonia tendría el derecho de proteger a la compañía ferroviaria si la nacionalidad estoniana de la misma era probada.

En el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, el gobierno británico indicó que la compañía protegida había sido constituida en el Reino Unido, y consideró que poseía su nacionalidad. Por lo tanto, "el Gobierno del Reino Unido adoptó la causa de esta compañía británica y presentó, en virtud del derecho de protección diplomática, una demanda en 1951".⁶⁰

Más adelante, en el caso *Interhandel*,⁶¹ las partes aceptaron que Suiza tenía el derecho de proteger a la compañía Interhandel por gozar de la nacionalidad suiza.⁶² En la solicitud de medidas provisionales para resguardar los derechos, el gobierno suizo expresó: "El derecho a ser protegido equivale a los derechos del Gobierno Suizo a asegurar que su nacional Interhandel sea tratado de conformidad con el derecho internacional".⁶³

Por último, en el caso *Barcelona Traction* la Corte acordó que la compañía tenía nacionalidad canadiense, y el vínculo no fue recusado por ninguna de las partes. "En conclusión, el expediente muestra que de 1948 en adelante el Gobierno Canadiense dirigió al Gobierno Español numerosas representaciones, las cuales no pueden ser entendidas de otra manera

que como el ejercicio de la protección diplomática con respecto a la compañía *Barcelona Traction*. . . y . . . es verdad que hasta cierto punto el Gobierno Canadiense cesó de actuar a favor de *Barcelona Traction* por razones que no han sido reveladas completamente. . . pero. . . el Gobierno Canadiense ha retenido, sin embargo, su capacidad para ejercer la protección diplomática".⁶⁴ Así pues, la Corte Internacional confirmó el punto de vista jurídico de que, como la compañía *Barcelona Traction* seguía siendo una compañía canadiense, era derecho exclusivo de Canadá ejercer la protección diplomática.

d) *Tratados*

Pueden encontrarse muchas cláusulas en los convenios que establecen comisiones mixtas de reclamaciones y de compensación global (*Lump sum Settlements*), en los cuales se ha acordado que las sociedades facultadas para recibir protección diplomática deben, cuando menos, poseer el vínculo formal de nacionalidad con el estado demandante. Si los acuerdos suscritos entre los estados requieren de otros elementos.⁶⁵ para la aceptación de la demanda, ha sido establecido que la sociedad como tal, o el accionista de una compañía extranjera, deben tener cuando menos la nacionalidad del estado protector.

Como principio general, no existe un derecho sustantivo en el derecho internacional consuetudinario que autorice a un estado a ejercer la protección diplomática de los accionistas mientras la compañía tenga existencia legal y goce de personalidad jurídica. Únicamente en el caso de que se haya hecho un acuerdo internacional entre las partes, o dentro de los límites excepcionales señalados por el derecho internacional, un estado puede proteger a sus accionistas nacionales. De cualquier otra forma la nacionalidad, concomitante a la personalidad jurídica, es un requisito esencial para la presentación y la admisibilidad de una demanda ante un tribunal internacional.⁶⁶

e) *Conclusiones*

La aceptación, en ciertos tratados, de que la nacionalidad jurídica de la compañía no es necesaria para los objetivos de la eligibilidad del estado demandante, puede tener poca autoridad, ya que son muy pocos y, los tratados en principio, no pueden ser derogatorios del derecho internacional general consuetudinario. Así pues, es posible concluir que existen normas firmemente establecidas en materia de nacionalidad y de protección diplomática de las sociedades en el derecho internacional. Estas normas pueden ser resumidas como sigue:

1. El derecho de protección diplomática comprende tanto sociedades como individuos.

2. La nacionalidad, para las finalidades de la protección diplomática, es el vínculo jurídico que relaciona a un estado con una sociedad, oponible a terceras partes.

3. La nacionalidad es una de las bases esenciales para la admisibilidad de una demanda ante un tribunal internacional. Un estado demandado por otro a efectuar una reparación por daños a una sociedad cuya nacionalidad no ha sido probada, hará que el tribunal pueda declarar inadmisibles la demanda.

2. Segunda pregunta:

¿Cuáles son los elementos constitutivos del vínculo de nacionalidad?

El segundo problema planteado estriba en la búsqueda del contenido del principio de nacionalidad, es decir de los elementos constitutivos esenciales que determinan la nacionalidad de una sociedad que, consecuentemente, la relacionan con un estado para las finalidades de la protección diplomática. En virtud de que las sociedades y los individuos han tenido un desarrollo paralelo en este campo del derecho internacional, es necesario saber si el derecho internacional ha determinado o no requisitos especiales para el otorgamiento de la nacionalidad a sociedades y para la presentación de demandas internacionales, distintos a los establecidas por el derecho interno. Esta pregunta será analizada a la luz de la práctica de los estados y en segundo lugar desde el punto de vista de los principios legales sustentados por la Corte en el célebre caso de *Nottebohm*.

a) *El Criterio de la Constitución*

El principio de nacionalidad aceptado en el derecho internacional en función de la protección diplomática, consiste en que una sociedad tiene la nacionalidad del estado en el cual ha sido debidamente constituida y bajo cuyas leyes existe. La constitución de la compañía es el acto jurídico internacionalmente reconocido como el elemento determinante para atribuirle nacionalidad a la misma.

El concepto de constitución no está limitado a la simple creación de una nueva persona jurídica, sino que comprende también el establecimiento del domicilio social de la compañía en el territorio en el que ha sido constituida.

En los países regidos por el *Common Law*, la escritura constitutiva debe incluir una cláusula que especifique en qué parte del territorio del estado estará situado el domicilio social de la compañía. El señalamiento del domicilio social dará jurisdicción a los tribunales internos, ya que es el lugar donde la sociedad puede estar sujeta a un proceso legal.

Es asimismo el lugar en el cual las acciones, los accionistas y los consejeros están registrados, y donde se guardan los libros de actas y de contabilidad.⁶⁷

Resulta entonces erróneo afirmar que los estados han aceptado, como una norma de derecho internacional consuetudinario, dos o probablemente más criterios para determinar la nacionalidad. Es indudable que para las finalidades del derecho interno y principalmente para las del derecho internacional privado, los estados pueden adoptar varios criterios para la nacionalidad.

Pero, como se ha explicado antes,⁶⁸ el criterio de la constitución y el criterio del domicilio social coinciden en derecho, aunque no en el nombre.⁶⁹ Aunque en los países de derecho escrito las sociedades tienen su domicilio en el territorio del estado, es cierto también que la compañía debe haber sido constituida conforme a las leyes del estado en el cual está ubicado el domicilio. Por otra parte, en los países de *Common Law*, las sociedades deben tener su domicilio social en el territorio en el que han sido constituidas. Así pues, el problema es más bien de naturaleza semántica que de divergencias sobre la nacionalidad de las sociedades. A pesar de las diferencias que afloran siempre que se comparan las instituciones jurídicas de dos países, parece ser que el "registered office" del *Common Law* corresponde generalmente al domicilio social de los estados de derecho escrito, aunque el término empleado por estos últimos no es propiamente del *Common Law* y viceversa.⁷⁰ El principio de la nacionalidad de las sociedades en el derecho internacional es meramente técnico, basado en una concepción estrictamente formal de la estructura de la compañía. En la medida en que la nacionalidad de una sociedad es concomitante a su personalidad jurídica,⁷¹ le es asimismo atribuida con su constitución, y desaparece con su liquidación y disolución.

En el caso *Barcelona Traction*, la Corte señaló que, para las finalidades de la protección diplomática, una compañía cesaba de existir sólo cuando su disolución jurídica fuera formalmente aprobada conforme a sus estatutos o a las disposiciones pertinentes del derecho interno. Al descartar la posibilidad de una terminación económica de una sociedad, la Corte afirmó: "Una precaria situación financiera no puede ser equiparada con la desaparición de la entidad corporativa... el *status* jurídico de la compañía es lo único relevante, y no su condición económica ni siquiera la posibilidad de ser prácticamente inexistente."⁷² En este sentido, el derecho internacional ha considerado a una compañía como una mera creación del derecho, lo cual equivale a una concepción cercana a la teoría de la ficción sobre la personalidad jurídica.⁷³

La concordancia de los órdenes jurídicos internos no siempre genera el derecho internacional consuetudinario; sería necesario además un consenso de opinión entre los estados. "Es un error el intento de establecer normas de derecho internacional con los métodos del derecho comparado;

o aun de declarar que las normas del derecho interno de diferentes Estados que muestran cierto grado de uniformidad, son normas de derecho internacional".⁷⁴

Así, el criterio de la constitución para determinar la nacionalidad de las sociedades, ha sido confirmado por una reiterada práctica y por numerosos instrumentos; de este modo ha adquirido el elemento esencial de *opinio juris sive necessitatis*.

En las siguientes páginas se demostrará con una serie de ejemplos tomados de la práctica de los estados, los tratados y la jurisprudencia de la Corte, el criterio de la nacionalidad arriba mencionado.

1. Bélgica

El gobierno de Bélgica, en el caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*,⁷⁵ indicó que la compañía había sido constituida en Bruselas y que por lo mismo era un nacional de Bélgica, (*société de Droit Belge*). No hizo referencia a ningún otro elemento que pudiera ser tomado en cuenta para formular la norma de la nacionalidad. Es digno de atención que la Ley Acta de Compañía Belgas de 1935 hacía del "establecimiento principal" la prueba de la nacionalidad.⁷⁶

Sin embargo, en el caso *Société Commerciale de Belgique*, el gobierno belga apuntó en su demanda:

"Al introducir esta demanda, el Gobierno Belga tiene en vista la protección de su nacional, la *Société Commerciale de Belgique*, sociedad belga cuyo domicilio social así como su principal establecimiento están en Ougre, Bélgica y de la cual, tanto en su origen como actualmente, la gran mayoría de las acciones pertenecen a nacionales belgas".⁷⁷ El Gobierno griego, en su contrademanda, parece haber considerado a la compañía como poseedora de nacionalidad belga, con base únicamente en el hecho de que fue "fundada" en Bélgica.⁷⁸

En el caso *Barcelona Traction*, ni el gobierno de Bélgica ni el de España discutieron la nacionalidad canadiense de la compañía; asimismo la Corte reconoció tal nacionalidad sobre la base de que había sido constituida y de que tenía su domicilio social (*registered office, isège statutaire*) en Canadá.⁷⁹ Análogamente, durante el curso del procedimiento oral, Bélgica invocó la aceptación del criterio de la constitución como el elemento definitivo de la nacionalidad.⁸⁰

Haciendo a un lado el problema de determinar si un estado tiene o no el derecho sustantivo de protección diplomática con respecto a los accionistas de las sociedades constituidas conforme a las leyes de un estado demandado o tercero, el gobierno belga puso en claro, en su intento de convencer a la Corte, que estaba protegiendo los derechos de dos sociedades accionistas de la compañía *Barcelona Traction*, y al hacerlo quedaba establecido que ambas sociedades accionistas poseían la nacionalidad bel-

ga, ya que habían sido constituidas de acuerdo a las leyes belgas y tenían su domicilio en Bélgica.⁸¹

2. Canadá

Cuando el gobierno de Canadá inició la correspondencia diplomática con España con respecto a la quiebra de la compañía Barcelona Traction declarada por el Tribunal de Reus, se consideró facultada para ello en virtud de que la compañía había sido constituida (*incorporated, constituée*) en Toronto, donde tenía asimismo su domicilio (*head office, siège*). El mismo enfoque fue adoptado para la protección de otras tres compañías subsidiarias de Barcelona Traction.⁸²

3. Estonia

En el caso *Panevezys-Saldutiskis Railway*, el gobierno de Estonia ejerció la protección diplomática de su compañía ya que: "En 1925... la Asamblea de Jueces de Paz ordenó la matriculación en el registro judicial... transformándose así (la compañía había sido originalmente constituida en Rusia) en una sociedad estoniana con *siège social* en Estonia".⁸³

4. Francia

En la práctica del gobierno francés, la evidencia del criterio de la constitución no es tan determinante. Es claro que Francia ha fundamentado sus demandas internacionales en el concepto de domicilio social como se establece en el derecho francés, y hace muy pocas referencias, o casi ninguna, al lugar de constitución. Sin embargo, es jurídicamente imposible, en derecho francés, considerar que una compañía posea la nacionalidad francesa careciendo del requisito de constitución conforme a las leyes de Francia.⁸⁴

En la Convención de 1924 entre Francia y México, la cual estableció la Comisión de Reclamaciones Franco-Mexicana,⁸⁵ fue estipulado que las sociedades francesas eran capaces de presentar demandas, aunque no es posible encontrar una explicación mayor sobre la nacionalidad de las sociedades. Francia ha suscrito varios convenios de compensación global, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial. En términos generales, todos estos acuerdos "han requerido expresamente la posesión de la nacionalidad francesa como condición previa... para la elegibilidad de indemnización".⁸⁶ El significado dado por la Comisión Francesa al término "personas jurídicas de nacionalidad francesa", formulado en los acuerdos arriba mencionados, es desgraciadamente difícil de determinar.

Los tratados bilaterales suscritos por Francia han requerido siempre

que las sociedades, con el objeto de que gocen de los beneficios de los acuerdos, hayan al menos sido constituidas conforme a las leyes de los estados contratantes. No obstante, muchos tratados han requerido también que las compañías posean un domicilio social en el territorio del estado contratante.⁸⁷

En el caso *SS Wimbledon*,⁸⁸ el único aspecto de la compañía protegida por Francia referido en la demanda conjunta,⁸⁹ fue la ubicación de su domicilio social que, al estar en París, determinaba la nacionalidad de acuerdo al derecho francés. Alemania, como estado demandado, no impugnó la nacionalidad francesa de la compañía.

5. España

Por medio del convenio del 29 de mayo de 1923, Gran Bretaña y España sometieron a arbitraje algunas reclamaciones de súbditos británicos por daños infligidos en la Zona Española de Marruecos. En el caso *Zit Ben Kiran*,⁹⁰ el representante español impugnó el derecho de Gran Bretaña al entablar la demanda, en virtud de que esta sociedad de personas había sido fundada y establecida en Melilla y, por lo tanto, tenía nacionalidad española. Según el derecho español, las sociedades de personas poseen una personalidad jurídica independiente a la de sus socios —en este caso un nacional británico y otro marroquí—. Sin embargo el Presidente de la Comisión —Max Huber—, aceptó la demanda con fundamento en la equidad.

6. Líbano

En el caso *Electricité de Beyrouth Company*, Francia protestó contra Líbano con respecto a la cancelación de ciertas concesiones adquiridas por la mencionada compañía. Al hacer esto, el gobierno francés declaró: "La *Electricité de Beyrouth* es una sociedad anónima francesa con domicilio social... en París. Fue constituida en 1923..."⁹¹

7. Italia

En el caso *Phosphates in Marocco*,⁹² Italia reclamó a Francia el respeto a los derechos adquiridos por la compañía italiana *Minieri e Fosfati*. A pesar de que la evidencia que ofrecen los alegatos es mínima, es posible observar, a partir de los documentos presentados por las partes, que la compañía había sido debidamente constituida en Roma y que su domicilio social estaba ubicado en Italia. Asimismo, puede observarse que la mayoría de los accionistas poseían la nacionalidad italiana.⁹³ Francia impugnó el derecho de Italia para llevar el caso a la Corte, sobre la base

de que las concesiones de Phosphates no pertenecían a la compañía italiana, sino a una norteamericana.⁹⁴

8. Alemania

En las demandas de Alemania contra Polonia por la expropiación de intereses y propiedades alemanas en la Alta Silesia, el gobierno alemán, en el caso *Certain German Interests in Upper Silesia (Merits)*⁹⁵ demostró que algunas compañías polacas estaban controladas por nacionales alemanes, individuos y sociedades. Al hacer esto, expresó la opinión de que los accionistas de las compañías polacas poseían la nacionalidad alemana ya que sus domicilios sociales se encontraban en territorio alemán.⁹⁶ Aunque no hay referencias directas al lugar de constitución, es posible observar en los documentos presentados por las partes que estas sociedades fueron constituidas conforme a las leyes del Imperio Alemán.⁹⁷

En el caso *In Re Mexico Platagem G.m.b.h.*,⁹⁸ decidido por la Comisión de Reclamaciones Germano-Mexicana^{98a} en 1930, Alemania presentó una demanda a favor de una sociedad de responsabilidad limitada, establecida de acuerdo a las leyes alemanas, con domicilio social en Hamburgo y con negocios en México. El representante mexicano impugnó el derecho de Alemania para llevar el caso a la Comisión. El presidente de ésta, Sr. Cruchaga, emitió la opinión de la Comisión y sostuvo que una compañía podía tener una nacionalidad y esta era aquella del estado de acuerdo a cuyas leyes había sido constituida. Añadió que de todos los criterios para determinar la nacionalidad de las sociedades, el de la constitución es el más razonable.

Alemania Occidental ha suscrito varios tratados "para la promoción y protección de las inversiones"⁹⁹ Los beneficiarios en estos tratados son, entre otros, aquellas compañías cuyo domicilio social está ubicado en el territorio alemán y cuyo *status* está regulado por la legislación alemana.

Por otra parte, Alemania ha aceptado el criterio de que los beneficiarios de las demás partes contratantes podrían ser aquellas compañías cuyos domicilios sociales estén situados en el territorio de la parte contratante.¹⁰⁰

9. Suiza

El gobierno suizo, en el caso *Losinger & Co.*,¹⁰¹ consideró a esta compañía como poseedora de la nacionalidad suiza, indicando únicamente que tenía su domicilio social en Berna. Sin embargo, en el caso *Interhandel*, Suiza demandó la protección de la sociedad sobre la base de haber sido fundada en Basilea con arreglo al derecho suizo, además de tener su domicilio en Suiza. El requerimiento de la nacionalidad no fue impugnado por los Estados Unidos como estado demandado.¹⁰²

10. El Reino Unido

La posición británica con respecto a la nacionalidad de las sociedades en función de la protección diplomática, ha sido siempre clara. Como lo señaló Beckett en 1931: "La doctrina que establece que la nacionalidad de una compañía para las finalidades del derecho internacional, es aquella conforme a cuyas leyes ha sido constituida, independientemente de la nacionalidad de sus accionistas, esta hoy, me parece, firmemente establecida".¹⁰³

La Comisión de Reclamaciones Anglo-Mexicana de 1926,¹⁰⁴ recibió muchos casos en los cuales, las compañías constituidas y con domicilio social en Gran Bretaña fueron admitidas como poseedoras de la nacionalidad británica y, por lo tanto, sus demandas fueron oídas por la Comisión. En el caso *F. W. Flack*,¹⁰⁶ el representante mexicano argumentó, entre otras cosas, que un certificado de constitución de una compañía no era una prueba suficiente de su nacionalidad británica. La Comisión, por mayoría, falló en sentido afirmativo, ya que en su opinión el certificado de nacionalidad, combinado con el hecho de que la compañía estaba domiciliada en Londres y sus negocios dirigidos en Inglaterra, era una prueba suficiente de nacionalidad.¹⁰⁷

En los convenios sobre compensaciones globales, de los cuales el Reino Unido no ha sido parte,¹⁰⁸ se ha estipulado que las compañías constituidas conforme al derecho británico son elegibles para reclamar una compensación. Contrariamente a la práctica suiza y de los Estados Unidos, el Reino Unido no ha hecho referencia a un supuesto "interés británico" en la sociedad aparte de su nacionalidad nominal.¹⁰⁹

En el caso *Anglo-Irian Oil Co.*,¹¹⁰ la única referencia a los elementos constitutivos de la nacionalidad de la sociedad fue formulada por el Reino Unido, a partir de la consideración de haber sido constituida con arreglo a sus leyes.

11. Estados Unidos

Intereses paralelos de estados inversionistas y acreedores han provocado similitudes notorias en las actitudes adoptadas por el Reino Unido y los Estados Unidos en relación con la protección diplomática de las sociedades.¹¹¹ Los Estados Unidos, en numerosas ocasiones han sostenido el criterio que, en el derecho internacional consuetudinario, la mera constitución de una compañía otorga al estado el derecho a protegerla diplomáticamente.

En una carta del 19 de febrero de 1924, dirigida al Departamento de Estado, el Comisionado norteamericano en la Comisión Mixta de Reclamaciones Norteamericana-Germana, explicó que en varios casos pendientes, el problema consistía en el derecho de los Estados Unidos

para presentar demandas de compañías americanas, la mayoría de las cuales pertenecían a extranjeros. El Comisionado alemán dijo que la posición del representante norteamericano era la siguiente: "Una sociedad constituida conforme a las leyes de los Estados Unidos o de uno de sus Estados constitutivos, es un nacional americano, sin importar la nacionalidad de sus accionistas".¹¹²

En el caso *Agency of Canadian Car and Foundry Co. Ltd.*,¹¹³ presentado a la Comisión Mixta de Reclamaciones Norteamericana-Germana, el representante alemán impugnó el derecho de los Estados Unidos a llevar la demanda ante la Comisión. La compañía había sido constituida con arreglo a las leyes de Nueva York, donde además tenía su domicilio social. El capital social pertenecía en su totalidad a la compañía matriz, nacional de Canadá. El Comisionado norteamericano fundaba el derecho de los Estados Unidos a presentar el caso, en que la determinación de la nacionalidad de la compañía debería hacerse conforme a las leyes de los Estados Unidos, y como el derecho norteamericano atribuye la nacionalidad a las sociedades que han sido constituidas de acuerdo a sus leyes, independientemente de la nacionalidad de los accionistas, la compañía era norteamericana. En 1939, el Arbitro otorgó *jus standi* a la demanda norteamericana; sin embargo, tal medida no fue fundada en la jurisprudencia del derecho internacional.¹¹⁴

En el caso *Panama Sugar Fruit & Cattle*, ventilado por la Comisión General de Reclamaciones Norteamericano-Panameña establecida por la Convención de 1950, la Comisión señaló que "la compañía demandante, habiendo sido constituida en Panamá (aunque el 99% de los accionistas eran nacionales norteamericanos), no es un nacional norteamericano... En general, los Estados Unidos solamente presentan demandas de sociedades constituidas conforme a sus leyes o a las de uno de sus Estados constitutivos".¹¹⁵ De esta forma, las demandas relativas a sociedades ante las comisiones de reclamaciones, han sido sostenidas por los Estados Unidos si la compañía que busca protección ha sido constituida con arreglo a sus leyes. Sin embargo, como una política unilateral de restricción,¹¹⁶ similar a la política de Suiza o del Reino Unido, los Estados Unidos han rehusado en general, presentar demandas de sociedades pertenecientes en su totalidad a elementos extranjeros, o bien controladas por éstos.¹¹⁷ Allí donde los beneficios económicos estén total o principalmente en manos extranjeras, los Estados Unidos ejercerán su discreción para no intervenir diplomáticamente a favor de una sociedad constituida conforme a sus leyes, a pesar de que en derecho se consideren facultades para obtener una reparación por pérdidas sufridas por una compañía, sin importar la nacionalidad de sus accionistas.

De manera similar, el requisito esencial y tradicional de que la nacionalidad legal de una sociedad se determina cuando la compañía demandante ha sido constituida de acuerdo a las leyes de los Estados Uni-

dos, ha subsistido como una condición *sine qua non* para la elegibilidad ante las comisiones creadas bajo un gran número de convenios de compensaciones globales. Sin embargo, el enfoque adoptado en los convenios es en el sentido de que las compañías constituidas conforme al derecho de los Estados Unidos, deben tener el 50% o más de las acciones u otros intereses pertenecientes a nacionales norteamericanos.¹¹⁸

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos han participado en un gran número de tratados de amistad, comercio y navegación, en los cuales han aludido a las sociedades sistemática y extensivamente a un grado comparable con el tratamiento otorgado a las personas físicas. El "criterio clásico" que ha sido considerado como aceptable por todos los países con los cuales los Estados Unidos han concertado tratados comerciales, es el criterio de la constitución, descartando cualquier otro interés norteamericano, material o de beneficios.¹¹⁹ Los tratados suscritos recientemente por el Reino Unido han seguido la pauta norteamericana.¹²⁰ Alemania Occidental ha realizado también varios tratados que "siguen de cerca el modelo de los Estados Unidos".¹²¹

12. Países Bajos

El gobierno de los Países Bajos ha participado también en convenios de compensaciones globales suscritos con los gobiernos de siete países de Europa Oriental.¹²² En relación con el Convenio Polaco de 1963,¹²³ la Cancillería en una nota de 1964, manifestó que el gobierno de los Países Bajos había decidido entablar las demandas de las sociedades holandesas sin reparar en la nacionalidad de sus accionistas, aun en los casos en que el capital social perteneciera totalmente o en gran medida a sujetos que no fueran holandeses. Además, adoptó el criterio de que las sociedades demandantes eran elegibles cuando hubieran sido constituidas de acuerdo a las leyes de los Países Bajos.¹²⁴ Sin embargo, en el Tratado celebrado, en 1964, con Checoslovaquia, las compañías holandesas eran elegibles cuando hubieran sido constituidas y tuvieran su domicilio social en los Países Bajos.¹²⁵ Un año más tarde, en el Acuerdo con Hungría se dispuso que, para los fines del acuerdo, las personas holandesas deberían ser entendidas como... b) Sociedades que existían de acuerdo al derecho de los Países Bajos y que ya hubieran sido registradas en el territorio del Reino...¹²⁶

Habiendo analizado los casos anteriores se puede afirmar que, a pesar de ciertas vacilaciones y posiciones contrarias en algunos tratados y de algunos autores, se puede concluir que los requisitos esenciales mínimos para la determinación de la nacionalidad de una sociedad en función de la protección diplomática, son fundamentalmente que la compañía debe haber sido constituida y debe existir legalmente en el momento de la reclamación de acuerdo a las leyes del estado demandante y, en

consecuencia, debe tener su domicilio social en el territorio del estado protector. La Corte Internacional de Justicia confirmó este criterio jurídico en una fórmula poco clara, a propósito del caso *Barcelona Traction*:

"La norma tradicional atribuye el derecho de protección diplomática de una sociedad al Estado conforme a cuyas leyes haya sido constituida y en cuyo territorio tenga su domicilio social. Estos dos criterios han sido confirmados por una práctica reiterada y por numerosos instrumentos internacionales".¹²⁷

Interpretando la opinión de la Corte, parece que hay una concordancia gramatical entre la palabra "y" y la palabra "dos". Sin embargo, hubiera sido más claro si la Corte se hubiera referido a "este criterio" en lugar de "estos dos criterios", lo cual lleva a uno a pensar, erróneamente, que hay más de una norma tradicional de derecho internacional para atribuir nacionalidad a las sociedades en función de la protección diplomática.

b) El caso *Nottebohm*

En el caso *Nottebohm*,¹²⁸ la Corte Internacional confirmó el principio general de derecho internacional, según el cual una persona física debe tener la nacionalidad jurídicamente efectiva¹²⁹ de su estado, para facultar a éste a ejercer el derecho de protección diplomática. Desde que la Corte tomó esta decisión, un número importante de autores¹³⁰ ha aceptado la norma asentada en el caso *Nottebohm*, como principio legal con respecto a la protección diplomática en general y, consecuentemente, la doctrina propuso la aplicación de este principio a la protección diplomática de las sociedades.

Quince años más tarde, la Corte Internacional, en el caso *Barcelona Traction*,¹³¹ estableció un concepto sorprendente con respecto a la "efectividad" o "al principio real de vinculación" (*genuine link principle*) de la nacionalidad de las sociedades con respecto a sus estados protectores. La Corte manifestó:

"70.—Al asignar las sociedades a los Estados para las finalidades de la protección diplomática, el derecho internacional se basa, aunque sólo en cierta medida, en una analogía con las normas que regulan la nacionalidad de los individuos. La norma tradicional atribuye el derecho de protección diplomática de una sociedad al Estado conforme a cuyas leyes haya sido constituida y en cuyo territorio tenga su domicilio social. Estos dos criterios han sido confirmados por una práctica reiterada y por numerosos instrumentos internacionales. No obstante, otros vínculos ulteriores o diferentes son considerados a veces como necesarios para que el derecho de protección diplomática exista. En efecto, ha sido la práctica de algunos estados dar protección diplomática a una com-

pañía constituida con arreglo a sus leyes, únicamente cuando la misma tiene su domicilio social o su dirección o su centro de control en su territorio, o cuando la mayoría o una proporción considerable de las acciones pertenecen a nacionales del estado afectado. Sólo entonces, ha sido sostenido, existe entre la sociedad y el Estado en cuestión una relación efectiva del tipo que es familiar a otras ramas del derecho internacional. Sin embargo, en el campo particular de la protección diplomática, ningún criterio absoluto de relación real ha encontrado aceptación general. Tales criterios de la manera en que han sido aplicados, son de naturaleza relativa, y algunas veces los vínculos con un Estado han tenido que ser puestos en balance con los vínculos de una sociedad con el Estado y, otros vínculos con los de otro Estado. Con respecto a esto, se ha hecho referencia al caso *Nottebohm*. En efecto las partes hacen referencia frecuentemente a él en el curso de los procedimientos. Sin embargo, dados ambos aspectos —el jurídico y el fáctico— en el presente caso, la Corte es de la opinión de que no puede haber ninguna analogía con las proposiciones o con la decisión tomada en dicho caso".

Ulteriormente, la Corte afirmó:

"7.—En el presente caso, no se discuten si la compañía fue constituida en Canadá ni si tiene su domicilio en dicho país. La constitución de la compañía de acuerdo a las leyes de Canadá fue un acto de libre opción. No solamente los fundadores de la compañía buscaron su constitución conforme al derecho de Canadá, sino que además ha continuado así por un período mayor de 50 años. Ha mantenido en Canadá su domicilio, su contabilidad y el registro de sus accionistas. Los consejos de administración se celebraron allí durante muchos años; ha sido incluida en los registros de las autoridades fiscales canadienses. Así pues, una relación estrecha y permanente ha sido establecida y reforzada en el transcurso de más de medio siglo.¹³²

Esta opinión de la Corte, en cierto modo oscura, aunque de considerable importancia, debe ser analizada desde varias perspectivas.

En primer lugar puede pensarse que la Corte quiso decir que los aspectos jurídicos y fácticos del caso *Barcelona Traction* no tienen analogía con los aspectos jurídicos y fácticos de la protección diplomática en el caso *Nottebohm*. En este último, la Corte encontró que la nacionalidad otorgada por Liechtenstein no era oponible a Guatemala. En el primer caso, la sentencia se refiere al derecho sustantivo de protección diplomática de los accionistas en compañías no constituidas conforme a las leyes del estado demandante. Así, no se alude al problema de la posible oponibilidad de la nacionalidad canadiense de la compañía en relación con España, el estado demandado.¹³³

En segundo lugar, puede decirse que en realidad "La Corte se molestó

en encontrar el problema de determinar los 'múltiples' vínculos de la compañía con Canadá".¹³⁴ La intención de la Corte pudo haber sido el establecer que los hechos en *Barcelona Traction* eran tales que el criterio de *Nottebohm* quedaba saísecho o, en otras palabras, que no había lugar para dar las soluciones o tomar una decisión similar a aquélla del caso anterior. "Si esta no hubiera sido la intención, no habría entonces ninguna base lógica para el párrafo 70 de la sentencia, el cual enumera los hechos que establecen una relación estrecha y permanente con Canadá, o para los párrafos 72-76, los cuales prueban que la nacionalidad canadiense de la compañía ha tenido un reconocimiento general".¹³⁵

De esta manera varios autores habían llegado a la conclusión de que el criterio de la nacionalidad de *Nottebohm*, se aplicaba o debería aplicarse a las personas jurídicas. Por ejemplo, Brownlie¹³⁶ emite una "conclusión provisional": "En primer lugar, existe una evidencia mínima en apoyo al criterio de que un estado pueda presentar una demanda a favor de una sociedad sobre la única base de haber sido constituida conforme a sus leyes. En general, la evidencia sostiene una doctrina según la cual alguna relación significativa y efectiva entre la sociedad y el estado demandante es requerida".¹³⁷ O'Connell opina que "es una posición excesivamente formal" afirmar que un "Estado puede sostener una demanda a favor de una sociedad nacional, sin importar el hecho de que todo o parte de las acciones no sean detentadas por nacionales del estado demandado".¹³⁸ De modo similar, Parry sostiene que "Hay, se supone, una evidencia mínima, si la hay, de que un Estado pueda presentar una demanda internacional a favor de una compañía, sobre la mera base de haber sido constituida con arreglo a sus leyes. Parece que la proposición se basa en la autoridad de John Basset Moore, cuya declaración de que el asunto está bien establecido, aunque frecuentemente citado (Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. VI, p. 420) no tiene fundamento en la jurisprudencia convincente".¹³⁹ Finalmente, de Visscher señala: "Yo creo que se puede afirmar que el vínculo de nacionalidad no es siempre una condición suficiente para la admisibilidad de las demandas antepuestas por los Estados a favor de las personas morales".¹⁴⁰

Puede pensarse, finalmente, que la opinión de la Corte, arriba citada, expresa el punto de vista de que el criterio de la vinculación efectiva como se aplicó en el caso *Nottebohm*, no es un criterio aplicable a la nacionalidad de las sociedades en función de la protección diplomática. En efecto, de la práctica de los estados¹⁴¹ se desprende que hay una evidencia mínima para mostrar que el criterio de la relación efectiva de *Nottebohm* haya tenido algún efecto directo en la norma tradicional del derecho internacional consuetudinario. "En lo concerniente a la práctica anterior, aún no se ha manifestado un caso jurídico en el que se sostenga directamente que un estado demandado puede rechazar una demanda de protección diplomática a una compañía, la cual ha sido constituida

conforme a las leyes del estado demandante, con base en que dicha nacionalidad no es un vínculo efectivo entre el estado y la sociedad".¹⁴²

Los Jueces Petré, Onyeama, Jessup, Gros y Ammoun, indicaron claramente en sus Opiniones Individuales del caso *Barcelona Traction*,¹⁴³ aunque Jessup y Gros disintieron en ello, que el significado de la redacción de la Corte en los párrafos arriba citados, consiste en que no existe la posibilidad jurídica, en el actual derecho internacional, de aplicar el concepto de la vinculación efectiva, como lo hizo la Corte en el caso *Nottebohm*, a las personas jurídicas.

El principio según el cual el vínculo jurídico formal de nacionalidad por sí solo, sin consideración de la nacionalidad de los accionistas o consejeros, faculta a un estado para proteger a sus compañías nacionales contra otro estado, ha sido también sostenido por muchos autores.¹⁴⁴

Aun aceptando el posible enfoque de que la Corte estableció una "relación estrecha y permanente" de la compañía *Barcelona Traction* con Canadá para calificar a éste como el estado nacional de la compañía, debe concluirse que los vínculos efectivos señalados por la Corte pueden reducirse al criterio de la constitución como fue expuesto más arriba: La Corte, en el caso *Barcelona Traction*, citó los siguientes vínculos:

1. Libre decisión de constituir la sociedad conforme a las leyes de Canadá.
2. Existencia de su domicilio social en Canadá por más de 50 años.
3. El registro de accionistas y los libros de contabilidad se guardaban en Canadá.
4. El Consejo de Administración reunió en Canadá durante muchos años.
5. La compañía fue incluida en los registros de las autoridades fiscales canadienses.

Los dos primeros puntos representan los elementos integrantes del criterio de la constitución para la atribución de nacionalidad. Por lo tanto nada se añade como elemento de vinculación efectiva.¹⁴⁵

El tercer vínculo es una consecuencia jurídica necesaria para el establecimiento del domicilio social.¹⁴⁶

En relación con el cuarto vínculo, la Corte decidió que la compañía era canadiense en el momento en que esta se encontraba en liquidación. Evidentemente el Consejo de Administración no podría reunirse más ya que los liquidadores tenían a su cargo la administración de la compañía.

De acuerdo con el principio de la nacionalidad continua de las reclamaciones, ha sido generalmente aceptado¹⁴⁷ que la compañía debe tener cuando menos la nacionalidad del estado demandante en dos fechas

críticas: el momento en que la sociedad sufre la pérdida o el daño y el momento de la representación de la demanda. Por lo tanto, es posible concluir que si el Estado Canadiense hubiera deseado entablar la demanda, estaba facultado para hacerlo sin necesidad de probar una relación efectiva con respecto al Consejo de Administración.

Finalmente, el quinto requisito no indica necesariamente que la compañía estuviera realmente pagando impuestos al gobierno canadiense —lo cual podría ser entendido como un “vínculo económico” con el estado demandante—, ya que Barcelona Traction Company era una compañía *holding*, y, tales compañías por lo general no pagan impuestos, aunque tengan que estar registradas por razones administrativas y de control.

En conclusión, si la Corte hubiera aplicado el criterio de *Nottebohm*, habría señalado otros “vínculos” —lo cual era, en realidad, imposible—. Las referencias a los accionistas, a los consejeros o a los vínculos económicos son los elementos que, por lo general, se citan en la práctica y por la doctrina como posibles factores para determinar la “nacionalidad efectiva de una sociedad” en un caso particular.

Es necesario añadir que en base a la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática, ha sido una práctica consistente y unilateral de la mayoría de los estados el ejercerlo con cierto grado de autorestricción. Esta política de autorestricción es evidente sobre todo en las demandas ante las comisiones de reclamaciones y en un gran número de convenios de compensación global celebrados principalmente entre estados occidentales y de Europa Oriental.¹⁴⁸ Aunque es cierto que los estados se consideran en derecho, facultados para proteger compañías sobre una base nominal de nacionalidad, es asimismo comprensible que por razones políticas, económicas y prácticas, la política de restricción impuesta a sí mismos por los estados en función de la protección diplomática, tenga una base de afinidad estrecha con la compañía.

La aceptación en este estudio de una norma de la nacionalidad, estricta y rígida, constituye un intento por encontrar la certeza y la necesaria exactitud del derecho.

El concepto jurídico de la nacionalidad ha evolucionado de un privilegio de naturaleza casi mística a un instrumento para asegurar, no solo los derechos de los individuos sino también las de las sociedades en el campo internacional. Sin embargo, el contenido de la norma de nacionalidad arriba mencionado, debido a que está íntimamente relacionado con muchas medidas de orden político y económico, no refleja aún una solución acabada para todos los problemas de las operaciones corporativas internacionales y de la protección de las sociedades. Por una parte, todavía no existe una práctica estatal definida para establecer un criterio más preciso de nacionalidad. Por la otra hay una clara controversia de opinión y de actitudes entre los países exportadores de capital y la gran

mayoría de otros estados que son hostiles tanto a la proliferación de demandas internacionales como al poder económico ejercido por ciertas empresas.

Mientras no se realice un movimiento para codificar esta área del derecho, lo cual implicaría un proceso de legislación internacional en gran escala, es a la luz de los principios estrictos, aunque tal vez vagos y poco elaborados, arriba concluidos que el jurista debe basar sus opiniones.

3. Tercera pregunta:

¿Ha aceptado el derecho internacional consuetudinario otras bases para la protección de las sociedades?

La nacionalidad de las sociedades en tanto que vínculo jurídico, ha sido reconocida en el derecho internacional consuetudinario como el lazo necesario que confiere por sí mismo a un estado el derecho de entablar una demanda internacional contra otro estado. Ahora bien, tal vez sea importante analizar otros posibles fundamentos que podrían dar a un estado el derecho de protección diplomática contra otro por daños causados a una sociedad. Ha sido demostrado¹⁴⁹ cómo, a nivel de representaciones diplomáticas, los estados usan frecuentemente sus buenos oficios y su acción diplomática con respecto a otros estados por daños o amenazas cometidos contra compañías extranjeras. En muchas instancias, los estados protectores se preocupan más por obtener ajustes financieros que por preservar los principios de derecho. Las representaciones diplomáticas están originalmente orientadas hacia una posible negociación y arreglo de la controversia. Sin embargo, resta saber si existen otras bases dentro del marco formal del derecho de la protección diplomática que faculten a un estado a proteger internacionalmente a una sociedad.

a) *La teoría del control*

Los orígenes de esta teoría pueden encontrarse en la determinación del carácter enemigo de las compañías en el derecho interno. Este concepto ha sido desarrollado para introducirlo en el dominio internacional como un criterio sustantivo de nacionalidad en función de la protección diplomática. Varios autores han señalado que un estado debe estar facultado para presentar una demanda a favor de una sociedad, si sus nacionales detentan el control efectivo de ésta o si su economía está íntimamente relacionada con el funcionamiento y las operaciones de la compañía. Este derecho es independiente del vínculo jurídico de nacionalidad determi-

nado por la constitución de la sociedad conforme a las leyes de un estado dado.

Resulta claro entonces que la teoría del control difiere del concepto de la nacionalidad efectiva, ya que éste último requiere una vinculación efectiva y presupone un vínculo jurídico con el estado. Al decir de Trigueros, el principio de la nacionalidad efectiva, debería llamarse, en forma más correcta, principio de la nacionalidad jurídico-efectiva.^{149a}

La teoría del control ha sido propuesta, principalmente, por autores europeos. Por ejemplo, Bastid y Lauchaire¹⁵⁰ distinguen entre "fidelidad (*allegèance*) jurídica" y "fidelidad (*allegèance*) política". La primera es debida por una compañía al estado en el cual tiene su domicilio social y que determina su ley personal. La segunda es debida a un estado cuyos nacionales controlan la compañía, y se aplica a nivel internacional como una base para la protección.

El contenido de la norma de control puede ser analizado desde dos perspectivas:

1. La compañía tiene la "nacionalidad" del estado cuyos nacionales representan la mayoría de los accionistas, consejeros o quienes tengan en sus manos el control de la compañía. Así, Guggenheim afirma:

"...La protección diplomática... se base en criterios particulares... solamente el Estado en el cual se encuentra su centro de interés... está autorizado para proteger a las personas morales o a las sociales comerciales en las relaciones internacionales... habrá un interés preponderante porque la mayoría del capital estará en manos de nacionales del Estado que pretende ejercer la protección o, dicho de otro modo, porque la sociedad está dominada (controlada) por sus nacionales."¹⁵¹

2. La compañía tiene la "nacionalidad" del estado al cual esté económicamente relacionado de manera más estrecha. Esta perspectiva de la teoría del control es explicada por el Juez Gros en su Opinión Individual del caso *Barcelona Traction*:

"Para permanecer en el terreno de las sociedades anónimas la medida en la cual muchos Estados han actuado para preservar el carácter nacional de tales compañías o para regular el problema laboral, así como el sistema de garantías estatales contra los riesgos existentes en países extranjeros para las compañías nacionales, son ejemplos de la manera en que el Estado hacer valer su 'propio derecho' al controlar el crecimiento de la economía nacional, colocando por encima del total de las actividades de las empresas privadas, los resultados de ésta que integran el producto nacional bruto".¹⁵²

Así pues, Gros considera que el estado que está facultado para ejercer

la protección diplomática es aquél cuya economía ha sido afectada por una violación internacional.

No obstante que en ciertos casos la teoría del control parecería representar una base más equitativa para la protección de las sociedades que el vínculo jurídico de la nacionalidad, no puede ser aceptada por diferentes razones. Uno de los elementos esenciales de la naturaleza jurídica de las acciones es la posibilidad de su rápida transferibilidad; los accionistas de una sociedad anónima pueden cambiar constantemente. En las operaciones del mercado de valores se observa que las acciones cambian de manos hasta muchas veces en un solo día. Inclusive, en el caso de las compañías *holding* es casi imposible determinar quiénes son finalmente los accionistas individuales. En ciertos casos, el proceso de identificación de los accionistas personas físicas podría ser interminable. Cuando las acciones son emitidas al portador, la carga de la prueba representaría un gran problema práctico.¹⁵³ Los problemas procesales de la multiplicidad de demandas tendrían que ser delimitados. La norma aceptada de la nacionalidad continua tendría que ser alterada. Por lo tanto, la aceptación de la teoría del control, cuyos límites no han sido definidos con precisión, podría crear un clima de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales.

La teoría de control no ha trascendido los escritos de ciertos juristas y ha encontrado un apoyo muy reducido en el derecho internacional. Hay muy pocas instancias, si acaso las hay, y en las cuales un estado en la práctica haya pretendido que una compañía sea su nacional por el hecho de estar controlada por sus nacionales.¹⁵⁴ Los casos registrados en los que un estado ha tratado de intervenir diplomáticamente con motivo de daños a una compañía constituida conforme a las leyes del estado responsable o de un estado tercero, y en los cuales la masa del capital social pertenecía a las nacionales del primer estado, no indican que el intento de intervención esté basado en la idea de que tales estados consideraran a las compañías como sus nacionales, sino que está basado en la demanda de proteger al accionista nacional *ut singuli*.

Probablemente el único caso importante en el que un estado ha esgrimido dicha base —porque sus accionistas nacionales ejercían el control de la compañía—, fue la primera demanda belga ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*.¹⁵⁵ Esta demanda se refería a la protección diplomática de la compañía como tal. Sin embargo, resulta significativo que el gobierno belga haya cambiado su posición en las demandas ulteriores, a la protección de los accionistas.¹⁵⁶ Durante el proceso verbal del caso *Barcelona Traction*, el gobierno español desplegó una oposición vigorosa contra el punto de vista jurídico belga de us primera demanda.

Por otra parte, el Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones

sobre la Nacionalidad de las Sociedades Comerciales y su Protección Diplomática, rechazó expresamente la teoría del control.¹⁵⁸

Es cierto que en la práctica de los tratados, los estados han estipulado, en algunas ocasiones, que el factor legal que faculta a una parte para presentar una demanda, con arreglo a los términos del tratado, es la situación fáctica del control jurídico —económico de la compañía, sin considerar la nacionalidad debida a su constitución. Por ejemplo, Alemania y Polonia suscribieron una convención en Ginebra el 15 de mayo de 1922, la cual regulaba sus relaciones en lo concerniente a la Alta Silesia. Más tarde, el gobierno alemán alegó que Polonia estaba expropiando propiedades que pertenecían a empresas industriales controladas por nacionales alemanes, contraviniendo las disposiciones de la Convención de Ginebra y del Tratado de Versalles.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*¹⁵⁹ consideró las posiciones de los diferentes demandantes. En el caso de la compañía *Giesche* señaló:

“Se deduce de los documentos de procedimientos que un director general de nacionalidad alemana manda sobre el comité directivo de la compañía; que cinco de los siete miembros del consejo de control de la compañía son asimismo nacionales alemanes; que todas las acciones de la compañía pertenecen a ‘Bergwerksgellschaft Georg von Giesche’, que tiene su domicilio social en Breslau y cuyo control alemán no ha sido discutido. La compañía *Giesche* en Katowice (Polonia) debe pues, en la opinión de la Corte, ser considerada como una compañía controlada por nacionales alemanes, conforme al significado de la Convención”...¹⁶⁰

De esta forma la Corte se permitió ir más allá de la personalidad jurídica de la compañía y declaró la admisibilidad de la demanda basada en los términos de ambas Convenciones más no con base en el derecho internacional consuetudinario general.

Los tratados de paz firmados principalmente después de la primera Guerra Mundial, también contienen disposiciones que prevén que la nacionalidad de las compañías estará determinada por los nacionales que ejerzan el control efectivo de la compañía. Sin embargo, la base de esta teoría es vaga, por una parte, ha sido aplicada aunque de manera diferente por los Tribunales Mixtos de Arbitraje creados por los tratados, y por otra parte, en muchos casos, la teoría ha sido rechazada.¹⁶¹

Las mencionadas disposiciones sobre la nacionalidad de las compañías han encontrado una mínima aceptación, si acaso alguna, como *opinio juris* en la práctica de los tratados en tiempo de paz, debido a que los tratados que las contienen fueron celebrados entre estados vencedores y vencidos.¹⁶² Asimismo, hay muy poca evidencia de la aplicación de la teoría del control por los tribunales de arbitraje.¹⁶³

Por lo tanto, no existe en nuestros días una norma de derecho internacional consuetudinario que confiera el derecho de protección diplomática a un estado por el mero hecho de que los accionistas sean sus nacionales, o que sus propios recursos económicos se vean afectados por una contravención internacional.

b) Equidad

Una segunda base posible para proteger diplomáticamente a una compañía, aunque no con fundamento en su nacionalidad legal, podría ser la posibilidad de admitir la demanda de un estado protector por motivos de equidad. La Corte en el caso *Barcelona Traction*, se refirió a “razones de equidad”, ya que estas habían sido invocadas por el gobierno de Bélgica. Aunque la Corte no indicó que la equidad constituía una base para la protección de las sociedades, estableció que en el caso de que el estado nacional de una compañía no ejerciera sus derechos, otro estado protector estaría en posibilidad de intervenir para proteger a los accionistas *ut singuli*, los cuales quedarían desprotegidos debido a la omisión de presentar la demanda por parte del estado protector.

En principio, la nacionalidad de la compañía impide a cualquier otro estado que no sea el que confiere la nacionalidad, demandar la protección. No obstante, un tribunal debería tal vez, *de lege ferenda*, en ciertas excepciones bien definidas y convenidas, ir más allá de la personalidad jurídica de la compañía para mitigar la severidad de la norma establecida por la Corte Internacional, y otorgar protección, ya sea a la compañía o a los accionistas por los daños cometidos contra los derechos de la compañía con base en la equidad.¹⁶⁴

c) Derechos humanos

Una tercera base posible para ejercer la protección diplomática a favor de una compañía es la violación de los derechos humanos. Con respecto a este campo del derecho internacional, cualquier estado protector estaría facultado para intervenir a favor de una compañía en contra de otro estado cuando los “derechos humanos” de una sociedad han sido violados. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte sostuvo que “...en un plano universal, los instrumentos que dan cuerpo a los derechos humanos no confieren a los estados la capacidad para proteger a las víctimas de la violación de los derechos humanos, independientemente de su nacionalidad”.¹⁶⁵ Es todavía a nivel regional donde las soluciones pueden encontrarse.

Por ejemplo, el Art. 25 de la Convención de Europa de los Derechos Humanos autoriza a cualquier sociedad a presentar una solicitud ante la

Comisión, indicando ser la víctima de una de las partes contratantes con respecto a los derechos consagrados en la Convención. Resulta evidente, sin embargo, que en tal situación, el concepto de protección diplomática y el de nacionalidad desaparecen completamente, ya que es la compañía la que ejerce su propio derecho.

NOTAS AL ESTUDIO

CAPITULO I

¹ Este punto de vista ha sido creado por la mayoría de los autores; ejemplo: Greig, *International Law*, 2a. ed., Butterworths, Londres (1976), p. 540.

² Ver por ejemplo: Art 5 de la Ley de Extranjería y Naturalización de 1886, Artículo 27 Constitucional; Arts. 182, fracción V y 250-251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; Art. 15 del Código de Comercio; Art. 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización. Sin embargo, la nacionalidad de las personas morales ha sido uno de los temas más debatidos del Derecho. Algunos autores han negado la posible aplicación del concepto de la nacionalidad de las Sociedades: Niboyet, *Exise-e-il Vraiment une Nationalité des Sociétés?*, XXII R.D.I.P. (1927) pp. 402-7; y Siqueiros, *Las Reclamaciones Internacionales*, Imprenta Universitaria México (1947) pp. 19-27 y 31; para una enumeración de las diferentes teorías y autores que han rechazado la nacionalidad de las personas morales ver: Travers 33 *Hague Recueil* (1930 III 1. Arellano, Derecho Internacional Privado, Eitorial Porrúa, 2a. ed., México (1976) pp. 211-23. En algunas ocasiones, los gobiernos han negado la jurisdicción personal de los estados sobre las sociedades, cuando su ejercicio se basaba en el hecho de que a las personas jurídicas se les hubiera asignado una nacionalidad. Por ejemplo, ver Brown, 34 *A. J.* (1940) pp. 300-2, quien llega a la conclusión de que la "Doctrina Cárdenas", en relación con la expropiación de los campos petroleros pertenecientes a compañías mexicanas, es un criterio más político que legal del derecho internacional. En algunas instancias, los estados han alegado que las sociedades no poseen una nacionalidad, con el objeto de que éstas no soliciten la protección diplomática. Ver, por ejemplo, el caso *In re Mexico Platagen G.m.b.h.*, decidido ante la Comisión de Reclamaciones Alemana-Mexicana, (Tratados ratificados y Convenios Ejecutivos celebrados por México, Publicación del Senado de la República, México (1972) tomo V, p. 147. De aquí en adelante citado como: Tratados y Convenios) en 1930 Annual Digest [1931-32] Caso 136; *Jordaan et Vo. vs. Allemagne* (Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes Vol. III, p. 889, decidido ante el Tribunal Mixto de Arbitraje Franco-Alemania el 30 de noviembre de 1923), y el caso *Banco de Londres y Rio de la Plata*, en el cual el gobierno argentino negó al gobierno británico que una sociedad por acciones tuviera nacionalidad. Rabel, (*The Conflicts of Laws*, Vol. II, Michigan 2a. ed. [1960], pp. 24-6), comentando este último caso dice que el rechazo del concepto de nacionalidad aplicable a las sociedades es "una teoría legal errónea que se desarrolló como una justificación de la acción política. El propósito era evitar la protección diplomática teniendo en cuenta antecedentes desagradables de quejas extranjeras..." Ver, también Arellano, op. cit., p. 239. Las decisiones del derecho interno hacen dudar si las sociedades tienen o no una nacionalidad. Ver, por ejemplo, *Daimler Co. Ltd. vs. Continental Tyre and Rubber (Great Britain) Co. Ltd.* (1916) 2.A.C. 307, caso en el cual Lord Parmoor estableció que la nacionalidad podía ser aplicada propiamente a una sociedad (p. 349); Lord Parker y Lord Summer señalaron que dicha aplicación podría tener lugar sólo metafóricamente (p. 339); Lord Shaw sostuvo que era incongruente aplicar las ideas de lealtad y sumisión a una compañía (p. 329); y el Earl de Halsbury indicó que una compañía no

era capaz de lealtad o deslealtad (p. 316). En relación a la nacionalidad de las sociedades en nuestra legislación, ver Perezniecto, *La nacionalidad de las Sociedades*. El foro, Quinta Epoca, Número 27, México, 1972.

³ *Ibid.* Considerando el uso del término nacionalidad para las personas morales y físicas, Batiffol dice que "La desventaja es mínima, si se tiene en cuenta que en realidad la confusión es apenas concebible", *Droit International Privé*, Vol. I, 6a. ed., París (1974) p. 250.

Una posible concepción errónea del término nacionalidad aplicado a las sociedades, existe en la Constitución de los Estados Unidos. En el caso *Society for the Propagation of the Gospel in foreign Parts vs. New Haven*, 21 U. S. (8 Wheat) 464 (1823), la Corte Suprema sostuvo que una sociedad como la del caso en cuestión, no podía ser nacional "citizen" de ningún estado particular de la Unión. El Tribunal de Apelación del Estado de Nueva York sostuvo en *J. D. L. Corporation vs. Bruckman*, 11 N. Y. 2 nd. pp. 746-7 (1939), que "No es un principio bien establecido de derecho constitucional que una sociedad no sea nacional de acuerdo con el significado de la Constitución de los Estados Unidos, art. 4, sec. 2, la cual declara que los nacionales de cada estado tienen derecho a los privilegios e inmunidades de los nacionales de los diferentes estados". El magistrado Harlan, al exponer la opinión de la Corte Suprema en *Western Turf Association vs. H. Greenberg* 204 U.S. (1906), explicó que una sociedad no puede ser considerada como nacional ni, por tanto, reclamar la protección de la enmienda décimo-cuarta de la Constitución Federal, la cual garantiza los privilegios e inmunidades de los nacionales de los Estados Unidos contra la limitación o el deterioro por parte de las leyes de un estado particular. En *Janson vs. Driefontein Consolidated Mines* (1902) A. C. 505, Lord Lindley hizo referencia al caso *Society for the Propagation of the Gospel*, (ver supra), e implícitamente declaró que las personas "artificiales" no podían ser consideradas súbditos británicos, aunque no habría problema en declarar que las sociedades eran nacionales del Reino Unido.

⁴ *McNair*, 4 *B. Y.* (1922-24) p. 44.

⁵ "Pero si bien el derecho interno, a través de su definición precisa de todos los elementos de la nacionalidad, auxilia el derecho internacional en vincular a la persona física con un estado determinado, se mantiene normalmente silencioso con respecto a las condiciones para establecer un vínculo primario entre una sociedad y un estado en función de las finalidades internacionales. Tal vez el derecho inglés es aun más reticente sobre el asunto que el derecho escrito..." O'Connell, *International Law*, Vol. II (1965) pp. 1124-5; Brownie, *Principle of International Law* 2a. ed. Clarendon Press Oxford (1973) p. 409; Greig, op. cit., p. 370.

⁶ "...Resulta muy dudoso que la idea de la nacionalidad de las sociedades tenga algún significado en el derecho inglés" Parry, *National and Citizenship Laws of the Commonwealth and the Republic of Ireland* (1957) Londres, p. 133.

⁷ *New Application*, I. C. J. Reports (1970), p. 4; en adelante citado como *Barcelona Traction Case*.

El caso de la sociedad Barcelona Traction fue resuelto por la Corte Internacional de Justicia el 5 de febrero de 1970. Este asunto ha sido el más grande y extenso jamás ventilado por la Corte. Tardó 22 años en juzgarse desde la primera representación belga en 1958.

Barcelona Traction es una compañía holding constituida de acuerdo a las leyes de Canadá, y tiene su domicilio social en Toronto. Su objeto principal era la construcción y operación de plantas de energía eléctrica en Cataluña. Había constituido, además, una serie de sociedades subsidiarias en Canadá y España.

Desde los años posteriores a la Primera Guerra Mundial los accionistas mayoritarios de la sociedad fueron personas físicas y morales de nacionalidad belga.

Posteriormente Barcelona Traction emitió una serie de bonos, algunos en pesetas pero,

la mayoría en libras esterlinas. Esta emisión fue garantizada por el National Trust Company Ltd., de Toronto.

En 1940 el gobierno español impidió la transferencia al extranjero de moneda para el pago de los intereses. Consecuentemente esta prohibición afectó grandemente a la sociedad. Todas las negociaciones a nivel gubernamental así como los procedimientos judiciales fueron infructuosos. De este modo, tres personas de nacionalidad española, tenedores de bonos, solicitaron en 1948 la declaración de quiebra de la sociedad. Dos días más tarde el Tribunal de Reus declaró la sociedad en quiebra. Después de fallidas negociaciones, los gobiernos del Reino Unido, Canadá, Estados Unidos y Bélgica hicieron representaciones diplomáticas al gobierno de España. Con posterioridad Bélgica presentó tres demandas judiciales en 1952, 1962 y 1970 ante la Corte Internacional de Justicia. Bélgica demandó el pago de daños y perjuicios causados por violaciones de derecho internacional a sus nacionales accionistas de Barcelona Traction. Se demandó aproximadamente la cantidad de 89 millones de dólares.

La Corte examinó en primer lugar, la cuestión relativa al derecho de Bélgica para proteger a sus nacionales en una sociedad que jurídicamente era nacional de Canadá. La conclusión de la Corte fue negativa. Así, estimó improcedente conferir *ius standi* al gobierno belga y rechazó la reclamación por quince votos contra uno (este último correspondió al juez *ad hoc* designado por Bélgica). Los jueces Bustamante y Rivero, Fitzmaurice, Tanaka, Jessup, Padilla Nervo, Gros, Ammoun y Morelli expresaron sus criterios en sendas opiniones individuales.

⁸ *Ibid.*, pp. 33 y 37; el Juez Sir. Gerald Fitzmaurice, en su Opinión Individual sobre el caso *Barcelona Traction*, dice: "El derecho internacional debe adoptar el derecho interno (por ejemplo, la ley de sociedades del estado del caso de Barcelona Traction) tal y como lo encuentre... para tratar a las compañías como son..." *Ibid.*, p. 67.

⁹ Para las finalidades del estudio de la nacionalidad de las personas morales en el derecho interno, el término "personas jurídicas" o "personas morales" incluye todas las personas que han sido tradicionalmente consideradas como poseedoras de una personalidad distinta a la de sus elementos; por ejemplo: compañías, asociaciones, fundaciones, etc. Mientras que en el sistema del *Common Law*, las "partnerships", y en las leyes de Alemania, Italia, Suiza, las sociedades de personas no tienen una personalidad independiente de sus socios en los sistemas jurídicos de Francia, España, México, Bélgica, Chile, Perú y Venezuela, se acepta, generalmente que dichas sociedades tienen una personalidad jurídica distinta.

¹⁰ Por ejemplo, ver arts. 25-8 del Código Civil para el Distrito Federal y art. 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; *Salomon vs. A. Salomon and Co., Ltd.* (1897) A. C. 22 (H. L.); Art. 5 de la Ley Francesa del 24 de julio de 1966, sobre Compañías Comerciales.

¹¹ Feliciano, 118 *Hague Recueil* (1966, II) p. 285.

¹² Ver en general: North, *Cheshire's Private International Law* 9a. ed. (1974) pp. 193-8; Parry, *Nationality...* *op. cit.*, pp. 133-4; Batiffol sostiene que "Parece claro de cualquier modo que la función del domicilio social (la nacionalidad) para determinar cuál es la ley aplicable a la constitución y al funcionamiento de la sociedad, debe ser considerada como aceptada en el derecho positivo, especialmente después de la ley del 24 de julio de 1966". *Op. cit.*, p. 260.

¹³ Este proceso de diferenciación es descrito por Brownlie como "una atribución funcional de nacionalidad". *Op. cit.*, p. 409.

¹⁴ En relación con esto, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction*, estableció: "Entonces aquí, como en cualquier caso, el derecho, confrontado con las realidades económicas, ha tenido que proporcionar medidas protectoras y soluciones para los intereses tanto de aquellas que se encuentran dentro de la sociedad como de aquellos que están fuera y que tienen tratos con ella; el derecho ha reconocido que la existencia independiente de la persona moral no puede ser considerada de manera ab-

soluta. Es en este contexto en el que el proceso de "descorrer el velo" de la personalidad moral... ha sido encontrado útil en ciertas circunstancias y para ciertos propósitos... para prevenir el abuso en cuanto a los privilegios de la personalidad jurídica... para proteger a terceras personas... o para prevenir la evasión de exigencias legales o de obligaciones" I. C. J. Reports (1970), p. 39.

¹⁵ La denominación de la legislación de guerra como "*lex specialis*", fue empleada por la Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction* *Ibid.*, p. 40. Ver también el caso *Société Franco-Suisse vs. Ministère Public* por la Corte de Apelación de Lyon en 1915, en XI-XII *R.C.D.I.P.* (1915-16), p. 248.

¹⁶ *Janson vs. Driefontein Consolidated Mines* (1902) A. C. p. 497.

¹⁷ Oppenheim, *International Law*, 8a. ed., Longman Group Ltd. Londres (1955), Vol. II, pp. 275-6.

¹⁸ *Daimler Co. Ltd. vs. Continental Tyre and Rubber (Great Britain)* (1916) 2 A. C. 307.

¹⁹ *Ibid.*, p. 345.

²⁰ Oppenheim, *op. cit.*, Vol. II, pp. 276-7.

²¹ Batiffol, *op. cit.*, pp. 258-64; Pillet-Niboyet, *Manuel du Droit International Privé*, París (1924) pp. 304-8; Kiss, *Répertoire de la Pratique Française en Matière Du Droit International Public*, París (1966) Vol. VI, Nos. 900, 903, 919-23.

²² Ver en general: Kronstein, 52 *Columbia Law Rev.* (1952) pp. 983-8; Hanna, 45 *Columbia Law Rev.* (1945) 301.

La Corte Suprema sostuvo en *Hambourg-American Line Terminal and Navigation Company vs. Unites States*, 277 U. S. 138 (1927), que los demandantes, que eran compañías constituidas de acuerdo a las leyes de Nueva Jersey, y cuyo capital pertenecía enteramente a una compañía alemana, fueron autorizadas a una compensación por parte del gobierno de los Estados Unidos, a pesar del hecho de que, durante la guerra, la compañía estaba controlada por los enemigos alemanes.

²³ Beckett, 17 *Transactions of the Grotius Society* (1932) p. 182. Ver también Williams y Chrussachi, 49 *L.Q.R.* (1933) 339.

²⁴ *Ibid.* Un caso de "confusión natural" es citado por Niboyet, *op. cit.*, pp. 358-61, aunque Charles de Visscher escribe en 1917: "No es exagerado decir que los dos asuntos (el de la nacionalidad y el del carácter enemigo) son distintos; en realidad se mueven en planos absolutamente diferentes"; ver *R.D.I.L.C.* (1917), p. 511.

²⁵ *Ibid.*, p. 183.

²⁶ Oppenheim, *op. cit.*, p. 277.

²⁷ *Barcelona Traction case*, I.C.J. Reports (1970), p. 39.

²⁸ En *Kuenigl vs. Donnersmark* (1955) 1 Q.B. p. 535, —una compañía registrada como británica, la cual, bajo la doctrina *Daimler*, era una compañía con carácter enemigo en razón del control enemigo, que sobre ella existía se sostuvo, aunque no por esa razón, que para el derecho inglés había cesado de ser una compañía inglesa, y en consecuencia, había dejado de estar sujeta a la prohibición impuesta por el *Common Law* de comerciar con el enemigo. "*En Elders and Fiffes, Ltd. vs. Hamburg-Amerikanische Packetlahrt A. G.*, se argumentó sin éxito que la doctrina *Daimler* operaba de tal modo que convertía una compañía registrada en Inglaterra en una compañía extranjera..." McNair, *The Legal Effects of War* (1966) p. 237. "Las sociedades con domicilio social francés, constituidas según la ley francesa pero bajo control enemigo, han estado sujetas a confiscación, pero no han sido anuladas". Batiffol, *op. cit.*, en la nota 14-bis, p. 259. De acuerdo a la legislación mexicana de emergencia de 1944, la sociedad no perdía su nacionalidad por considerarse vinculada al enemigo. La personalidad jurídica de ellas quedaba solo en "suspensión".

²⁹ Ver en general: Travers, *op. cit.*, p. 1; Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II 6a. ed. Madrid (1973), p. 78; Schwarzenberger, *International Law*, 3a. ed. Stevens and Sons Limited, Londres (1957) pp. 402-6; Beckett *op. cit.*, p. 182.

³⁰ Por ejemplo, ver: Fraser and Steward, *Company Law of Canada*, 5a. ed. (1962) p. 152.

³¹ [1900] 1 Q. B. 123.

³² (1902) A. C. 484.

³³ 164 U. S. 686 (1897).

³⁴ 8 Whiteman, pp. 19-20. Ver además: *United States Workers of America, AFL-CIO vs. R. A. Boulighic*, 382 U. S. 145 (1965); Young, 22 *Harvard Law Rev.* (1909) p. 4.

³⁵ *Op. cit.*, p. 357.

³⁶ Batiffol, *op. cit.*, nota 8 p. 253; Diez de Velasco, 141 *Hague Recueil* (1974, I) 122.

³⁷ Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, Vol. I, Ginebra (1953) p. 320.

³⁸ El Decreto del 26 de septiembre de 1940 establecía que las compañías constituidas de acuerdo al derecho brasileño y que tuvieran su sede de administración en Brasil, serían consideradas nacionales de Brasil. El Art. 11-1 de la ley introductoria del Código Civil de 1942, adoptó el sistema de la incorporación para determinar la nacionalidad de las sociedades. En el caso *Deutch Brazilianish Handelsgesell G.m.b.h.* (1950), se señaló que "para el derecho brasileño la compañía constituida y organizada bajo las leyes brasileñas, es brasileña". Ver: *Pareceres dos Consultores jurídicos do Ministerio das Relações Exteriores* (1946-51), publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil en 1967, pp. 579 y 443; ver también Diez de Velasco, *op. cit.*, p. 122.

³⁹ "Es el cerebro de la sociedad el que hay que tener en cuenta, y no sus brazos", citado por Hanna, *op. cit.*, p. 334.

⁴⁰ Art. 3 de la Ley del 24 de julio de 1966. Ver también Loussouarn, 96 *Hague Recueil* (1959-I) 475-9; Batiffol, *op. cit.*, p. 253; Travers, *op. cit.*, p. 83; de Visscher, 102 *Hague Recueil* (1961-I) 438.

El Ministro de la Justicia señaló ante la Asamblea (francesa) de Representantes en 1926: "Es generalmente admitido, hoy en día, que la nacionalidad de una sociedad se determina por el lugar donde tiene verdadera y efectivamente su domicilio social, es decir, el lugar donde, de hecho, ha funcionado y donde ha centralizado su administración". Ver Kiss, *op. cit.*, Vol. II No. 448.

⁴¹ Interpretando el Art. 28 del Código Civil Español, los tribunales han convenido en considerar a una compañía como poseedora de la nacionalidad española, cuando ha sido debidamente constituida de acuerdo con el derecho español y cuando mantiene una sede real en España. Herrero y Rubio, *Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., Vol. I, Madrid (1964) p. 255; Miaja, *op. cit.*, pp. 78-81.

⁴² Art. 33 del Código Civil de 1966.

⁴³ No obstante que la ley de Compañías Belgas de 1935 ha hecho del "establecimiento principal" el criterio de atribución de la nacionalidad, una interpretación más amplia ha dejado atrás dicho criterio, sustituyéndolo por el domicilio social real. Rabel, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁴ El Art. 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización (20 de enero de 1934) establece:

"Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyen conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal". Ver también, Arellano, *op. cit.*, pp. 250-54.

⁴⁵ Ver Batiffol, *op. cit.*, nota 8, p. 253.

⁴⁶ Batiffol, *op. cit.*, p. 253 y Arts. 2505 y 2509 del Código Civil Italiano de 1942.

⁴⁷ Esta misma idea puede aplicarse a los escritos de derecho internacional sobre las ventajas y las desventajas del *jus soli* y del *jus sanguinis* para la atribución de nacionalidad por nacimiento a las personas físicas.

⁴⁸ Greig, *op. cit.*, p. 397.

⁴⁹ Ver también, Rabel, *op. cit.*, pp. 33-8; Beckett, *op. cit.*, p. 181; *et. seq.* Greig, *op. cit.*, p. 312; Young, *op. cit.*, pp. 4-6; Parry, *Nationality...*, p. 134.

CAPITULO II

¹ *Barcelona Traction case*, I.C.J. Reports (1970), p. 47.

² Ver en general: Briggs, 65 *A.J.* (1971) 327.

La terminología empleada en adelante no pretende resolver el problema de semántica jurídica en el derecho mercantil internacional. Además es tal vez aplicable solamente a los sistemas capitalistas y probablemente también a los sistemas de economía mixta, ya que en los estados socialistas, la cuetión de las inversiones privadas no tiene cabida.

³ Guggenheim, *op. cit.*, p. 320; Verdross, *Derecho Internacional Público*, 4a. ed. Aguilar, Madrid (1974) p. 243; de Visscher, *op. cit.*, p. 420.

⁴ P.C.I.J. Series, No. 7, p. 74 (1926).

⁵ *Reparation for Injures Suffered in the Service of the United Nations*, I.C.J. Reports (1949), p. 174.

⁶ *Ibid.*, pp. 184-5, 187.

⁷ Ver en general: Mann, 42 *B.Y.* (1967) pp. 145-74; Goldman, 90 *J.D.I.* (1963) p. 320.

⁸ Ejemplos de esta clase de empresas internacionales son *Scandinavian Airlines Sistem* and *Air Afrique* (ver *supra* n. 7): los objetivos de esta clase de compañías son variados, pero generalmente se forman para ayudarse los estados miembros entre si a desarrollar su infraestructura. Estas compañías presentan a veces muchos rasgos *sui generis*, lo que ha provocado que algunos autores las consideren sujetos distintos de derecho internacional. Ver en general: Friedman, *The Changing Structure of International Law* (-964) Cap. 14; Feliciano, *op. cit.*, pp. 219-20.

⁹ Ejemplos de compañías internacionales son: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRD), creada en la Conferencia de Bretton Woods en julio de 1944; Corporación Financiera Internacional, creada por el Tratado de Washington en mayo de 1955, como "afiliada" al BIRD; Asociación Internacional de Fomento, creada también como "afiliada" al BIRD en 1960; Fondo Monetario Internacional, formado en la misma Conferencia de Bretton Woods, como el BIRD.

¹⁰ En estricto derecho internacional, todas las entidades corporativas del derecho interno poseen una nacionalidad, para los fines de la protección diplomática. Por lo tanto, no es posible hablar de compañías apátridas ni de empresas poseedoras de una doble o múltiple nacionalidad. Esta concepción está basada en la consideración de que la nacionalidad de las sociedades, en función de la protección diplomática, radica en el principio de que una compañía tiene la nacionalidad del estado en el cual ha sido constituida (ver *infra* pp. 34-7).

La posibilidad de la doble o múltiple nacionalidad de las empresas, ha sido contemplada en algunos tratados, cuando éstos han adoptado la teoría del control, según la cual la nacionalidad de los accionistas u otros factores económicos determinan la nacionalidad de la sociedad. Para una posición opuesta ver: Mann, 67 *A.J.* (1973) p. 272; Jessup, Opinión individual en el *Barcelona Traction case*, I.C.J. Reports (1970), pp. 199-202.

¹¹ Ver *supra* n. 5.

¹² Por ejemplo, Berger (38 *Fordham Law Rev.* [1970] p. 687) señala que en Alemania Occidental puede observarse que el número de *Aktiengesellschaften* ha decrecido constantemente desde el nivel de aproximadamente 17,000 en 1916 a sólo 2,332 en 1960, manteniendo el mismo ritmo desde entonces. Simultáneamente el número de sociedades anónimas se ha incrementado constantemente, llegando a ser 35,430 en 1960. Hérmard, Terré y Mabilat (*Sociétés Commerciales*, París [1974]. Vol. I, p. 1013) indican que en 1939 Francia tenía 65,000 sociedades en nombre colectivo y en comandita simple contra 105,000 sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. En 1964, el primer grupo de compañías tenía solamente 15,679, en tanto que el último llegó a

tener 184,724. La misma situación prevalece en el Reino Unido. Ver en general: Hadden, *Company Law and Capitalism* (1972) pp. 91-8. El mismo fenómeno puede observarse en los países en desarrollo. Por ejemplo, en México, fueron constituidos en 1947, 2,693 sociedades de capitales y sólo 220 sociedades de personas. Para 1966 el número de las primeras aumentó a 6,266, mientras que el número de las últimas disminuyó a sólo 16. Manilla Molina, *Derecho Mercantil*, 10a. ed., México, Ed. Porrúa (1968) p. 240. Estos datos nos llevan a una de las razones más importantes por la cual muchos de los casos de derecho internacional que tienen que ver con sociedades de personas deben ser reducidos significativamente en cuanto a su valor jurídico contemporáneo.

¹³ *Barcelona Traction Case*, I.C.J. Reports (1970), p. 34.

¹⁴ En relación con esto, la Corte sostuvo en el caso *Barcelona Traction* que "Existen realmente otras asociaciones, sin importar el nombre que le asignen los sistemas jurídicos internos, que no gozan de personalidad jurídica independiente. La diferencia jurídica entre las dos clases de entidades consiste en que para la sociedad anónima es la cohesión de la personalidad jurídica lo determinante; para las otras asociaciones lo es la conservación de la autonomía de los miembros que la componen" I.C.J. Reports (1970), p. 34.

¹⁵ La Corte Internacional, en el caso *Barcelona Traction*, expresó: "Ordinariamente, ningún accionista individual puede realizar diligencias legales, ni en nombre de la sociedad ni en el suyo propio". I.C.J. Reports (1970), pp. 34-5.

¹⁶ En relación con esta característica de las sociedades anónimas, la Corte en el caso *Barcelona Traction*, indicó: "Es una característica básica de la estructura corporativa el que una compañía, a través de sus consejeros o directores que actúen en su nombre, puedan emprender acciones en materias de índole corporativa... Si los accionistas no están de acuerdo con las decisiones tomadas en nombre de la compañía, pueden, de acuerdo con sus estatutos o con las disposiciones pertinentes de la ley, cambiar o reemplazar a sus directores, o actuar según lo disponga la ley". I.C.J. Reports (1970), pp. 34-5.

¹⁷ Ver en general: Feliciano, *op. cit.*, pp. 213-310; Jennings, 33 *B.Y.* (1957) pp. 146-75; Jennings, 121 *Hague Recueil* (1967, II) pp. 515-26; Jones, *British Nationality Law and Practice* (1947) pp. 1-3; Leigh, 20 *I.C.L.Q.* (1971) 453; Juez Fitzmaurice, Opinión individual, *Barcelona Traction Case*, I.C.J. Reports (1970), pp. 103-6; Brownlie, *op. cit.*, pp. 305-6; United Nations, Reports on the Impact of Multinational Corporations on the Development Process and in International Relations, *I.L.M.* (1973) 1109; Report of the Eminent Persons to Study Multinational Corporations, *I.L.M.* (1974), en el cual el Grupo llega a la siguiente conclusión: "Nosotros creemos que los países anfitriones y los huéspedes deben evitar la aplicación extraterritorial de su legislación interna" (p. 829).

¹⁸ Ver, por ejemplo, el Art. 1 del Acuerdo expedido por el Gobierno Francés como compensación de los demandantes británicos, 106 *U.N.T.S.* 3; el Art. 6 de la Convención Germano Polaco, 9 *L.N.T.S.* No. 271; el Art. 2(4) del Tratado ante Japón y el Reino Unido sobre navegación U.K.T.S. (1963) No. 53; el Art. 58 del Tratado de Roma (1957).

¹⁹ Jiménez de Aréchaga, en Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México (1974), p. 550.

²⁰ Ver en general: Díez de Velasco, *op. cit.*, p. 97-100.

²¹ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 16 de abril de 1961, Art. 3(1) (6), y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del 24 de Abril de 1963, Art. 5(a). Ver Tratados y Convenciones tomo XVI, p. 513 y XVII, p. 17.

²² Art. 2.7. de la Carta de las Naciones Unidas.

²³ I.C.J. Reports (1970), especialmente pp. 10 y 11; ver también la Opinión individual de Jessp, *Ibid.*, pp. 170-82.

²⁴ Vallat, *International Law and the Practitioner* (1966) p. 21; Fitzmaurice, Opinión individual en el caso *Barcelona Traction*, I.C.J. Reports (1970), p. 82; caso *Barcelona Traction*, I.C.J. Reports (1970), p. 46.

²⁵ I.C.J. Reports (1955), p. 17. La misma confusión puede encontrarse en la redacción de *Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction) Case*, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924), p. 12.

²⁶ I.C.J. Reports (1949), p. 178.

²⁷ *Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction) Case*, P.I.C.J., Series A, No. 2 (1924), p. 12.

²⁸ *Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, P.I.C.J. Series A/B, No. 76 (1939), p. 16.

²⁹ 5 *B.D.I.L.* p. 518.

³⁰ Harris, *Cases and Materials of International Law* (1973), pp. 455-6, 460, 471-3, 478.

³¹ 5 *Hackworth*, p. 840.

³² Annual Digest (1931-32) Case No. 120.

³³ I.C.J. Reports (1970), p. 44.

Sobre el derecho discrecional de protección diplomática, ver además: Bagge 34 *B.Y.* (1958), p. 164; Barchard *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, Nueva York (1915) p. 29; Clay, 45 *Georgetown Law Journal* (1956), p. 4; Feliciano, *op. cit.*, p. 290; Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 575; O'Connell, *op. cit.*, p. 1113. Scara, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, México (1976) p. 277.

³⁴ *Barcelona Traction Case*, I.C.J. Reports (1970), p. 44.

³⁵ Ver en general: Metzger, 65 *A.J.* (1971) p. 532 *et. seq.*

³⁶ No obstante, algunos casos pueden encontrarse desde 1825 (ver *infra* p. 23) y 1841, en los cuales el Gobierno Británico protegió a diecinueve compañías en el caso *Sicilian Sulphur Monopoly* (Hochpied, *La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, Paris [1965] 93-4). Gallardo Vázquez, *Evolución del Derecho Mexicano. Sección de Derecho Internacional Privado*, pp. 163 *et. seq.* Para otros casos del siglo XIX, ver P.C.I.J., Series C. No. 75, pp. 41-5.

³⁷ A este respecto, la Corte Internacional en el caso *Barcelona Traction*, dijo: "Al asignar las sociedades a los Estados para las finalidades de la protección diplomática, el derecho internacional se basa, aunque sólo en cierta medida en una analogía con las normas que regulan la nacionalidad de los individuos". I.C.J. Reports (1970), p. 42. Ver también el caso *Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, P.C.I.J., Series A, No. 7 (1926), p. 74. Ver además, Harris 18 *I.C.L.Q.* (1969) p. 275.

³⁸ Ver *supra* n. 28.

³⁹ 5 *B.D.I.L.*, p. 508.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 511. Ver además el caso *Mexican Cotton Estates of Tlahuilco Ltd.* (*infra* p. 26); y el caso de *Comagnie Générale de Caoutchoucs*. 5 *B.D.I.L.* p. 566.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 514-22.

⁴² La Regla V de las Normas relativas a las demandas internacionales emitidas por la Cancillería Británica en 1971, establecen "El Gobierno de su Majestad puede tomar a su cargo una demanda de una sociedad u otra por el derecho del Reino Unido..." Ver Harris, *Cases and Materials...*, p. 471.

⁴³ 6 *Moore*, p. 641. Ver también, 5 *Hackworth*, p. 832, quien enumera las Convenciones de los Estados Unidos de 1862 a 1923.

⁴⁴ Ya en 1870, en el caso *Ruden & Co.*, decidido por la Comisión de Reclamaciones Peruano-Americana —creada por la Convención de 1868—, el Sr. Ruden, nacional de los Estados Unidos, presentó una demanda tanto a su favor como al de la empresa Ruden & Co. el árbitro sostuvo que las demandas de la empresa no podían ser tomadas en cuenta, ya que no era una nacional americano sino una compañía peruana, habiendo sido constituida de acuerdo al derecho peruano y teniendo, como tal, una personalidad distinta a la de sus asociados. La Pradelle et Politis, *Recueil des Arbitrages Internationaux* (1957), Vol. II, pp. 589 *et. seq.*

⁶¹ I.L.M. (1968) p. 1264. Ver también el caso de *International Petroleum Company Ltd.* entre los Estados Unidos y Perú en: Rovine, *Digest of the United States Practice in International Law* (1974) pp. 419-22.

⁶² Kiss, *op. cit.*, Vol. II, No. 449.

⁶³ 5 B.D.I.L., p. 564.

⁶⁴ a. Convenio celebrado entre el Gobierno de México y la Compañía Mexicana "El Aguila" y subsidiarias relacionado a la indemnización que habrá de cubrirseles, así como el texto del propio convenio. D.O. 17 de noviembre de 1947.

⁶⁵ La Expropiación Petrolera, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano. Serie Documental No. 12. Secretaría de Relaciones Exteriores, México (1974), Vol. II, pp. 158-9, 164.

⁶⁶ Kiss, *op. cit.*, Vol. II, Nos. 292-297; Vol. IV, No. 261; Hochpied, *op. cit.*, pp. 87-8.

⁶⁷ 5 B.D.I.L., pp. 535-61.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 560.

⁶⁹ 5 Hackworth, pp. 840-33.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 842.

⁷¹ P.C.I.J., Series A/B, No. 77 (1939), pp. 21-2.

⁷² P.C.I.J., Series A/B, No. 76 (1939); ver también P.I.C.J., Series C, No. 86.

⁷³ I.C.J. Reports (1952), p. 102.

⁷⁴ I.C.J. Reports (1959), p. 6.

⁷⁵ I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents (1959), pp. 8, 9, 305.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁷⁷ I.C.J. Reports (1970), pp. 44-5.

⁷⁸ Ver *infra* pp. 50-1.

⁷⁹ *Barcelona Traction Case*, I.C.J. Reports (1970).

⁸⁰ Schmitthoff and Tompson (eds.), *Palmer's Company Law*, 21a. ed. (1968) pp. 64-71; Pennington, *Company Law*, 3a. ed. (1973) pp. 19-21.

⁸¹ Ver *supra* p. 20, Cap. I.

⁸² En el caso *Barcelona Traction*, la Corte dio la misma significación a los términos *head office, registered, office, seat, siège, y siège statutaire*. I.C.J. Reports (1970), pp. 7, 31, 70. Estos términos corresponden por analogía a "domicilio social" en el derecho mexicano.

⁸³ Algunos estados requieren que el domicilio social real de la compañía esté ubicado en el territorio del estado para protegerla internacionalmente. Pero este requisito no opera en el plano internacional. Representa una limitación impuesta por algunos estados asimismos, de acuerdo con el ejercicio discrecional del derecho de protección diplomática.

⁸⁴ En el caso *Peter Pázamán University*, la Corte encontró que la Universidad tenía personalidad jurídica para el derecho húngaro. Por lo tanto, poseía la nacionalidad húngara para la finalidad de someter una demanda de restitución, en cumplimiento del Art. 25 del Tratado de Trianon. (P.C.I.J., Series A/B, No. 61 [1933] pp. 228-32.

⁸⁵ I.C.J. Reports (1970), p. 41. Para una opinión parecida, ver también: Padilla Nervo, Opinión individual, *Ibid.*, p. 256; Nail, 101 *Hague Recueil* (1960, III) pp. 312-3; y los casos *Bassch and Römer* (1903) U.N.R.I.A.A., Vol. X, p. 723; y *Melczar Mining Company vs. México* (1929) U.N.R.I.A.A., Vol. IV, pp. 481-6. Para una opinión contraria: de Visscher, *op. cit.*, p. 447; Fitzmaurice, Opinión individual, *Ibid.*, pp. 74-5; Regla V de las Normas sobre Demandas Internacionales expedidas por la Cancillería Británica, en Harris, *Cases and Materials...*, p. 472; *Delagoa Bay Railway Arbitration Case* (1889) 5 B.D.I.L., p. 541.

⁸⁶ En el caso *Barcelona Traction*, (I.C.J. Reports [1970], pp. 35-6 y 46-7), la Corte consideró a una sociedad de derecho interno, operando en el plano internacional, más como una estructura legal que como una empresa económica. Todos los argumentos económicos y financieros esgrimidos por el gobierno de Bélgica durante el procedimiento oral

de este caso, no fueron tomados en cuenta para la sentencia de la Corte (Ver: CR. 69/71, p. 29, Sr. E. Lauterpacht. Para el punto de España ver C.R. 69/39, p. 27 y C.R. 69/61, p. 55, Sr. P. Weil). Más tarde, la Corte adoptó el punto de vista jurídico de que la relación entre el acto reclamado y el daño existe por la violación de los derechos de la compañía y no de sus intereses. Ver también: Morelli, Opinión individual pp. 231-9 y el caso *Deutsche Americanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers U.N.R.I.A.A.*, Vol. II, pp. 779-95.

⁷⁴ Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, Stevens and Sons Londres (1956) p. 98.

⁷⁵ P.C.I.J., Series A/B, No. 77 (1939), pp. 10 y 22.

⁷⁶ *Supra* n. 44, cap. I.

⁷⁷ P.I.C.J., Series C, No. 87 (1939), p. 10.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁷⁹ I.C.J. Reports (1970), p. 42; Ver también la opinión individual del Juez Bustamante y Rivero y la Opinión Disidente del Juez Wellington Koo, en *Barcelona Traction Case*, (Preliminary Objections), I.C.J. Reports (1964), pp. 61-2 y 83.

⁸⁰ *Barcelona Traction Oral Pleadings*, C.R. 69/8, p. 42 (Sr. J. Van Ryn); C.R. 69/19, p. 18 (Sr. M. Virally).

⁸¹ Las compañías eran *Société International d'Énergie Hydro-Électrique y Société Financière de Transports et d'Entreprises Industrielles*. Ver también: Juez Fitzmaurice, Opinión individual, I.C.J. Reports (1970), p. 91 y *Barcelona Traction Case*, Oral Pleadings, C.R. 69/16, pp. 16-23 (Sr. E. Lauterpacht).

⁸² I.C.J. Reports (1970), pp. 7 y 42.

⁸³ P.C.I.J., Series C, No. 86 (1939), p. 15.

⁸⁴ Batiffol, *op. cit.*, pp. 255-7; Hémond *et. al.*, *op. cit.*, pp. 169-71.

⁸⁵ *Tratados y Convenios*, Tomo V, p. 79 y 195.

⁸⁶ Weston, *International Claims: Postwar Practice*. Syracuse University Press (1971) p. 80.

⁸⁷ Batiffol, *op. cit.*, p. 264, n. 27 y 27(1).

⁸⁸ P.C.I.J., Series A, No. 1.

⁸⁹ P.C.I.J., Series C, No. 3, Suppl., p. 3.

⁹⁰ *Annual Digest* (1923-24) Caso No. 102.

⁹¹ I.C.J. Reports (1964) Pleadings, Oral Arguments, Documents, p. 10. Ver también p. 18.

⁹² P.C.I.J. Series A/B, No. 74 (1938).

⁹³ *Ibid.*, Series C, No. 84, pp. 291-2, 587-93 y No. 85, p. 1183.

⁹⁴ *Ibid.*, Series C, No. 84, pp. 1080-4.

⁹⁵ *Ibid.*, Series A, No. 7 (1926).

⁹⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁹⁷ *Ibid.*, Series C, No. 9-1, p. 209, 231.

⁹⁸ *Annual Digest* (1931-32) Caso No. 135.

^{99a} *Tratados y Convenciones*, Tomo V, pp. 147, 607, 735 y Tomo VI p. 257.

⁹⁹ Ver en general, Feliciano, *op. cit.*, p. 251; Petré, 109 *Hague Recueil* (1963, II) pp. 504-5.

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo, Art. 8.4. del tratado suscrito en 1959 entre Alemania y Pakistán, 457 U.N.T.S. 47.

¹⁰¹ P.C.I.J. Series C, No. 78 (1936), p. 14.

¹⁰² I.C.J. Reports (1959) Pleadings, Oral Arguments, Documents, pp. 11, 18, 303.

¹⁰³ *Op. cit.*, p. 185; ver también Harris, I.C.L.Q., p. 295 y Vallat, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁴ *Tratados y Convenciones*, Tomo V, p. 479.

¹⁰⁵ U.N.R.I.A.A., Vol. V (1929) pp. 61-74. Ver también los casos *Central Agency (Limited) Glasgow (Great Britain) vs. México*, *Ibid.*, pp. 53-7; *Cooper Company (Limited) (Great Britain) vs. México* (1930), *Ibid.*, pp. 101-3; *The Madera Co. Limited (Great*

Britain vs. México (1931), 28 A. J. (1934) p. 590. *Interoceanic Railway of Mexico and Others vs. México* (1930) *Ibid.*, p. 184.

¹⁰⁷ El caso *F. W. Flack* ha sido analizado por ciertos autores (Brownlie, *op. cit.*, p. 474; O'Connell, *op. cit.*, p. 1126 Phillips, 49 *L.Q.R.* 19933 p. 234; Schwarzenberger, *op. cit.* p. 386) como representativo de la aplicación del "criterio del domicilio" (*domicil test*) para la determinación de la nacionalidad de las sociedades. En el derecho inglés, el concepto de domicilio evolucionó casi completamente en relación con los individuos. Sin embargo, cuando se aplica a las sociedades en función del derecho internacional privado, la compañía está domiciliada en el lugar de su constitución.

A diferencia de un individuo, no puede cambiar dicho domicilio, aun cuando tenga negocios en otra parte (*Gasque vs. I.R.C.* [1940] 2 K.B. 80).

La Comisión Anglo-Mexicana se refirió ciertamente al hecho de que la compañía estaba domiciliada en Londres (*supra* n. 106, pp. 62-3). En realidad, lo que la Comisión probablemente quiso resaltar, es el hecho de que la compañía tenía su oficina legal [*registered office*] en Londres y, en consecuencia, su domicilio, como fue explicado por el Sr. A. Jones, Comisionado Británico, en su opinión disidente (*Ibid.*, pp. 63-4). Esta curiosa referencia al domicilio de la compañía pudo haber sido tomada de la obra de Borchard (*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* [1915]), ya que dicho autor fue citado por el Sr. B. Flores, Comisionado Mexicano en su Opinión Separada (*Ibid.*, pp. 71-2). Sin embargo, Borchard se refiere al domicilio social (*domicil-cîège*) de las sociedades y no a su "domicilio" *domicile*. Entonces, lo que pudo haber causado la mención al "domicilio" de la compañía (aunque no hay una evidencia directa de ello) es el hecho de que dicho término, que en el derecho mexicano significa domicilio social, fue erróneamente traducido al inglés.

¹⁰⁸ Ver en general, Lillich, *International University Clamis: Postwar British Practice*, Syracuse University Press (1967).

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 37-8.

¹¹⁰ *Supra* n. 60.

¹¹¹ Beckett, *op. cit.*, pp. 175 *et. seq.*; Jones, *B.Y.* 225 *et. seq.*; Borchard, *op. cit.*, pp. 620-1.

¹¹² 5 Hackworth p. 832; Ver también, 6 Moore, p. 641.

¹¹³ U.N.R.I.A.A., Vol. VII, p. 460. Coro respuesta a una indagación del Agente norteamericano ante la Comisión establecida por los Estados Unidos y México en cumplimiento del tratado de 1923. (Tratados y Convenios, Tomo IV p. 663) en el sentido de que si una demanda debería ser presentada por una compañía norteamericana perteneciente por completo a accionistas extranjeros, el Departamento de Estado afirmó: "Las demandas de las compañías norteamericanas, sin consideración alguna a la nacionalidad de los propietarios de las acciones, pueden ser llevadas a la Comisión de Reclamaciones de acuerdo a las disposiciones de la Convención". 5 Hackworth, p. 839.

¹¹⁴ Los intereses jurídicos y políticos de los Estados Unidos en esta demanda consistían en 140 trabajadores de nacionalidad norteamericana en la compañía y en muchos acuerdos de subcontratación en una compra por la suma de varios millones de dólares. En el momento de la presentación de la demanda, el 45% de las acciones estaban en manos de nacionales de los Estados Unidos.

¹¹⁵ 8 Whiteman, p. 1281; ver también el caso *Burrowes Rapid Transit Company*, U.N.R.I.A.A., Vol. IV, p. 462.

¹¹⁶ Harris, *I.C.Q.L.*, p. 301 *et. seq.*

¹¹⁷ En relación con las demandas a favor de las sociedades, sometidas a la Comisión de Reclamaciones Norteamericano-Mexicana, el Departamento de Estado expresó que "Ha sido práctica reiterada... restringirse de apoyar diplomáticamente las demandas de sociedades norteamericanas en las cuales no existan intereses norteamericanos cuan-

tosos." 5 Hackworth, p. 839. Por ejemplo ver el caso *Quito Electric Ligth and Power Company* (1912), *Ibid.*, p. 845.

¹¹⁸ Ver en general, Lillich and Christenson, *International Claims: Their Preparation and Presentation*, Syracuse University Press (1962).

¹¹⁹ Ver en general, Walter, 50 *A.J.* (1956) p. 380 *et. seq.*

¹²⁰ Ver por ejemplo, los tratados con Mascate y Omán (1952). Art. 1(2) (1952) U.K.T.S., No. 44; Irán (1959), Art. 2(4) Cmnd. 698; Japón (1963) Art. 2(4) U.K.T.S., No. 53.

¹²¹ Citado por Harris, *I.C.L.Q.*, n. 48, p. 282.

¹²² Ver en general, Wees, 1972 *Netherlands Year Book of International Law*, p. 26.

¹²³ 514 U.N.T.S. 169.

¹²⁴ Wees, *op. cit.*, p. 72.

¹²⁵ Art. 1, 566 U.N.T.S. 91.

¹²⁶ Art. 2. b, 564 U.N.T.S. 49.

¹²⁷ I.C.J. Reports (1970), p. 42 (subrayado añadido).

¹²⁸ I.C.J. Reports (1955), p. 4.

¹²⁹ La nacionalidad es entonces "la expresión jurídica del hecho de que un individuo le confiere la nacionalidad que con aquélla de cualquier otro Estado". duo... está en realidad más estrechamente relacionado con la población del Estado

¹³⁰ Ver *infra* pp. 57-8. Ver también Novoa Monreal, *Defensa de las naturalizaciones ante tribunales extranjeros*. Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie I. Estudios de Derecho Económico, Núm. 2. UNAM. México (1976) p. 186.

¹³¹ I.C.J. Reports (1970), p. 4.

¹³² *Ibid.*, p. 42.

¹³³ La Declaración Conjunta de los Jueces Petré y Onyema en el caso *Barcelona Traction*, expresa: "La Corte no tiene que considerar en este caso la cuestión de si el principio de la vinculación efectiva es aplicable a la protección diplomática de las personas jurídicas". I.C.J. Reports (1970), p. 52. El Juez Jessup, en su Opinión Individual, adoptó el punto de vista de que la Corte debió haber analizado el problema más a fondo, aunque estuvo de acuerdo en que "las decisiones de la Corte Internacional sido planteado por las partes". *Ibid.*, pp. 184 y 182-91. Una posición parecida, aunque de Justicia no deben estar basadas en una norma jurídica o principio que no haya fundada en una base diferente, fue sostenida por el Juez Fitzmaurice en su Opinión Individual. *Ibid.*, pp. 79-84.

¹³⁴ Brownlie, *op. cit.*, p. 476.

¹³⁵ Mann, 67 *A.J.* (1973) p. 269.

¹³⁶ *Op. cit.*, pp. 472-6.

¹³⁷ Cabe señalar que este enfoque que Brownlie adoptó en la 2a. edición, pasó intacto a la 3a. edición de 1973, tres años después del caso *Barcelona Traction*.

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 1132.

¹³⁹ *Nationality and Citizenship...*, p. 139.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 457. Ver también Lillich, 65 *A.J.* (1971) p. 552 *et. seq.*; White *Nationalisation of Foreign Property*, (1961) p. 67; Travers, *op. cit.*, p. 109; Grieg, *op. cit.*, pp. 540-9; Rousseau, 93 *Hague Recueil* (1958-1) pp. 530-1; Francescakis, *R.C.D.I.P.* (1970) pp. 645-6.

¹⁴¹ Ver *supra* pp. 22-31; los casos que se han dado en la práctica de los estados y en varios instrumentos, que pueden ser empleados para apoyar o rechazar el criterio de *Nottebohm*, deben ser interpretados cuidadosamente, siguiendo los conceptos y las normas de interpretación planteados por la Corte en el caso *Barcelona Traction* (I.C.J. Reports [1970], p. 40). Al analizar la jurisprudencia de la Corte, la conclusión general que debe obtenerse es que, en todos los casos decididos, la nacionalidad formal ha coincidido con el criterio de *Nottebohm*. Sin embargo, esto no significa que la vincu-

lación efectiva deba aplicarse en derecho para determinar la nacionalidad oponible a los estados.

En la jurisprudencia de la Corte, aún no se ha dado un caso en el cual se haya solicitado a ésta balancear un factor vinculador en detrimento de otro. Tal vez, en el caso *Barcelona Traction*, el gobierno español tuvo la posibilidad de impugnar el derecho de Canadá de presentar una demanda en un proceso futuro. En la exposición del argumento español, durante los alegatos hubo muy pocas referencias a la vinculación efectiva. Esto pudo deberse a que el Estado Español era de la idea de que el criterio de *Nottebohm* no es aplicable a las personas jurídicas, o bien porque no consideró apropiado negar el derecho de Canadá, ya que hubiera podido suceder que la Corte diera *locus standi* a Bélgica en ausencia del derecho canadiense. *Ibid.*, p. 45.

¹⁴³ Feliciano, *op. cit.*, p. 288.

¹⁴⁴ I.C.J. Reports (1970), pp. 53, 185, 281, 295.

¹⁴⁴ 6 Moore, p. 641 *et. seq.*; Beckett, *op. cit.*, p. 185; Vallat, *op. cit.*, p. 25; Feliciano, *op. cit.*, p. 286 *et. seq.*; Harris, I.C.Q., p. 275, aunque añade que la "norma establecida" debe, *de lege ferenda*, cambiarse; Díez de Velasco *op. cit.* pp. 126-8.

¹⁴⁵ Art. 19 del *Canadian Business Corporation Act*. S.C. 1974, 75. Cap. 33.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Art. 20.

¹⁴⁷ Ver en general, Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, pp. 545-6; Hurst, 7 B.Y. (1926) p. 163; *Panevezys-Saldutiskis Railway* (1939) P.C.I.J., Series A/B, No. 76 pp. 16-7; *Stevenson Case*, U.N.R.I.A.A. Vol. IX, pp. 502-6 (1903).

¹⁴⁸ Ejemplos recientes de convenciones de compensación global son los tratados celebrados en 1972 entre la República Popular China y los Estados Unidos (ver Redick, 67 A.J. [1973] p. 728), y el tratado sobre compensación por propiedades expropiadas a las nacionales de Estados Unidos suscrito entre este país y Perú en 1974 (*I.L.M.* [1974] p. 292-9). En ambos tratados fue acordado que las sociedades podían reclamar una compensación cuando hubieran sido constituidas conforme a las leyes de los Estados Unidos y el 50% del capital social o de los beneficios de dichas compañías pertenecieran a nacionales norteamericanos.

¹⁴⁹ Ver *supra* pp. 12-5 y 23-7.

^{149a} Trigueros, *op. cit.*, p. 152.

¹⁵⁰ Citado por Harris en I.C.L.Q., n. 103, p. 296.

¹⁵¹ *Op. cit.*, pp. 320-1.

¹⁵² I.C.J. Reports (1970), p. 269.

¹⁵³ Un ejemplo de un problema práctico derivado de la aceptación de la teoría del control, es citado por Feliciano, *op. cit.*, p. 219: "Adela es una compañía privada constituida en Luxemburgo, la cual pertenece a más de 130 compañías industriales e instituciones financieras —alemanas, suecas, británicas, americanas y otras— y ha invertido en una compañía argentina de solventes petroquímicos en una empresa brasileña de pulpa de papel, en una productora mexicana de madera y en una compañía peruana de construcción de barcos de pesca". En los procedimientos orales del caso *Barcelona Traction* el Sr. Gregoire, agente por Bélgica, declaró que probar la nacionalidad de los accionistas personas físicas de Sidro —compañía accionista de Barcelona Traction Company— constituiría una *probatio diabolica*. C.R. 69/20, p. 14.

¹⁵⁴ En la petición de revisión del laudo emitido en el caso de la compañía "La Abra" el agente mexicano manifestó, en 1876: "La compañía no adquirió por el acto de su incorporación la ciudadanía americana, sino solamente derechos civiles que podía obtener por el mismo medio una compañía inglesa o alemana en los Estados Unidos. La ciudadanía de una sociedad mercantil se determina no por el lugar en que se establece sino por la nacionalidad de los que la forman". Sepúlveda, *Dos reclamaciones internacionales fraudulentas contra México*. Archivo Histórico Diplomático Mexicano. Segunda Serie Número 17. Secretaría de Relaciones Exteriores, México (1965) p. 133.

¹⁵⁵ I.C.J. Reports (1958), p. 49.

¹⁵⁶ I.C.J. Reports (1964), p. 10, y I.C.J. Reports (1970), p. 12.

¹⁵⁷ Oral Pleadings, C.R. 69/40, p. 67 *et. seq.* (Sr. Roberto Ago). Ver también la contrademanda del gobierno español, I.C.J. Reports (1970), p. 14; y Juez Ammoun, Opinión Individual, *Ibid.*, pp. 299-301.

¹⁵⁸ 22 A.J., Special Suppl. (128) p. 204.

¹⁵⁹ P.C.I.J., Series A, No. 7 (1926).

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶¹ La determinación de la nacionalidad de las sociedades anónimas según los Arts. 74 parr. 1 y 297 del Tratado de Versalles, fue aplicada diferentemente por varios tribunales. En el caso *Domas-Hamah Railway vs. Baghdad Railway Co.* [*Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, Vol. I (1921) pp. 401-7], el Tribunal formuló el principio de que, con el objeto de determinar la nacionalidad de una compañía con base en la teoría del control, en cumplimiento del tratado de Versalles, el Tribunal tomaría en cuenta no sólo la nacionalidad de las personas poseedoras de la mayoría de las acciones, sino también todos los factores de naturaleza financiera, administrativa etc., tendientes a asegurar a los nacionales de un estado el control real de los negocios de la sociedad. El mismo concepto fue esgrimido en el caso *Elmores Metall A. G. vs. Grumberg*, *Ibid.*, Vol. V (1924) pp. 77-82. Sin embargo en el caso *Weiss Biheller & Brooks Ltd. vs. Allemagne*, *Ibid.*, Vol. I pp. 850-4, el Tribunal sostuvo que las personas jurídicas eran técnicamente alemanas, a pesar del hecho de que los nacionales de las Potencias Aliadas y Asociadas —como accionistas, obligacionistas o de cualquier otra manera— tenían un interés real en dicha compañía o asociación. Análogamente, en el caso *Société Impériale Ottomane du Chemin de Fer de Bahdad*, decidido el 10 de diciembre de 1929 por el Tribunal Mixto de Arbitraje Germano-Belga, fue sostenido que no había disposición alguna en el Tratado de Versalles que atribuyera de manera general a las sociedades la nacionalidad de aquel país cuyos nacionales ejercerán una influencia preponderante en el control de la compañía. Ulteriormente, el Tribunal señaló: "Si un texto jurídico habla de *ressortissants* de un país particular sin distinguir entre personas físicas y personas jurídicas no cabe duda que se refiere a las sociedades constituidas en el país en cuestión excluyendo a las sociedades constituidas en el país extranjero" *Ibid.*, Vol. IX p. 667. Para la aplicación de la teoría del control conforme al Tratado de Paz de Neuilly, ver el caso *Crédit Foncier Franco-Bulgare vs. Bulgarie* (*Ibid.*, Vol. VII, pp. 516-21), decidido en 1928 por el Tribunal Mixto de Arbitraje Franco-Búlgaro. Para una aplicación opuesta, ver el caso *James Dawson and Son vs. Balkanische Handels, etc.*, decidido por el Tribunal Mixto de Arbitraje Anglo-Búlgaro (*Ibid.*, Vol. III [1924] pp. 534-7). Para la aplicación de la teoría del control conforme al Tratado de St. Germain, ver el caso *Oesterreichische, Credit Anstalt vs. Yugoslavie*, decidido por el Tribunal Mixto de Arbitraje Austro-Yugoeslavo en 1927 (*Ibid.*, Vol. VII, pp. 794-802). La teoría del control fue rechazada, de acuerdo al Art. 64 (2) del Tratado de Paz de Lausanne, en el caso *Société Ottomane du Chemin de Fer de Damas-Hamah vs. Turquie*, decidido por el Tribunal Mixto de Arbitraje Franco-Turco en 1927 (*Ibid.*, Vol. VII, pp. 950-4). Por último, la teoría del control fue también rechazada de conformidad con los Arts. 246 y 250 del Tratado de Paz de Trianon, en el caso *Société Tnonyme du Chemin de Fer Vecinal de Oravicsa, etc., vs. Roumanie*, decidido por el Tribunal Mixto de Arbitraje Romano-Húngaro en 1927 (*Ibid.* Vol. VII, pp. 839-45).

¹⁶² Ver en general, Juez Ammoun en su Opinión Individual sobre el caso *Barcelona Traction*, I.C.J. Reports (1970), p. 303 *et. seq.*; Hochpied enumera varios tratados bilaterales en los cuales la teoría del control ha sido establecida, *op. cit.*, pp. 208-209; ver también el Art. 25 (2) B de la Convención sobre el Establecimiento de Disputas sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965 y el Art. 9.6 del Proyecto de Convención sobre Protección de Propiedad Extranjera y la Resolución del Consejo de O.E.C.D. de dicho Proyecto de Convención (1967).

¹⁵³ En el caso *Warsaw Electricity Company* (1932) entre Polonia y Francia que fue resuelto conforme a la Convención de 1922, decidió que la teoría del control fuera aplicada para determinar las nacionalidades francesa y polaca de las compañías. El Arbitro decidió este punto tomando en cuenta la nacionalidad de la mayoría del capital social de la compañía (U.N.R.I. A.A., Vol. III, p. 1679, en la 1693).

¹⁵⁴ I.C.J. Reports (1970), pp. 48-50; ver también la Opinión Individual del Juez Fitzmaurice, *Ibid.*, pp. 94-6; caso *Ziat Ben Kiram*, *supra* n. 90, p. 60; caso *Conyuga Indians*, U.N.R.I.A.A., Vol. VI (1926) p. 173.

¹⁵⁵ I.C.J. Reports (1970), p. 47.

ABREVIATURAS

- A.J. American Journal of International Law (Nueva York).
 Annual Digest Annual Digest of International Law Cases (Londres).
 B.D.I.L. A British Digest of International Law (C. Parry, ed.) (Londres).
 B.Y. British Yearbook of International Law (Londres).
 Cmnd. United Kingdom, Command Papers (Londres).
 Hackworth Hackworth, Digest of International Law (Washington), (1943).
 Hague Recueil Recueil des cours de l'Académie de Droit International (La Haya).
 I.C.J. Reports International Court of Justice, (Corte Internacional de Justicia) Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders.
 I.C.L.Q. International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 I.L.M. International Legal Materials (Washington).
 J.D.I. Journal du Droit International (Paris).
 J.D.I. Journal du Droit International (Paris) (Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparé).
 L.N.T.S. League of Nations Treaty Series (Ginebra).
 L.Q.R. Law Quarterly Review (Londres).
 Moore Moore, Digest of International Law, Washington (1906).
 P.C.I.J. Permanent Court of International Justice (Corte Permanente de Justicia Internacional).
 R.C.D.I.P. Revue Critique de Droit International Privé (Paris) (Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International).
 U.K.T.S. United Kingdom Treaty Series (Londres).
 U.N.R.I.A.A. United Nations, Reports of International Awards (Ginebra).
 U.N.T.S. United Nations Treaty Series (Nueva York).
 Whiteman Whiteman, Digest of International Law. Washington (1963).

BIBLIOGRAFIA ESCOGIDA

- BATIFFOL-LAGARDE, *Droit International Privé*. (6a. ed.) Vol. I, Paris, 1144.
 BECKETT, *Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies*. 17 *Transactions of the Grotius Society* (1932) 175.
 BRIGGS, *Barcelona Transaction: The jus standi of Belgium*. 65 *A.J.* (1971) 327.
 BROWNLIE, *Principles of International Law*. (2a. ed.) Londres, 1973.
 DIEZ DE VELASCO, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*. 141 *Hague Recueil* (1974, I) 93.

- FELICIANO, Legal Problems of Private International Enterprises: An Introduction to the International Law of Private Business Associations and Economic Development. 118 Hague Recueil (1966, II) 213.
- HARRIS, The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case. 18 I.C.L.Q. (1969) 275.
- GOLMAN, The Law of International Companies. 90 J.D.I. (1963) 320, Ginebra.
- GUGGENHEIM, Traité de Droit International Public. Vol. I, 1953.
- HACKWORT, Digest of International Law. Vol. V, Washington, 1943.
- HOCHPIED, La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires. Paris, 1965.
- JONES MERVYN, British Nationality, Law and Practice. Londres, 1947.
- JONES MERVYN, Claims on behalf of Nationals Who are Shareholders in Foreign Companies. 26 B.Y. (1949) 225.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Responsabilidad Internacional, en Sørensen, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México (1974).
- KELSEN, Principles of International Law. New York, 1952.
- KISS, Répertoire de la pratique Française en matière de Droit International Public. Paris 1966, Vol. II.
- LILLICH & CHRISTENSON, International Claims: Their Preparation and Presentation. Syracuse, 1962.
- LILLICH, International Claims: Their Adjudication by National Commissions. Syracuse, 1962.
- MCNASR, The National Character and Status of Corporations. 4 B. Y. (1922-24) 44.
- MANN, International Corporations and National Law. 42 B. Y. (1967) 145.
- MANN, The Protection of Shareholders' Interest in the Light of the Barcelona Traction Case. 67 A.J. (1973) 259.
- MIAJA DE LA MUELA, Derecho Internacional Privado. Vol. II. (6a. ed.) Madrid, 1973.
- MOORE, Digest of International Law. Vol. VI, Washington, 1906.
- O'CONNELL, International Law. Vol. II, Londres, 1965.
- VAN PANHUY, The Role of Nationality in International Law. Leyden, 1959.
- PARRY, Nationality and Citizenship Laws of the Commonwealth and the Republic of Ireland. Londres, 1957.
- PAARRY (editor), A British Digest of International Law. Vol. V, Londres, 1965.
- SCHWARZENBERGER, International Law. (3er. ed.) Vol. II, Londres, 1957.
- SQUEIROS, Las Reclamaciones Internacionales por Intereses Extranjeros en Sociedades Mexicanas, México, 1947.
- TRAVERS, La nationalité des sociétés commerciales. 33 Hague Recueil (1930, III) 1.
- TRIGUEROS, La Nacionalidad Mexicana, México, 1940.
- VERDROSS, Derecho Internacional Público (4a. ed.), traducido del alemán por A. Trüfol. Madrid, 1974.
- DE VISSCHER, La Protection diplomatique des personnes morales. 102 Hague Recueil (1961, I) 339.
- WEISS, Nationality and Statelessness in International Law, Londres, -956.
- WHITEMAN, Digest of International Law, Vol. VIII, Washington, 1967.

ANTECEDENTES Y COMENTARIOS A LA LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

LIC. JOSÉ A. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho Administrativo
en la Escuela Libre de Derecho y
Profesor de Régimen de la Administración
Pública Federal en la Universidad
Autónoma Metropolitana*

I. ANTECEDENTES

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en vigor desde el 1o. de enero de 1977, además de ser un ordenamiento legal que organiza el mecanismo más importante del Poder Ejecutivo, es el eje mismo del programa de reforma administrativa en México. En efecto, la nueva Ley, lejos de haberse publicado como otro conjunto de disposiciones jurídicas más, ha sido enmarcada en un plan nacional muy ambicioso, alrededor del cual se irán expidiendo, necesariamente, otras disposiciones complementarias. Ciertamente, desde 1965, año en que se estableció la Comisión de Administración Pública dentro de la Secretaría de la Presidencia al través de un acuerdo verbal del Secretario, se le encomendó a esta Comisión el cumplimiento de la fracción IV del artículo 16 de la Ley de Secretarías de Estado de 1958 y que tenía por objeto "Coordinar los programas de inversión de los diversos órganos de la Administración Pública y estudiar las modificaciones que a ésta deban hacerse". Esta facultad implicaba:

- Coordinar la acción y el proceso del desarrollo económico del país con una justicia social.
- Introducir dentro del aparato gubernamental, técnicas de organización administrativa de la que resultarán estructuras convenientes para alcanzar objetivos futuros.
- Obtener una mejor preparación del personal de gobierno.

Igualmente, esta Comisión debía de proponer reformas a la legislación y consecuentemente nuevos métodos administrativos.¹ A partir de la creación de dicha Comisión, podríamos establecer los antecedentes inmediatos

de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal como instrumento rector de todo un programa de reforma administrativa entendido éste, como un medio para lograr objetivos y reformas políticas, sociales y económicas, es decir la reforma administrativa entendida no como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar otras metas.

Las Leyes de Secretarías y Departamentos de Estados fueron las disposiciones legales similares a la nueva Ley Orgánica teniendo su origen a principios del siglo XIX.

La Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de abril de 1917 abrogó a la Ley de Secretarías de marzo 13 de 1891. La nueva Ley fue dada el 13 de abril y entró en vigor el 10 de mayo de 1917. Conforme al artículo 10. transitorio de la Constitución Federal, el orden constitucional debería quedar restablecido el 10 de mayo del mismo año, en esa virtud, deberían funcionar debidamente, todos los departamentos dependiente del Poder Ejecutivo, para lo cual debía organizarlos previamente por lo que se expedía esa ley para el despacho de los negocios del orden administrativo federal.² Para este objeto la Ley comprendía a seis Secretarías de Estado y tres Departamentos Administrativos. Las Secretarías eran:

- La de Estado (que abarcaba las funciones de Relaciones Exteriores y Gobernación)
- La de Hacienda y Crédito Público,
- La de Guerra y Marina,
- La de Comunicaciones,
- La de Fomento y
- La de Industria y Comercio.

Los Departamentos Administrativos eran:

- El Judicial (que conforme al artículo 14 de la misma Ley se le denomina Procuraduría General de la Nación),
- El Universitario y de Bellas Artes (que conforme al artículo 15 se le denominaba Universidad Nacional) y
- El de Salubridad Pública.

Esta Ley comparada con la que abrogó, suprimía la Secretaría de Instrucción Pública y creaba la Secretaría de Industria y Comercio y por primera vez en la historia de la administración pública mexicana, los Departamentos de Estado se establecieron. Ciertamente, estos departamentos constituyen una novedad dentro de la administración pública federal y su creación fue motivada por las ideas que resultaron de los debates del artículo 90 de la Constitución. La inclusión de los departamentos se debió a la necesidad de conferir ciertas actividades administrativas a

entidades diferentes de las Secretarías de Estado que tendrían también funciones políticas.³

Sin embargo, ni en los debates ni en la Ley, se estableció en forma clara, si ambas instituciones, las Secretarías y los Departamentos, tendrían igualdad en cuanto a rango. Tampoco se estableció lo que se consideraba como funciones políticas en oposición a funciones administrativas. Las únicas diferencias que había entre estas dependencias del Ejecutivo Federal, fueron las que en el artículo 91, 92 y 108 de la Constitución se establecieron.

En efecto, en el artículo 91 se establecen los requisitos que debe llenar un Secretario de Estado, mas no los que se requieren para ser Jefe de Departamento. En el artículo 92 se establece la obligación de los Secretarios de Estado de firmar todas aquellas disposiciones que el Ejecutivo expida y que se refieran a los asuntos de su competencia. Esta obligación no se establece para los Jefes de Departamento. Por su parte, el artículo 108 considera a los Secretarios de Estado y no a los Jefes de Departamento como Altos Funcionarios no obstante que la Ley de Responsabilidades si los incluye.⁴

A partir de esta Ley de abril, fueron publicadas las de diciembre de 1917, la de 1934, 1935, 1939, 1946 y 1958, que tuvo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1976. Estas Leyes, crearon nuevas Secretarías y Departamentos de Estado al mismo tiempo que suprimían algunas de estas entidades. También, el articulado general de las mismas aumentó. Por razones de interés, a continuación sólo se mencionarán algunas innovaciones, que a nuestro juicio, fueron las más sobresalientes de las contenidas en las Leyes de Secretarías que a partir de la de diciembre de 1917 se establecieron. — El 31 de diciembre de 1917 salió publicada la nueva Ley de Secretarías de Estado. En ella, se establece como en la anterior, la distribución de competencias entre Secretarías y Departamentos de Estado. Destaca en su contenido la creación de las Secretarías de Gobernación y Relaciones Exteriores, en lugar de la de Estado.—Se crearon también los Departamentos de Aprovechamientos Generales, de Establecimientos Fabriles y Aprovechamientos Militares y el Departamento de Contraloría.

Esta Ley tampoco estableció la diferencia entre las Secretarías y Departamentos de Estado, sin embargo, en la sección editorial del Diario Oficial del mismo día que salió publicada se hacía alusión a éstas, estableciendo que existían diferencias entre las propias Secretarías de Estado. Así, en la sección que comentamos, decía, literalmente en relación a que la Secretaría de Gobernación tenía mayor jerarquía que la de Relaciones Exteriores:

“Débese a esto atribuir sin lugar a duda, más que a viejos prejuicios de ceremonial, que no se compadecen con los ideales republicanos, la primacía que la ley anterior sobre —Secretarías de Estado otorgaba a la Secretaría de Relaciones Exteriores. No parece sino que el país

concedía mayor importancia y trascendencia a su buena amistad con las naciones extranjeras que a sus propios negocios interiores, y de hecho, en la realidad de las cosas se veía que el gobierno dictatorial más le importaba la opinión pública extranjera que la opinión de sus gobernados."

"La nueva Ley de Secretarías, quita a los negocios exteriores de México esa indebida categoría que se les había dado, colocando en primer término a la Secretaría de Relaciones, que ahora pasa a segundo lugar, cediendo el puesto principal a la de Gobernación; con lo cual se ha marcado una de las tendencias de la Revolución; dar a nuestros negocios interiores, en atención y rango el primer puesto, y a los negocios exteriores el que viene en seguida. Este orden es lógico porque primero es ser que tener las modalidades del ser, y una de éstas son para los pueblos sus relaciones con los demás."

Tal transcripción no deja lugar a dudas que en aquel entonces, el orden de aparición de las Secretarías y Departamentos del Estado en la Ley, era importante, puesto que establecía una jerarquía entre ellas, que conforme lo vimos anteriormente, la Secretaría de Gobernación ocupaba el primer lugar.

—La Ley de Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y demás Dependencias del Poder Ejecutivo Federal, fue promulgada el 22 de marzo de 1934 y publicada en el Diario Oficial del 6 de abril del mismo año. Al igual que las anteriores, este nuevo ordenamiento, distribuyó las facultades de las diferentes dependencias del Poder Ejecutivo con algunas modificaciones en comparación a la Ley anterior. Por primera vez se estableció en una Ley de Secretarías de Estado, que no habría preminencia entre las distintas Secretarías y entre los Departamentos y que todos los asuntos que estudiaría el Presidente relacionados con las ramas de las Secretarías de Estado, deberían de ser refrendados por el Secretario encargado de la dependencia a que el asunto correspondiera.

Esta Ley, además, imponía la obligación a todas las dependencias para que a más tardar el 1o. de diciembre de cada año, presentaran al Presidente de la República los programas de labores que desarrollarían en el siguiente para que el Presidente lo diera a conocer a la Nación el 1o. de enero (artículo 19).

Igualmente, se estableció que en cada Secretaría habrá un Secretario, un Subsecretario y un Oficial Mayor, en cada Departamento, un Jefe, un Secretario General y un Oficial Mayor, otorgándole a estos funcionarios la posibilidad de delegar facultades en determinados casos concretos a sus subalternos, mismos, que suplirían por las faltas temporales a sus superiores (artículos 20, 21 y 22). Por último, el artículo 24 establecía que el Presidente de la República, al través de la Secretaría de Gobernación, resolvería a que Secretaría o Departamentos de Estado, le correspondía

despachar los negocios en caso extraordinario o cuando existiera duda sobre la competencia de alguna de las dependencias.

A partir del 1o. de enero de 1936 entró en vigor la nueva Ley de Secretarías de Estado publicada en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1935 abrogando la Ley de 1934. Conforme a la nueva Ley las dependencias del Ejecutivo fueron las siguientes:

Secretaría de Gobernación,
 Secretaría de Relaciones Exteriores,
 Secretaría de Hacienda y Crédito Público,
 Secretaría de Guerra y Marina,
 Secretaría de la Economía Nacional, —
 Secretaría de Agricultura y Fomento, —
 Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas,
 Secretaría de Educación Pública,
 Departamento del Trabajo, —
 Departamento Agrario,
 Departamento de Salubridad Pública,
 Departamento Forestal y de Caza y Pesca,
 Departamento de Asuntos Indígenas,
 Departamento de Educación Física,
 Departamento del Distrito Federal.

Los primeros 16 artículos de la nueva Ley distribuían las funciones entre las diferentes dependencias y los siguientes 13 artículos contenían disposiciones de carácter general.

En el artículo 24 se establecía la obligación de los Secretarios de Estado y también de los Jefes de Departamentos Administrativos de firmar todos los asuntos que les correspondan conforme a su competencia, misma obligación, que existía ya en la ley de 1934 sólo para los Secretarios de Estado conforme lo establecido en el artículo 92 constitucional, por lo que la nueva ley obligaba además a los Jefes de Departamentos Administrativos.

Esta obligación de los Jefes de Departamentos de firmar todos los asuntos de su competencia, limitaba al Presidente en su facultad establecida por el artículo 92 constitucional, ya que conforme a este precepto el Ejecutivo Federal envía directamente los asuntos de los Departamentos Administrativos a sus Jefes respectivos.

Es por esto que la nueva disposición contenida en la Ley de Secretarías de Estado era eminentemente anticonstitucional.

Como innovación en el contenido de este tipo de leyes, el artículo 27 estableció que:

"Para los efectos del artículo 29 de la Constitución General se entenderá por Consejo de Ministros la reunión de los Secretarios y

Jefes de Departamentos de Estado y Procurador General de Justicia de la Nación, presididos por el Jefe del Ejecutivo Federal. Para dicha reunión se requerirá cuando menos la concurrencia de las dos terceras partes de los funcionarios antes mencionados, cuyos acuerdos deberán tomarse por mayoría de votos de los asistentes".

La figura de la suspensión de garantías tuvo su origen en el siglo XIX. En la Constitución de 1857, antecesora de la de 1917, también se hizo mención a esa situación pero limitaba la suspensión de garantías a aquellas que aseguraran la vida del hombre. En la de 1917 se incluye como en la de 1857 el término "Consejo de Ministros" propio de los sistemas parlamentarios.

Hasta la expedición de la ley que comentamos ninguna otra anterior había hecho referencia a la suspensión de garantías contenidas en el artículo 29 constitucional.

Por otra parte, también el artículo 18 fue novedoso y establecía que cualquiera de las dependencias podría establecer sus servicios de estadística pero sujetos al control técnico que fijaría la Secretaría de la Economía Nacional.

Por último, en el artículo 29, se estableció que entre las dependencias del Ejecutivo debería de haber cooperación entre ellas mismas para cualquier dato que alguna solicitara de otra.

Además de la Ley de 1935 el Presidente Cárdenas promulgó la Ley de 1939 publicada el 30 de diciembre del mismo año. Las principales diferencias que esta Ley tenía en comparación con la anterior fueron las siguientes:

1. La Secretaría de Guerra y de Marina fue dividida en la Secretaría de la Defensa Nacional y el Departamento de la Marina Nacional.
2. La Secretaría de Agricultura y Fomento abarcó las atribuciones que tenía conforme a la Ley de 1934 el Departamento Forestal y de Caza y Pesca, excepto lo relativo a Pesca que lo absorbió el nuevo Departamento de Marina Nacional.
3. Las atribuciones del Departamento de Educación Física conforme a la Ley de 1935 fueron conferidas en la nueva Ley a la Secretaría de Educación Pública.

Por lo que se refiere a los artículos de carácter general, la nueva Ley incluye todos y con la misma redacción de los contenidos en la Ley de 1935. Por lo mismo, abarcaba la disposición anticonstitucional por la que se le confería el refrendo a los Jefes de Departamentos Administrativos. Es más, en el Diario Oficial del 27 de marzo de 1940 salió publicado el reglamento del artículo 24 de la ley de Secretarías y Departamentos de

Estado que ratificaba la disposición violatoria al 92 constitucional. Este reglamento comprendía los siguientes tres artículos:

Artículo 1o.—"Las Leyes, decretos, acuerdos y órdenes que se sometan a la firma del C. Presidente de la República deberán ser signados previamente por el Secretario o Jefe del Departamento que corresponda; y cuando se refieran a ramos de la competencia de dos o más Secretarías o Departamentos, se recabará antes el refrendo de todos los titulares de las dependencias respectivas".

Artículo 2o.—"Cada una de las hojas en que se contengan las leyes, decretos, acuerdos u órdenes a que alude el párrafo anterior, llevarán además, las rúbricas del Encargado del Poder Ejecutivo Federal y de los Secretarios de Estado o Jefes de Departamento que deban refrendarlos. Las cantidades se escribirán precisamente con número y letra.

Artículo 3o.—"Las Secretarías y Departamentos de Estado enviarán invariable e inmediatamente a la Secretaría Particular de la Presidencia de la República, para su registro y compilación, dos ejemplares de cada una de las leyes, decretos, acuerdos u órdenes a que se contrae esta reglamentación, debidamente autorizado con la firma y rúbrica del Encargado del Poder Ejecutivo Federal." 5

El 7 de diciembre de 1946 el recién nombrado Presidente de México Miguel Alemán, promulgó una nueva Ley de Secretarías y Departamentos de Estado que fue publicada en los Diarios Oficiales del 13 y 21 del mismo mes. Esta Ley entró en vigor el primero de enero de 1947 estableciendo la existencia de 13 Secretarías y 2 Departamentos; los del Distrito Federal y el Agrario.

En comparación con la Ley de 1939 que abrogó, la nueva Ley convirtió al Departamento de Trabajo en Secretaría de Trabajo y Previsión Social, el Departamento de Asuntos Indígenas desapareció y sus facultades pasaron a formar parte de la Secretaría de Educación.* La Secretaría de Agricultura y Fomento se denominó de Agricultura y Ganadería y fueron creadas dos nuevas Secretarías: la de Recursos Hidráulicos y la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa.

La Ley de 1946 a diferencia de todas las anteriores, sólo expuso en forma general lo que le correspondía conocer a cada dependencia (artículos 3 a 17) señalando en su artículo 18 que el Ejecutivo fijaría en detalle la competencia de cada una de las dependencias en el Reglamento que para esos efectos expediría. Este reglamento fue publicado el 2 de enero de 1947. 6

Por lo que se refiere a los demás artículos de la Ley, fueron iguales a la anterior, incluyendo el relativo al Consejo de Ministros y el que también le confería a los Jefes de Departamentos el refrendo. El único artículo novedoso fue el segundo y textualmente establecía:

"El Presidente de la República queda facultado para designar, además, hasta dos Secretarios de Estado para auxiliar en sus labores al Poder Ejecutivo en cualquiera de los ramos a que se refiere el artículo anterior. La designación se hará por acuerdo presidencial y determinará, en cada caso, las funciones atribuidas a dichos Secretarios de Estado".

La inclusión de este artículo nos parece un error ya que en primer lugar se le otorgaban facultades discrecionales al Ejecutivo para designar a dos Secretarios excluyendo la posibilidad de nombrar a Jefes de Departamentos. Aún más, si le daban facultades al Ejecutivo para designar a dos nuevos Secretarios, lo lógico hubiera sido que fuesen para que lo auxiliaran en materias distintas y previamente legisladas, que no estuviesen expresamente encomendadas a los Secretarios existentes ya que si se hubiera hecho uso de esa facultad habría dos Secretarios sobre una misma materia. Consideramos, que la única razón que motivó la existencia de este artículo equívoco fue la de acrecentar el poder del Ejecutivo.

Por lo que se refiere a la competencia de las nuevas Secretarías de Estado, a la de Recursos Hidráulicos le correspondía el despacho de los asuntos relativos a recursos hidráulicos nacionales y la construcción de obras de riego, drenaje, abastecimiento de aguas potables y defensa contra inundaciones (artículo 10).

Por lo que se refiere a la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, se le facultaba para que interviniera en los asuntos relacionados con la conservación y administración de los bienes nacionales, con la celebración de actos y contratos de obras de construcción, intervención en las adquisiciones de toda clase. Igualmente, se le confería la facultad de realizar los estudios y sugerir las medidas tendientes al mejoramiento de la administración pública (artículo 15). Considerando que en la nueva Ley se preveía la absorción de ciertas facultades conferidas por la Ley anterior a dependencias diferentes, el 2 de enero de 1947 se publicó en el Diario Oficial un Acuerdo Presidencial por el que se disponía que cuando alguna Dirección, Departamento u oficina pasen a depender de una Secretaría o Departamento de Estado a otros, el traspaso se haría incluyendo el personal, mobiliario, vehículo, instrumento, aparatos, maquinaria, archivos, etc., que hayan venido usando durante el año de 1946. Por último, es necesario señalar que por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 16 de abril de 1947, se creó el Departamento de la Industria Militar como Departamento Administrativo Autónomo y cuyas funciones eran prácticamente iguales a las del Departamento de Establecimientos Fabriles y Aprovisionamientos Militares que se creó en la Ley de diciembre de 1917 y que a partir del 1o. de enero de 1935, por reforma a la Ley de 1934, sus funciones le correspondieron a la Secretaría de Guerra y Marina.

Al comenzar el régimen del Presidente Adolfo López Mateos, el 24 de diciembre de 1958 salió publicada en el Diario Oficial, otra Ley más sobre Secretarías y Departamentos de Estado, misma que entró en vigor a partir del primero de enero de 1959.

Esta Ley volvió a distribuir la competencia de las diferentes dependencias centralizadas del Ejecutivo en el texto mismo de la Ley y no en el Reglamento como lo hizo la de 1946 que quedó abrogada. En el nuevo ordenamiento legal, existían quince Secretarías de Estado y no trece como en la anterior y tres Departamentos Administrativos. Las dos nuevas Secretarías fueron las de Obras Públicas, ya que anteriormente estas funciones la tenía la de Comunicaciones y Obras Públicas, habiéndose dividido esta en dos, la de Comunicaciones y Transportes y la de Obras Públicas y se creaba la Secretaría de la Presidencia.

A la Secretaría de la Economía se le denominó de Industria y Comercio y a la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa se le llamó Secretaría del Patrimonio Nacional.

Por lo que se refiere a los Departamentos, tanto el del Distrito Federal y el Agrario subsistieron, cambiándose solo la denominación a este último por el de Asuntos Agrarios y Colonización, fue creado el Departamento de Turismo.

Conforme la atribución que le señala la fracción IV, del artículo 16, la nueva Secretaría de la Presidencia haría las funciones tendientes al mejoramiento de la administración pública. Sin embargo y también como pasó con esta facultad anteriormente, no fue sino hasta 1965 al fundarse la Comisión de Administración Pública, cuando a esta atribución se le reconoció la importancia que tenía. Es de notarse también, que a la Secretaría de la Presidencia se le daban atribuciones sobre los organismos descentralizados y empresas de participación estatal conjuntamente con la de Patrimonio Nacional, principalmente. Al respecto, fue en esta Ley de su tipo, cuando por primera vez se hacía mención expresa a este tipo de instituciones, ya que además de lo señalado a la Secretaría de la Presidencia, en el artículo 7 fracción XII le correspondía a la Secretaría de Patrimonio Nacional.

"Controlar y vigilar financiera y administrativamente la operación de los organismos descentralizados, instituciones, corporaciones y empresas que manejen, posean o que exploten bienes y recursos naturales de la Nación, o las sociedades e instituciones en que el Gobierno Federal posea acciones e intereses patrimoniales, y que no estén expresamente encomendados, subordinados a otra Secretaría o Departamento de Estado."

Esta atribución correspondía a lo establecido en la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal de 1947.

La naturaleza de las atribuciones que sobre los organismos descentralizados y empresas de participación estatal se les encomendaron a la Secretaría de la Presidencia y la de Patrimonio Nacional eran diferentes, en virtud que conforme a la exposición de motivos de la nueva Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, la Secretaría de la Presidencia se entendía "como una Secretaría de planeación, coordinación y vigilancia, pero no propiamente de ejecución. Ella tendía la programación de las actividades generales o determinadas del gobierno federal, que serán indicadas por las demás Secretarías".⁷ En cambio a la Secretaría de Patrimonio le correspondía ejercer un control directo sobre las actividades que fueron desarrollando las diferentes instituciones descentralizadas y de participación estatal.

Conforme a este criterio, fue expedido un Acuerdo Presidencial el 31 de marzo de 1959 que creaba la Junta de Gobierno de los Organismos y Empresas de Estado como el órgano administrativo dependiente de la Secretaría de Patrimonio Nacional encargado de asumir las funciones de control y vigilancia. Esta Junta estaba integrada por cuatro miembros permanentes y dieciocho alternos siendo el Secretario de Patrimonio Nacional el que fungía como presidente de la Junta.

La importancia que tenían en aquel entonces las instituciones descentralizadas era muy considerable, ya que de acuerdo con informes de la Secretaría del Patrimonio Nacional "en el período 1953-1958 la inversión del gobierno federal fue de 10 231 millones de pesos, en tanto que la efectuada por las entidades descentralizadas ascendió a 13,240 millones de pesos, representando el 38 y 40% respectivamente, de la inversión pública total realizada en tal período".⁸

Estos datos fundamentan la preocupación del gobierno por controlar el funcionamiento e inversiones que las entidades descentralizadas realizaban, lo que dio lugar a que el 30 de junio de 1959, por Acuerdo Presidencial, se dispuso que tanto las entidades centralizadas como las descentralizadas, deberían de elaborar un programa de inversiones para ayudar a la planeación del desarrollo nacional. En ese acuerdo y conforme su artículo 2o. se entendía por inversiones públicas "las erogaciones de ambos tipos de dependencias, destinadas a la construcción, ampliación, mantenimiento y conservación de obras públicas; a la exploración, localización, mejoramiento y conservación de los recursos naturales; a la conservación, mejoramiento y desarrollo de la riqueza agropecuaria; a la adquisición y conservación de equipos, maquinaria, herramienta, vehículos de trabajo, utensilios, etc. y en general todos aquellos gastos tendientes a aumentar, conservar y mejorar el capital nacional".⁹

El programa de inversiones que deberían de realizar anualmente las entidades mencionadas, comprendía el período 1960-1964. Como el mismo acuerdo mencionado pretendía el desarrollo nacional a través de la debida canalización de las inversiones públicas, fue reforzado con un Plan Nacional de Desarrollo Integral, planeado en 1961 que además buscaba la par-

ticipación de la iniciativa privada. La Secretaría de la Presidencia sería la encargada de coordinar las demás dependencias y prestarles ayuda técnica en sus programas, proyectos, estudios, etc. quedando situada en el campo puramente técnico y como órgano de consulta del Ejecutivo Federal ya que la decisión final sería del Presidente de la República.

Independientemente de su carácter técnico y consultivo, la Secretaría de la Presidencia encontró que la formación de la planeación económica y social era una tarea demasiado amplia, lo que originó que se publicara en el Diario Oficial de la Federación el 21 de marzo de 1962 otro Acuerdo Presidencial por el que se creaba una Comisión Intersecretarial para formular Planes Nacionales de Desarrollo Económico y Social. Esta Comisión estaba integrada por representantes tanto de la Secretaría de la Presidencia como de Hacienda y Crédito Público, resolviendo de mutuo acuerdo los problemas que se suscitarán en la aplicación de los planes, sin embargo nunca se estableció un órgano ejecutor de los mismos.

II. LA COMISION DE ADMINISTRACION PUBLICA Y LA DIRECCION DE ESTUDIOS ADMINISTRATIVOS.

Decíamos al principio de este trabajo, que la Ley Orgánica de la Administración Pública, pretende ser el cauce de una serie de cambios planeados por el Gobierno, mismos que formarán parte de un programa general conocido como reforma administrativa. Esta reforma fue la idea que inspiró que el 9 de abril de 1965 se creara, en la Secretaría de la Presidencia, la Comisión de Administración Pública, misma que se avocaría al estudio de las instituciones gubernamentales, y que propondría las modificaciones pertinentes para el mejor funcionamiento y eficacia de las Dependencias. Esta Comisión elaboró al cabo de dos años de trabajo un informe en donde se sentaron las bases para realizar ciertos objetivos de la Administración Pública Mexicana.¹⁰ Esta Comisión duró hasta 1970, pero la preocupación por llevar a cabo un programa de reforma administrativa seguía latente. Por lo mismo, el organismo encargado de implementar el programa de reformas, a partir del 1o. de febrero de 1971, fue la Dirección de Estudios Administrativos, la que reemplazó a la Comisión de Administración Pública creada en 1965.¹¹

La introducción de organismos encargados de implementar la reforma administrativa fue a través de los Acuerdos publicados el 28 de enero y 11 de marzo de 1971 en el Diario Oficial de la Federación.

En términos generales, la política de la reforma administrativa en estos Acuerdos, siguió las líneas de acción propuestas en el informe de la Reforma de la Administración Pública Mexicana. Por consiguiente, por primera vez hubo en México continuidad en la programación de la reforma administrativa.

Estos dos acuerdos básicos para la implementación de la reforma administrativa, fueron los siguientes:

“Acuerdo por el que se establecen las bases para la promoción y coordinación de las Reformas Administrativas del Sector Público Federal.”

“Acuerdo para el establecimiento de unidades de programación en cada una de las secretarías y departamentos de estado, organismos descentralizados y empresas de participación estatal”.

El primer acuerdo fue publicado en el Diario Oficial el 28 de enero de 1971. Estableció que deberían de introducirse comisiones internas de administración en las secretarías y departamentos de estado, así como en los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, que tuvieran por objeto planear y realizar las reformas necesarias para el mayor cumplimiento, de los objetivos y programas, incrementando su propia eficiencia y contribuyendo a la del sector público en su conjunto. Igualmente señala que se deberían establecer unidades de organización y métodos con el propósito de asesorar técnicamente el planteamiento y la ejecución de las reformas administrativas.

Por lo que se refiere al segundo acuerdo, salió publicado en el Diario Oficial el 11 de marzo de 1971. Estableció, que deberían de introducirse unidades de programación encargadas de asesorar a los titulares en el señalamiento de objetivos, la formulación de planes y previsiones y la determinación de los recursos necesarios para cumplir, las tareas correspondientes a las entidades aludidas en el acuerdo.

La Dirección de Estudios Administrativos preparó un programa general de la reforma para el correspondiente régimen, que se llamó “Bases para el Programa de Reforma Administrativa del Poder Ejecutivo Federal 1971-1976”.¹²

Algunos de los Programas, señalados en las “Bases”, trataron de llevarse a cabo al través de nuevos Acuerdos Presidenciales relativos al programa de reforma administrativa y que incluyendo los dos que anteriormente se han señalado, sumaron diez. A continuación se señalan los demás Acuerdos que completaron las bases jurídicas más sobresalientes del programa de reforma administrativa del Gobierno anterior.

Acuerdo por el que se crea la Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal y se establece la semana laboral de cinco días de duración para los trabajadores de las secretarías y departamentos de Estado, dependencias del Ejecutivo Federal y demás organismos públicos e instituciones que se rijan por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. (Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1972. Por lo que se refiere a la estructura de la Comisión de Recursos Humanos, esta fue modificada por otro Acuerdo publicado el 31 de enero de 1977).

Acuerdo que ordena la realización del Censo de los Recursos Humanos

del Sector Público (Diario Oficial de la Federación de 17 de julio de 1974).

Acuerdo por el que la Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal coadyuvará permanentemente con las entidades del sector público en el establecimiento y cumplimiento de las normas y mecanismos necesarios para mantener la regularidad, seguridad y estabilidad en el trabajo de los servidores públicos. (Diario Oficial de la Federación de 9 de febrero de 1976.)

Acuerdo para promover la mejor Capacitación Administrativa y Profesional de los Trabajadores al Servicio del Estado. (Diario Oficial de la Federación de 26 de junio de 1971).

Acuerdo por el que se dispone que las distintas dependencias del Ejecutivo deberán establecer la coordinación adecuada con el ISSSTE, a fin de desarrollar los programas de capacitación para empleados de base. (Diario Oficial de la Federación de 5 de abril de 1973.)

Acuerdo por el que se dispone que los Titulares de cada una de las Secretarías y Departamentos de Estado deben procurar dar la atención que requiere el programa de reforma administrativa de su dependencia. (Diario Oficial de la Federación de 5 de abril de 1973.)

Acuerdo por el que se dispone que las Secretarías y Departamentos de Estado, organismos descentralizados y empresas de participación estatal de la administración pública federal, procedan a implantar las medidas necesarias delegando facultades en funcionarios subalternos para la más ágil toma de decisiones y tramitación de asuntos. (Diario Oficial de la Federación de 5 de abril de 1973).

Acuerdo por el que se dispone que las secretarías y departamentos de Estado, organismos descentralizados y empresas de participación estatal de la administración pública federal, procedan a establecer sistemas de orientación e información al público. (Diario Oficial de la Federación de 5 de abril de 1973. Este Acuerdo fué derogado por uno nuevo publicado el 19 de septiembre de 1977).

Acuerdo por medio del cual se da a conocer que corresponde a la Secretaría de la Presidencia llevar al cabo visitas periódicas de evaluación en materia de reforma administrativa, así como elaborar los diagnósticos necesarios, relacionándose para ello con las Comisiones Internas de Administración y con las Unidades de Organización y Métodos. (Diario Oficial de la Federación de 16 de abril de 1974).

También, dentro del programa de reforma administrativa que se llevó a cabo en el periodo 1970-1976, a las formas administrativas de descentralización y desconcentración, se le dieron un énfasis inusitado. Ambas formas tienen como finalidad la realización de actividades administrativas lo menos dependiente y autónomamente posible del gobierno central, con el objeto de que las funciones se realicen más eficaz y más directamente con el ciudadano común.

Con el afán de combatir la excesiva centralización, se llevaron a cabo

diferentes estudios sobre la desconcentración de la administración federal en todas las secretarías y departamentos de Estado, así como en ciertos organismos descentralizados y empresas de participación estatal. Igualmente nuevas instituciones y comisiones coordinadoras fueron creadas con el fin de facilitar la descentralización y desconcentración administrativa.¹³

Por otra parte e independientemente de los planes y realizaciones del programa de reforma administrativa, en el período gubernamental pasado, se llevaron a cabo lo que podríamos considerar como reformas administrativas "tradicionales", como la creación, modificación o supresión de ciertas Secretarías y Departamentos de Estado así como de algunas entidades de la administración paraestatal. Entre otras reformas de esta naturaleza y como ya lo habíamos apuntado anteriormente, los Departamentos de Asuntos Agrarios y Colonización y de Turismo fueron hechos Secretarías, en la Secretaría de Salubridad y Asistencia se creó la Subsecretaría de Mejoramiento del Ambiente, el Departamento del Distrito Federal fué dividido en 16 Delegaciones Administrativas, etc.

Asimismo, fueron creadas numerosas instituciones de la administración paraestatal entre las que podemos señalar las siguientes:

- Comisión Nacional de Zonas Áridas.
- Comisión Nacional de la Industria Azucarera.
- Comisión de Energéticos.
- Comisión Nacional de Desarrollo Regional.
- Comisión Coordinadora y de Control del Gasto Público.
- Comisión Consultiva Intersecretarial para revisar la constitución de fideicomisos bancarios en las zonas prohibidas al dominio de extranjeros, en las costas y fronteras.
- Comisión Nacional Tripartita, para colaborar con el Gobierno en el Análisis, Estudio y Planteamiento de los Problemas que afectan el Desarrollo del país.
- Comités Promotores del Desarrollo Socio-Económico de las Entidades Federativas.
- Fideicomiso para el Estudio y Fomento de Conjuntos, Parques y Ciudades Industriales en las Entidades Federativas.
- Juntas Coordinadoras de Puertos.
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.
- Instituto Mexicano de Comercio Exterior.
- Instituto Nacional para el Desarrollo de la Comunidad Rural y de la Vivienda Popular.
- Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores
- Instituto Nacional del Consumidor, etc.

La creación de varios de estos organismos paraestatales y de otros que no se enlistaron, en mucho obedecieron a un Programa de Inversión y

Financiamiento del Sector Público Federal correspondiente al sexenio 1971-1976, elaborado por la Secretaría de la Presidencia.¹⁴ Se señalaba en dicho Programa, que la inversión pública entre 1971- 1976, estará orientada a las actividades siguientes: Fomento agropecuario 13.4%; Industria 38.1%; Transportes y comunicaciones 21.8; Bienestar Social 24.3%; Equipos e instalaciones para administración y defensa 1.4% y Programas especiales 1.0.¹⁵ En general, las inversiones públicas deberían canalizarse en zonas y en beneficio de grupos socialmente marginados y con la intención de generar empleo productivo. Se buscaba también, atender a la integración regional y en mucho se explica la creación de los diferentes Comités promotores de Desarrollo Económico y Social. Sobre estos, se volvió hacer incapié realzando su importancia en un Acuerdo publicado el 29 de mayo de 1974 en el Diario Oficial de la Federación, por el que se establecía la programación de inversiones federales por entidad federativa.

Por lo que se refiere a la coordinación del sector paraestatal, se expidió una nueva ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.¹⁶ Esta Ley abrogaba la anterior sobre la materia de 1965.

También, en la etapa de gobierno que comentamos, hubo notorias reformas a la legislación existente así como la expedición de nuevos ordenamientos legales entre los que podemos citar a la Ley de Asentamientos Humanos, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, Ley sobre Transferencia de Tecnología, Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, se reformaron las disposiciones relativas así como se expidieron otras nuevas sobre materia penal y penitenciaria como la Ley de Normas Mínimas, etc.

Como hemos visto, en el régimen presidencial 1970-1976 las reformas a la administración pública fueron numerosas y la obligación de llevar a cabo el programa de reforma administrativa fue establecida de una manera definitiva. El programa de reforma administrativa fue un plan estructurado y se le dotó de los mecanismos legales necesarios para llevarlo a la práctica. Sin embargo, lo que parece ser más importante fue que se consideró a la reforma administrativa conforme se había delineado a partir de 1965, con una propia ideología y tendiente a procurar el desarrollo del país.

Es innegable que por primera vez, al menos formalmente, el programa de reforma administrativa se trató de llevar a cabo. No sólo se elaboraron los estudios teóricos pertinentes sino que la misma implementación de la reforma tuvo su inicio. En efecto, entre los principales logros del programa, todas las dependencias centralizadas y por lo menos dentro de los organismos descentralizados más importantes del gobierno, se establecieron las Comisiones Internas de Administración, las Unidades de Organización y Métodos y las Unidades de Programación.¹⁷

Lo realizado en ese tiempo no quiere decir que quizá menos de lo que se esperaba conseguir se haya logrado, o que en algunas ocasiones parte de los programas de la reforma no se hayan debidamente planeado o se hayan elaborado con marcadas deficiencias.

Sin embargo, es necesario señalar que si todos los programas no se llevaron a cabo como se formularon, fue en gran parte por olvidar las experiencias anteriores sobre la materia ya que sobre este punto consideramos que por haberse encomendado el programa general de la reforma administrativa, una vez más a una Secretaría de Estado no dio los resultados esperados. Por nuestro sistema político y administrativo la única forma de organizar el sistema administrativo federal debería ser a través de un órgano directamente subordinado al Ejecutivo. En efecto, las visitas y las labores de supervisión que la Secretaría de la Presidencia llevó a cabo para evaluar los trabajos de la reforma administrativa en otras instituciones centralizadas o descentralizadas, no fueron muy bien aceptadas y sí en estas instituciones se llevaron a cabo ciertas reformas a su estructura y funcionamiento, podemos señalar que muchas de ellas no fueron creadas ni supervisadas por los organismos encomendados para ello expresamente.

III. LA REFORMA ADMINISTRATIVA A PARTIR DEL PRIMERO DE DICIEMBRE DE 1976

El primero de diciembre de 1976, tomó posesión como Presidente de la República Mexicana, José López Portillo, expresidente de la Comisión de Administración Pública. Es por esto que la reforma administrativa encuentra el momento más oportuno en México, para ser llevada a cabo de la mejor manera y lo más profundamente posible. Esto se debe, a que mucho de los trabajos preparatorios correspondientes de la reforma ya se han realizado¹⁸ y además, muchos de los integrantes de la Comisión de la Administración Pública ocupan puestos determinantes en el nuevo gobierno que permitirán, seguramente, implementar la reforma.¹⁹

Como medidas de partida del plan de reforma administrativa del nuevo régimen, se han expedido ya, las que podemos considerar como disposiciones jurídicas básicas:

- 1o. Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.
- 2o. Ley General de Deuda Pública.
- 3o. Modificaciones a la Ley Orgánica de la Contaduría mayor de Hacienda.
- 4o. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Por lo que se refiere a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto

Público, ésta abrogó a la Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación de 1935. La nueva Ley, abarca la programación de todo el gasto del sector público incluyendo al del sector paraestatal debido a su mayor participación en la inversión pública, misma razón que hizo que se incluyera a partir de 1965 en el presupuesto de egresos de la federación, a las principales entidades descentralizadas.

La programación del gasto público federal atenderá las directrices y planes de desarrollo económico y social que formulará el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto. Todas las actividades relacionadas con la programación, presupuestación control y evaluación del gasto público federal, estará a cargo de la Secretaría de Programación y Presupuesto, (artículo 5o.) y las Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos orientarán y coordinarán las mismas actividades del gasto de las entidades que quedan indicadas en el sector que esté bajo su coordinación (artículo 6o.). Es necesario resaltar que una sola dependencia, la Secretaría de Programación y Presupuesto, coordinara todo lo relativo al gasto público federal, esto es, el gasto corriente, inversión física, inversión financiera y pago de deuda pública.

Cada entidad (centralizada o paraestatal) contará con una unidad encargada de planear, programar, presupuestar, controlar y evaluar sus actividades respecto al gasto público (artículo 7o.) Con esta disposición, según la exposición de motivos de la propia Ley, se quiere "fortalecer su eficiencia". Este artículo tiene relación con el 39 por lo que se establece que cada entidad llevará su propia contabilidad, la cual incluirá las cuentas para registrar tanto los activos, pasivos, capital o patrimonio, ingresos, costos y gastos, como las asignaciones, compromisos y ejercicios correspondientes a los programas y partidas de su propio presupuesto. En todas las dependencias se establecerán órganos de auditoría interna, que cumplirán los programas mínimos que fije la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Se establece, que para financiar los programas incluidos en los presupuestos de la Presidencia de la República, de las entidades centralizadas del Departamento del Distrito Federal y de las entidades paraestatales, los créditos se concertarán y contratarán por conducto o con la autorización expresa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pero deberán ser previamente aprobados por la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Por primera vez se suprime el entero y retiro, en la Tesorería de la Federación, de los fondos propios de las entidades paraestatales sujetas al control presupuestal, por lo que estas recibirán y manejarán sus fondos y darán sus pagos a través de sus organismos propios (artículo 27). Todas las entidades a las que le son aplicables esta ley tienen obligación de informar antes del día último de febrero de cada año a la Secretaría de Programación y Presupuesto, el monto y características de su deuda pública flotante o pasivo circulante al fin del año anterior.

Por primera vez se introduce en este tipo de leyes, que el gasto público federal se basará en presupuestos que se formularán con apoyo en programas que señalen objetivos, metas y unidades responsables de su ejecución.

Esto quiere decir que los presupuestos que se elaboren cada año serán orientados programáticamente, mismo sistema que se implantó en el presupuesto de egresos para 1975.²⁰

Coincidiendo con la vigencia de esta ley, a partir del primero de enero de 1977, se estableció un gasto público para el mismo año de 616 324 millones de pesos. Este presupuesto de egresos, representó un incremento de 38.9% sobre el gasto ejecutado en 1976. Incremento que se explica por la devaluación del peso mexicano a finales de agosto de 1976. Sin embargo, para 1978 se ha aprobado un presupuesto de 912 450 millones de pesos, mismo que es superior en un 48% sobre el presupuestado y superior en 23.6 al ejercido en 1977. Al Gobierno Federal le corresponden 434 303 millones de pesos y el Sector Paraestatal 478 147 millones de pesos. De lo correspondiente al Gobierno Federal 176 452 millones de pesos le corresponderán ejercerlos a los distintos Poderes de la Federación y a las Procuradurías correspondientes y de los 257 851 restantes, serán 113 661 para el pago de la Deuda Pública 38 559 para inversiones y 105 630 para erogaciones adicionales.

La Secretaría de Estado que más presupuesto tiene es la de Educación Pública con 74 373 millones de pesos y la que menos tiene es la de Turismo con 825. De las entidades paraestatales, Petróleos Mexicanos es la institución que más presupuesto tiene con 179 478 millones de pesos.

Por sectores económico-sociales, el que más presupuesto tiene es el Industrial con 245 367 millones de pesos y el que menos es el Laboral con 1 082 millones de pesos.

Respecto a la nueva Ley General de Deuda Pública, consta de 32 artículos distribuidos en 8 capítulos y contiene 2 artículos transitorios. Esta ley se expide, según la exposición de motivos, cuando "el endeudamiento público adquiere una relevancia primordial en el manejo de las finanzas nacionales, que obliga al Estado a planear, en forma cada día más cuidadosa la obtención y aplicación racional del crédito que se requiere".²¹ En efecto, las demandas internas del país, han hecho que cada día se contraten créditos internos y externos por cantidades mayores y que consecuentemente la deuda pública del país aumente considerablemente. De acuerdo al presupuesto de egresos para 1977 la erogación por concepto de Deuda Pública fue de 80,840 millones de pesos.

La deuda interna y la externa se consideran en forma unitaria en la Ley y le corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público aplicarla, así como interpretarla administrativamente y expedir las disposiciones necesarias para su debido cumplimiento (artículo 3). La deuda pública está constituida por los pasivos de las dependencias centralizadas y paraestatales salvo los de las empresas de participación estatal minoritaria. Se establece

en el artículo 17 que los financiamientos que requiera el Ejecutivo y sus dependencias (centralizadas) sólo se podrán contratar al través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que se requerirá la autorización previa de esta Secretaría cuando el Departamento del Distrito Federal o las entidades paraestatales deseen contratar financiamientos.

En el capítulo VIII se dispone la creación de la Comisión Asesora de Financiamientos Externos para establecer la uniformidad en el manejo de la deuda externa, será presidida por la Secretaría de Hacienda.

Por lo que se refiere a las modificaciones a la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda "persiguen como propósito fundamental fortalecer la facultad que el Congreso tiene de verificar con amplitud el ingreso y el gasto público, revistar que el presupuesto se cumpla; precisar la justificación, utilidad y honradez con que se realicen las erogaciones, aplicar, en su caso, las disposiciones sobre responsabilidad de funcionarios públicos y efectuar con amplitud el examen de la cuenta pública y las investigaciones, visitas y auditorías correspondientes". Estas facultades están acordes con el reformado artículo 74, fracción IV de la Constitución, en donde además se establece que la cuenta pública del año anterior será presentada a la Comisión Permanente del Congreso dentro de los diez primeros días del mes de junio.²²

Estas modificaciones, así como las Leyes de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y la General de Deuda Pública se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976.

IV. LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal constituye fundamentalmente, el marco legal de la "reforma administrativa para el desarrollo económico y social de México".²³ Su fundamento constitucional está en los artículos 90, 92 y 93 de nuestra Carta Magna, mismos que prevén la existencia de Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal Mayoritaria.

Su objeto es el de organizar y estructurar al Poder Ejecutivo Federal, razón por la cual, el nuevo nombre de la Ley es mucho más acertado que el de la anterior en relación a la materia de regulación, ya que era absurdo no incluir en la Ley Reglamentaria del Poder Ejecutivo, al sector paraestatal si también forma parte del mencionado poder.

En efecto, tan sólo el presupuesto de organismos y empresas estatales para 1977 fue de 302,595 millones de pesos, cifra superior a la correspondiente del sector central.²⁴

La nueva Ley, está dividida en tres títulos principales, el primero de ellos contiene un solo capítulo y se refiere a la Administración Pública

Federal en general, el segundo trata a la Administración Pública Centralizada, y el tercero, hace alusión a la Administración Pública Paraestatal.

La Ley contiene 54 artículos por lo que es más extensa que la anterior y contiene seis disposiciones transitorias. El artículo primero señala que La Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República integran la administración pública centralizada.

Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

Es necesario apuntar que forman parte de la Presidencia de la República y por lo mismo se consideran partes de la administración pública centralizada, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal (artículo 5) y todas las unidades administrativas que el Ejecutivo constituya (artículo 8).

Hasta el 16 de septiembre de 1977, conforme un Decreto Presidencial publicado en el Diario Oficial el 15 de septiembre, el Departamento de la Industria Militar, se integra a la Secretaría de la Defensa Nacional, como un órgano desconcentrado y con dependencia jerárquica de la misma. Este Departamento se creó en 1947 y también habría que considerarlo hasta la fecha del Decreto citado, como parte integrante de la Presidencia de la República. El Presupuesto de Egresos para 1977 del Departamento fue de 311 millones de pesos.²⁵

No ocurre lo mismo, aunque la Ley Orgánica no haga mención al respecto, con el Estado Mayor Presidencial, ya que sigue siendo parte integrante de la Presidencia de la República y por lo mismo de la administración pública centralizada.

Por lo que se refiere a la división de la administración central, para el despacho de los negocios administrativos en Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos (artículo 2), en nuestra opinión ya no se justifica, porque si en 1917 lo que se quería establecer eran dependencias del gobierno, unas con atribuciones político-administrativas y otras (los Departamentos) meramente con funciones administrativas, al correr el tiempo hasta 1976, la mayoría de los Departamentos creados desde 1917 en las diferentes Leyes, han pasado a ser Secretarías de Estado. Lo que es más, al existir actualmente los organismos descentralizados, que no se creaban aún en 1917, y que sus funciones son eminentemente técnicas y sociales²⁶ no tienen razón de ser los Departamentos.

Excepción de este razonamiento sería el Departamento del Distrito Federal que más que obedecer al criterio de 1917 constituye un ente donde se asientan los poderes federales. Por lo que su nombre de Departamento obedece a otras razones y para evitar confusión se debería llamar Gobierno del Distrito Federal, conforme la misma Constitución lo establece en

los artículos 73-VI y 92 constitucionales y de acuerdo con el artículo 50. de la nueva Ley.

En su artículo 40. la Ley establece que el Procurador General de la República es el Consejero Jurídico del Gobierno Federal, lo que está acorde con el último párrafo del artículo 102 de la Constitución. Establece el artículo 50. que el Gobierno del Distrito Federal está a cargo del Presidente de la República, quien lo ejerce por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal, precepto congruente con lo establecido por el artículo 73 constitucional fracción VI.

La nueva Ley, al igual que la anterior, prevé la integración del Consejo de Ministros a que alude el artículo 29 constitucional en los casos de suspensión de garantías individuales. Dicho Consejo se integra por los Secretarios de Estado, los Jefes de Departamento y el Procurador General de la República, presidido por el Titular del Ejecutivo. Esta disposición contenida en el artículo sexto de la nueva Ley, no incluye el número de personas que se necesitan para que sesione el Consejo y tampoco establece cómo se tomaran las resoluciones, que si lo establecía en su artículo 29 la anterior Ley y que venía señalándose desde la Ley de 1935.

Al no disponer nada al respecto el nuevo precepto, consideramos que el Consejo de Ministros para que sesione requerirá la totalidad de sus miembros. Esta afirmación la señalamos tomando en consideración la gravedad del caso para lo cual se requiere la integración del Consejo, como es el de suspender las garantías. Además, si interpretamos lo disposición del artículo con su segunda parte, veremos que señala esta, la posibilidad de que el Presidente pueda convocar a reuniones a los Secretarios y Jefes de Departamento, sin que incluyan a la totalidad de los miembros del Consejo,²⁷ cuando se trate de materias correspondientes a sus ramos.²⁸ Esta forma de trabajo no es nueva en el sistema mexicano pero si es la primera vez que una Ley de esta naturaleza lo incluye.

Diferente opinión sobre la integración del Consejo es la que sustenta Ruiz Massieu. Este autor señala que "La supresión de la parte final del artículo 29 de la Ley de Secretarías, que establecía que para que se integrara quórum deberían concurrir, por lo menos, dos terceras partes de los miembros del Consejo; permite concluir que, en lo sucesivo, podrán celebrarse sesiones con la presencia de cualquier número de esos miembros. Aun cuando también se suprimió la regla de que los acuerdos se tomarían por mayoría simple, es lógico suponer que es todavía válida, ya que es la que priva en el funcionamiento de todos los órganos colegiados de derecho público y privado, cuando no se ha establecido la excepción de que se requiera mayoría absoluta".²⁹

Esta afirmación permite concluir que habiendo sólo dos miembros del Consejo o más (se señala que dos porque se trata de Consejo) se podría considerar integrado éste. Por las razones apuntadas anteriormente y siguiendo a Herrera y Lasso al respecto, la suspensión de garantías "demanda unidad absoluta en la acción gubernamental", el acuerdo relativo, para

ser válido, requiere el asentamiento unánime del "Consejo de Ministros", además, señala el autor, que "la votación de mayoría de los asistentes falsifica la decisión".³⁰

Consideramos que el legislador modificó el precepto relativo al percatarse que siendo los Secretarios, Jefes de Departamento y Procurador General auxiliares del Ejecutivo y teniendo la facultad éste de nombrarlos y removerlos libremente, la suspensión de garantías requiere una decisión unánime y total por la gravedad del supuesto. En caso de que algunos de los integrantes del Consejo no aprobara la suspensión el cambio de funcionario será "un alerta para el Congreso y la opinión pública".³¹

Por su parte, el maestro Carrillo Flores, considera que basta la mayoría de votos de los integrantes del Consejo para tomar las resoluciones respectivas.³²

Por otra parte, el artículo 7o. establece que para el ejercicio de sus atribuciones, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos contará con los Departamentos Administrativos que determine la Ley. Este artículo lejos de parecer un acierto, no tiene caso haberse establecido ya que es obvio que el Presidente cuente con Departamentos Administrativos cuando lo determine la Ley pero también con Secretarías de Estado. No debería de estar incluido este artículo.

Con fundamento en el artículo 8o. de la Ley y también como innovación, se contiene la posibilidad de que el Presidente de la República cuente con las unidades respectivas para:

- a) Estudiar y dar forma a los acuerdos presidenciales.
- b) Compilar las leyes y decretos promulgados, los reglamentos, acuerdos y resoluciones expedidos por el titular del Ejecutivo.
- c) Estudiar y promover las modificaciones que deban hacerse a la Administración Pública y coordinar y evaluar su ejecución.

Por lo que se refiere a los Acuerdos Presidenciales, por un Acuerdo publicado el 3 de enero de 1977, se señala que las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos deberán enviar a la Presidencia de la República sus respectivos proyectos. Conforme a los considerandos del Acuerdo, se establece que esas funciones se canalicen a través de una Unidad de Asesoría que depende directamente del Ejecutivo Federal. Este Acuerdo entró en vigor a partir del día 1o. de enero, pero se publicó el día 3 del mismo mes de 1977.

Por lo que se refiere a la Unidad que tenga por objeto el mejoramiento de la administración pública, fue creada la de Coordinación General de Estudios Administrativos, siendo acordada su existencia por el Ejecutivo a partir del 3 de enero de 1977.³³ Esta Unidad sustituye a la Dirección de Estudios Administrativos que funcionó en el pasado sexenio. La gran diferencia entre las dos radica en que la Unidad, por primera vez, depen-

derá directamente del Presidente de la República y la Dirección como las anteriores dependencias similares, siempre formaron parte de una Secretaría de Estado.

La posibilidad de que el Ejecutivo intervenga directamente en el funcionamiento de la administración es determinante, ya que el es el principal responsable e interesado en la correcta actuación del aparato público. Además, siendo el Ejecutivo el más conocedor de los asuntos en general de la administración en su conjunto, su intervención inmediata en la organización administrativa da más coherencia, necesariamente, a las acciones de la administración.

La mayoría de los estudios sobre esta materia, en México, señalaban la necesidad, por diferentes razones, de un organismo que dependiendo inmediatamente del Ejecutivo llevara a cabo la reforma administrativa. Es así que a partir de 1977 se da un claro impulso a la reforma al crear la Unidad correspondiente. La Unidad estará a cargo de un coordinador general que será designado y ejercerá sus funciones por acuerdo del Presidente.³⁴

Por lo que se refiere a la realización de los planes y ejecución de los mismos sobre reforma administrativa, resulta claro señalar que de acuerdo a la política tomada anteriormente y en congruencia con las disposiciones relativas en la nueva Ley de la Administración Pública, todas las reformas macroadministrativas serán delineadas por la Unidad y las microadministrativas por las entidades respectivas en cada una de las dependencias federales,³⁵ pero siguiendo los Lineamientos que determine el Ejecutivo a través de la Coordinación.³⁶

Por lo que se refiere a estos Lineamientos, hasta la fecha se han expedido los que deben observar las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal en sus Programas de Reforma Administrativa. Posteriormente, se formularon los Lineamientos para la Sectorización de la Administración Pública Federal. Estos segundos Lineamientos serán estudiados cuando se vea la Administración Paraestatal.

Por lo que se refiere a los primeros Lineamientos, fueron dados a conocer durante la primera reunión de gabinete sobre reforma administrativa celebrada el 28 de enero de 1977 en Palacio Nacional.

Estos Lineamientos se refieren a diversos aspectos que para el mejor funcionamiento de las diferentes dependencias se deben observar.

Se señala que deberán de integrarse los mecanismos de programación y reforma administrativa para cuyo efecto "Los titulares de cada una de las dependencias o entidades públicas deben establecer y garantizar el adecuado funcionamiento de la correspondiente Comisión Interna de Administración (CIDA) o su equivalente (CIDAP, Grupo Interno, entre otros), cuya presidencia no podrá ser delegada en ningún otro funcionario. La CIDA deberá ser integrada con los funcionarios que determine el titular respectivo, quien procurará que estén representadas las principales áreas encargadas de los sistemas operativos (sustantivos) y las de apoyo administrativo y técnicos."³⁷

Al respecto todas las dependencias centralizadas han publicado sus reglamentos internos, mismos que contienen respectivamente, las correspondientes Comisiones Internas de Administración. En los Lineamientos se recomendó que actúe como Secretario Técnico el responsable de la Unidad de Programación, y para el programa interno de reforma administrativa, lo sea el responsable de la Unidad de Organización y Métodos.³⁸

Los Lineamientos señalaron conforme se establece en el artículo 9 de la Ley Orgánica, que las dependencias y entidades de la administración pública centralizada y paraestatal conducirán sus actividades en forma programada y con base en las políticas, prioridades y restricciones que, para el logro de los objetivos y metas de los planes de gobierno establezca el Presidente de la República directamente o a través de las dependencias competentes.

Además, el documento aludía a la revisión de la organización interna de las dependencias para definir sus objetivos conforme a las nuevas disposiciones sobre reforma administrativa y se señalaban que deberían de elaborarse los contenidos correspondientes al Reglamento Interior, Manual de Organización General, al de Procedimientos y el de Servicios al Público.

Estas publicaciones están de acuerdo con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la nueva Ley, refiriéndose el 18 al reglamento interior que será expedido por el Presidente de la República³⁹ y el 19 a los diferentes manuales que deberán contener información sobre la estructura orgánica de la dependencia y las funciones de sus unidades administrativas.

El mismo artículo señala que los Manuales de Organización General deberán de publicarse en el Diario Oficial de la Federación y mantenerse permanentemente actualizados.

Hasta la fecha, sólo las Secretarías de Programación y Presupuesto y la de Reforma Agraria han publicado sus respectivos manuales.⁴⁰

Ambas publicaciones tienen como contenido los siguientes puntos:

- A) Antecedentes.
- B) Bases Constitucionales y Legales.
- C) Reglamentos, Decretos, Acuerdos y Convenios de Coordinación.
- D) Atribuciones conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- E) Estructura Orgánica y Organigrama.
- F) Funciones de sus respectivas unidades administrativas.

Por lo que se refiere a los Manuales de Servicios al Público el 19 de septiembre de 1977 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Acuerdo Presidencial por el que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal realizarán los actos que legal y administrativa-

mente procedan para establecer un sistema de orientación, información y quejas, a fin de facilitar el trámite, gestión y solución de los asuntos que el público plantee ante ellas y promover la participación y colaboración de los usuarios en el mejoramiento de los servicios que se les presta.

Este Acuerdo abroga al anterior publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de abril de 1973, derogándose además, las disposiciones que se opongan al nuevo Acuerdo.

También en los Lineamientos sobre Reforma Administrativa se aludía a la revisión y adecuación de los sistemas y procedimientos de trabajo y determinación de políticas para el mejor aprovechamiento de los recursos materiales. Estas disposiciones obedecen a lo establecido en el artículo 20 de la Ley que se refiere que para el mejor funcionamiento de las dependencias establezcan sus servicios de apoyo.

Los Lineamientos se refirieron también a la Administración y desarrollo de recursos humanos para el desempeño eficiente de las actividades que les corresponden haciendo énfasis en la administración de sueldos y salarios, relaciones laborales, prestaciones sociales, incentivos, etc. Lo señalado en esta parte de los Lineamientos responde a lo establecido en la parte final del artículo 19 de la Ley donde se dispone que "En cada una de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, se mantendrán al corriente los escalafones de los trabajadores y se establecerán los sistemas de estímulos y recompensas que determine la Ley y las condiciones generales de trabajo respectivas".

Por último, se hizo mención en el documento de los lineamientos, sobre la delegación y desconcentración de facultades y celebración de convenios con los gobernadores de los Estados.

Por lo que se refiere a la delegación de facultades éstas deberán de publicarse en el Diario Oficial. Esta obligación señalada en los Lineamientos, no se encuentra en el artículo 16 de la Ley que alude a la delegación de facultades. Este artículo establece que: "Corresponde originalmente a los titulares de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos el trámite y resolución de los asuntos de su competencia, pero para la mejor organización del trabajo podrán delegar en los funcionarios a que se refieren los artículos 14 y 15, cualesquiera de sus facultades, excepto aquellas que por disposición de Ley o del reglamento interior respectivo, deban ser ejercidas precisamente por dichos titulares. En los casos en que la delegación de facultades recaiga en jefes de oficina, de sección y de mesa de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, aquéllos conservarán su calidad de trabajadores de base en los términos de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado".

Por lo que se refiere a la creación de órganos desconcentrados, los Lineamientos señalan que para ese efecto se requerirá el Acuerdo Presidencial respectivo. El artículo 17 de la ley establece que "Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos

administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables".

Sobre el particular, el 29 de junio de 1977, salió publicado en el Diario Oficial de la Federación un Acuerdo Presidencial por el que se crea un organismo técnico desconcentrado del Departamento del Distrito Federal que se denominará Comisión de Desarrollo Urbano del Distrito Federal. También dependiente al Departamento del Distrito Federal, se creó por un Acuerdo Interno publicado el 21 de octubre de 1977, en el Diario Oficial, otro organismo Desconcentrado denominado Servicio Público de Boletaje Electrónico.

Por lo que se refiere a los convenios de colaboración, se establece en el artículo 22 de la Ley Orgánica que "El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos podrá convenir con los Gobernadores de los Estados de la Federación, satisfaciendo las formalidades legales que en cada caso procedan, la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras o la realización de cualquier otro propósito de beneficio colectivo, a fin de mejorar los servicios, abatir costos o favorecer el desarrollo económico y social de las propias entidades federativas".

La inclusión de este artículo en la Ley es una novedad, aun cuando con anterioridad ya se venían celebrando convenios de esta naturaleza. Prueba de esta afirmación se encuentra en el artículo transitorio primero del Acuerdo publicado el 6 de diciembre de 1976 en el Diario Oficial por el que el Ejecutivo Federal celebrará convenios únicos de coordinación con los Ejecutivos Estatales, a fin de coordinar acciones de ambos órdenes de gobierno en materias que competen al Ejecutivo Federal y a los Ejecutivos Estatales de manera concurrente, así como en aquellas de interés común. El artículo transitorio aludido, establece que los convenios celebrados con anterioridad por cualquier tipo de dependencia federal, seguirán vigentes en lo que no se opongan a los convenios únicos de coordinación.

Este Acuerdo Presidencial, fue expedido antes de que entrara en vigor la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública y por lo mismo, a la Secretaría de la Presidencia, conforme al Acuerdo, hoy a la Secretaría de Programación y Presupuesto, le correspondía considerar las bases del desarrollo estatal para formular los planes de desarrollo nacionales y los programas de inversión y gasto público federal que deberá de someter a la consideración del Ejecutivo.

En este Acuerdo se establecen las bases generales para la celebración de los convenios únicos de coordinación y que no tienen otro objeto sino el de promover el desarrollo económico y social de los Estados.

Volviendo al artículo octavo de la nueva Ley referente a la creación de Unidades Administrativas, ya fue creada también la relativa a Información y Relaciones Públicas. En efecto, el 10 de junio de 1977, salió publicado en el Diario Oficial el Acuerdo Presidencial relativo. Esta Uni-

dad o Dirección General (como lo señala el Acuerdo) obedece a la necesidad de informar a los ciudadanos sobre la actividad que realiza el Ejecutivo y, en general, sobre las del sector público, y proveer a su más eficaz divulgación.

Por lo que se refiere a otro tipo de Unidades que tengan por objeto la atención de áreas prioritarias, se han creado las siguientes Unidades:

- 1) Unidad de Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados. La creación de esta Unidad por Acuerdo Presidencial publicado el 21 de enero de 1977 en el Diario Oficial, obedece al esfuerzo especial y directo por parte del Presidente de la República, para ayudar a núcleos sociales que por su condición se encuentran sumamente rezagados en diferentes aspectos.
- 2) Unidad de Transporte Aéreo del Poder Ejecutivo Federal (UTAPEF) que tendrá por objeto proporcionar los servicios de transporte a la Presidencia de la República y a las Entidades que componen la Administración Pública Centralizada. Esta Unidad fue establecida en virtud de la falta de programación en la adquisición de aparatos aéreos. Con la Unidad se busca el control de los servicios de esa naturaleza que se presenten en las dependencias de la Administración Pública Centralizada. Este Acuerdo no es aplicable a las dependencias de la Administración Paraestatal. Tampoco quedan comprendidas en el Acuerdo conforme su artículo séptimo, las aeronaves de la Fuerza Aérea Mexicana y de la Armada de México, así como los servicios técnicos. Este Acuerdo fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de mayo de 1977.
- 3) Por Acuerdo Presidencial de 21 de octubre de 1977 se constituyó la Coordinación General del Sistema Nacional de Evaluación, adscrita directamente al Presidente de la República, como unidad de asesoría, apoyo técnico y Coordinación.

La creación de esta Unidad constituye un esfuerzo por controlar sistemática y oportunamente las actividades que las dependencias de la administración pública federal vayan realizando. Al evaluar las actividades de esas dependencias, se podrán ratificar o rectificar la planeación y ejecución de sus funciones. Esta evaluación habrá que considerarla como parte integrante del proceso de la reforma administrativa del gobierno federal.

En el Acuerdo respectivo se señala en su artículo segundo que "Las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos designarán un representante ante la Coordinación General del Sistema Nacional de Evaluación, quien también actuará con el carácter de Coordinador del Sector correspondiente".

"La Coordinación General del Sistema Nacional de Evaluación requerirá en su caso la presencia de representantes de las entidades paraestatales que a su juicio lo ameriten.⁴¹

El título segundo de la Ley contiene una serie de disposiciones que ya se encontraban en Leyes anteriores, mismas que establecen que entre las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos no habrá ninguna jerarquía; que los titulares de las mismas ejercen sus funciones por acuerdo del Presidente de la República; que según su competencia deberán formular los proyectos de ordenamientos jurídicos que sean necesarios, mismos que deben ser refrendados por los titulares de las dependencias que intervengan en su aplicación. Acertadamente la firma de los titulares sólo se refiere a los Secretarios de Estado y no a los Jefes de Departamento (artículos 10 a 14).

Necesariamente vuelve a surgir el comentario obligado sobre las diferencias entre Secretarios y Jefes de Departamento. Si ya señalamos que el espíritu de diferenciar a estos funcionarios era por razón de las materias que tratarían y que éstas ya no existen, además de que ambos funcionarios tienen la obligación ante el Congreso de la Unión de rendir informes sobre el estado que guardan sus dependencias, si ambos forman parte del Consejo de Ministros y por disposición expresa las Secretarías y Departamentos tienen igual rango y si también ambos son considerados como altos funcionarios por la Ley de Responsabilidades, no se encuentra razón de seguir tratando de diferenciarlos meramente por la exclusión de los Jefes de Departamento de la facultad de refrendar.⁴² Además, ya es común que estos firmen, sin refrendar propiamente, las disposiciones relativas a sus Departamentos.

En los artículos 14 y 15 se establece no sólo quienes son los funcionarios superiores de las dependencias centralizadas como se establecía en Leyes anteriores, sino que abarca a los Directores, Subdirectores, Jefes y Subjefes de Departamento (sólo en el caso de Secretarías de Estado) de Oficina, sección y mesa. Novedad también en la Ley es que se establece que en los juicios de amparo, el Presidente de la República podrá ser representado por el titular de la Dependencia a que corresponde el asunto.

El artículo 21 establece que el Presidente de la República podrá constituir comisiones intersecretariales para el despacho de asuntos en que deban intervenir varias Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos.

Las entidades de la administración pública paraestatal podrán integrarse a dichas comisiones, cuando se trate de asuntos relacionados con su objeto.

Las comisiones podrán ser transitorias o permanentes y serán presididas por quien determine el Presidente de la República.

En el presente régimen presidencial, entre otras se han creado las siguientes Comisiones:

Comisión Asesora de Financiamientos Externos: La creación de esta Comisión se establece en la Ley General de Deuda Pública en sus artículos 30 a 32. Esta Ley entró en vigor a partir del primero de enero de 1977.

Comisión Consultiva de Estímulos Fiscales. (Diario Oficial de la Federación de 21 de abril de 1977).

Comisión de Aranceles y Controles al Comercio Exterior. (Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1977).

Comisión Nacional de Desarrollo Urbano. (Diario Oficial de la Federación de 16 de junio de 1977).

Comisión Nacional de Precios. (Diario Oficial de la Federación de 21 de octubre de 1977).

Comisión Intersecretarial a fin de coordinar las actividades de las Secretarías de Estado y demás entidades o dependencias a las que la legislación confiere la investigación, protección, conservación de los valores arqueológicos, históricos y artísticos, que forman parte del patrimonio cultural del país. (Diario Oficial de la Federación de 31 de octubre de 1977), etc.

El artículo 21 transcrito anteriormente, ya existía en la Ley anterior salvo lo dispuesto a la participación de representantes de las entidades paraestatales. La creación de las comisiones intersecretariales en la ley de 1958 conforme a su artículo 23, seguramente obedeció a que existían actividades del Ejecutivo que necesariamente requerían la intervención de dos o más dependencias centralizadas para el mejor cumplimiento de las mismas. Ante la realidad de que en varias comisiones era además, necesaria la participación de entidades paraestatales, la redacción del artículo 23 de la nueva Ley se explica. Sin embargo, consideramos que por la misma necesidad de la existencia de estas comisiones intersecretariales la denominación de "Comisiones" a otro tipo de órganos colegiados o instituciones no debería de conferírseles. Al respecto es sabida la existencia de organismos descentralizados con el nombre de "Comisión" como La Comisión Federal de Electricidad. También existen órganos que en opinión de Ruiz Massieu son desconcentrados como la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, La Comisión Nacional de Valores, etc.⁴³

Por otra parte, se establece como novedad en el artículo 23 de la ley, la obligación consignada en el artículo 93 constitucional por la que los titulares de las dependencias centralizadas y paraestatales, excluyendo a los fideicomisos y a las empresas estatales minoritarias, deberán de informar al Congreso de la Unión o a las Cámaras respectivas sobre el estado que guardan sus respectivos ramos.

El artículo 24 de la ley que comentamos, establece una disposición que desde la Ley de abril de 1917 se contemplaba y es la referente a que en casos extraordinarios o cuando exista duda sobre la competencia de alguna Secretaría de Estado o Departamento Administrativo para conocer de un asunto determinado, el Presidente de la República resolverá, por conducto de la Secretaría de Gobernación, a que dependencia corresponde el despacho del mismo.

Sobre el particular, en el presente régimen Presidencial sólo un caso de esta naturaleza se ha dado y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 21 de febrero de 1977 por el que se determinaba la competencia de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y la de Agricultura y Recursos Hidráulicos, respecto a la utilización de las

aguas del subsuelo, actualizando el inventario de los recursos hidráulicos, para fines de planeación.

Por último, dentro de este primer capítulo del título segundo de la Ley, se establece en el artículo 25 la obligación, para cualquier dependencia centralizada, de prestar cooperación técnica, datos o informes a cualquier otra dependencia de la misma naturaleza.

V. DE LA COMPETENCIA DE LAS SECRETARÍAS DE ESTADO Y LOS DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS

En el Capítulo II del título segundo de la Ley, se establece la competencia de las Secretarías de Estado y de los Departamentos Administrativos. Con objeto de hacer más concreto el estudio, se analizarán la transformación que hayan sufrido las atribuciones de las diversas Secretarías y Departamentos en comparación con la Ley de 1958, mencionando en forma general las atribuciones que continúan correspondiéndoles y que son las características de esas dependencias.

La actual Ley establece la existencia de dieciséis Secretarías de Estado, una menos que conforme a la Ley anterior, situación que se explica ya que la antigua Secretaría de Recursos Hidráulicos se integró a la Secretaría de Agricultura y previó la creación del Departamento de Pesca; el Departamento del Distrito Federal sigue existiendo.

Cambian de nombre la Secretaría de la Presidencia por el de Secretaría de Programación y Presupuesto; la Secretaría del Patrimonio Nacional por el de Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial; la Secretaría de Industria y Comercio, por el de Secretaría de Comercio; la Secretaría de Agricultura y Ganadería, por el de Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos; la Secretaría de Obras Públicas, por el de Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.

Secretaría de Gobernación

Tiene como atribuciones nuevas la de compilar y ordenar las normas que impongan modalidades a la propiedad privada, dictadas por el interés público; la de reivindicar la propiedad de la Nación por conducto del Procurador General de la República. Amplía sus facultades en materia de control sobre radio y televisión.

Esta Secretaría que es la que dirige la política interna del país, por lo que interviene en las funciones electorales correspondientes. Sin embargo, a la atribución respectiva (Fracción XVI) le fue añadida la facultad de "fomentar el desarrollo político".

Por desarrollo político entendemos una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Así comprendido desarrollo político, su

fomento no sólo se limitará a procurar que la ciudadanía participe más activamente en los procesos electorales sino también en otras esferas como son las educativas, administrativas, de planeación, etc.

Por primera vez en una ley de este tipo, se menciona "desarrollo político". Consideramos que si conforme a nuestra Constitución, México es un país Democrático, inherente a ese concepto, se encuentra la atribución tanto de gobernantes como de gobernados, para alentar a la población a intervenir en todos los asuntos concernientes a la nación. La inclusión de esa nueva atribución, en forma explícita, a la Secretaría de Gobernación, puede provenir no obstante, por razones diferentes. Así, recién que el nuevo régimen de Gobierno empezó sus funciones se comentaba sobre la posible implementación de una reforma política. Para llevarla a cabo, se invitaron a partidos políticos, organizaciones, profesionistas, etc., para que ante la Comisión Federal Electoral expusieran sus ideas al respecto. Común denominador de las diferentes intervenciones, fueron las ideas vertidas sobre una nueva Ley Electoral, que dieran más facilidades a partidos políticos, organizaciones y ciudadanos en su participación en los comicios. Corolario a esas inquietudes fue la propuesta que el Ejecutivo hiciera al Constituyente Permanente (artículo 135 constitucional), para que al través de las reformas y adiciones a ciertos artículos de la Constitución, se pudiera expedir una nueva Ley Electoral. En el Diario Oficial de 6 de diciembre de 1977 se publicaron las respectivas reformas a ciertos artículos constitucionales⁴⁴ que permitieron que días después el Ejecutivo presentara al Congreso de la Unión una iniciativa sobre la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales que vino a abrogar a la Ley Federal Electoral expedida en 1973.

Independientemente del contenido de la nueva Ley Electoral y suponiendo que permita a la ciudadanía, una participación más accesible y fácil en los comicios federales, consideramos que se estaría fomentando al desarrollo político parcialmente, y por lo mismo, la reforma política, en este caso, sería un instrumento que permitiera un incremento al desarrollo político en forma aislada. En efecto, si bien la participación en las elecciones, es la esencia misma de un sistema democrático, es vital también, la participación del pueblo en otros aspectos para que globalmente considerados, se fomentara el desarrollo político en general, en todos los campos y no sólo en el ejercicio del voto activo o pasivo.

Fomentar el desarrollo político, significa concientizar de sus derechos y obligaciones a los ciudadanos, del estado en que se encuentra el país, de su riqueza y pobreza; con el fin de que participe el ciudadano en la solución y planeación del país que quiere y que aspira.

Así entendido el fomento al desarrollo político, habría que buscar los medios adecuados para implementarlo. Piénsese en la posibilidad de que con la coordinación de la Secretaría de Gobernación, de la Secretaría de la Defensa Nacional, con los Estados y Municipios se pudiera cumplir la fracción II del artículo 31 constitucional que señala como obligación

de los mexicanos "Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar". Piénsese también, en la Secretaría de Gobernación fomentando el desarrollo político coordinándose con la Secretaría de Programación y Presupuesto, que una de sus atribuciones consiste en recabar los datos y elaborar con la participación en su caso de los grupos sociales interesados, los planes nacionales, sectoriales y regionales de desarrollo económico y social, el plan general del gasto público de la Administración Pública Federal y los programas especiales que fije el Presidente de la República.

Otras formas de fomentar el desarrollo político pueden haber, sin embargo, conforme a las atribuciones relacionadas con esta materia, creemos que las señaladas anteriormente son por las que se podría cumplir, cabalmente, con la nueva función encomendada a la Secretaría de Gobernación. Por lo que se refiere a la reforma administrativa, ésta llegará a existir completa y sostenidamente, cuando la ciudadanía intervenga en su proceso de planeación, ejecución y control, ciclo que presupone un desarrollo político considerable en el pueblo, mismo desarrollo que se fomentaría implícitamente con la participación en el proceso de reforma administrativa. Al respecto, piénsese también en una colaboración estrecha entre la Secretaría de Gobernación y la Coordinación General de Estudios Administrativos, dependencia encargada de implantar la reforma administrativa federal.

Por lo que se refiere a las atribuciones generales de la Secretaría de Gobernación: la iniciativa y publicación de las leyes; la vigilancia del cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, en lo que se refiere a las garantías individuales, etc. (art. 27).

Secretaría de Relaciones Exteriores

Perdió las atribuciones de recabar en el extranjero informaciones técnicas y económicas de utilidad para la producción agrícola e industrial del país y las de promover el comercio exterior y difundir en el exterior los datos sobre cultura, agricultura e industria nacionales. También perdió las atribuciones de auxiliar al fomento de Turismo en el extranjero.

Como innovación, se estipula en forma expresa que en caso de extradición intervendrá por conducto del Procurador General de la República.

Entre sus atribuciones generales se encuentran: las de instrumentar las relaciones internacionales de México así como intervenir en asuntos de nacionalidad; para conceder a los extranjeros las licencias o autorizaciones que requieran conforme a las leyes para adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesorios o para obtener concesiones de explotación de recursos naturales, para hacer inversiones en empresas comerciales o industria-

les, así como fomentar parte de sociedades mexicanas, civiles o mercantiles y para modificar o reformar las bases constitutivas de estas sociedades y para aceptar socios extranjeros o adquirir bienes inmuebles o derechos sobre ellos, etc. (art. 28).

Secretaría de la Defensa Nacional

Continúa con las mismas atribuciones que le otorgó la Ley anterior. Entre sus atribuciones normales se encuentran las de los asuntos relacionados con la defensa del territorio nacional y en consecuencia, con la organización, administración y preparación del Ejército y la Fuerza Aérea así como del Servicio Militar Nacional; administrar la Justicia Militar; organizar y prestar los servicios de sanidad militar, etc. (art. 29).

Además conforme el acuerdo presidencial que incorpora al Departamento de la Industria Militar a esta Secretaría, sus funciones se amplían considerablemente.

Secretaría de Marina

Perdió todas las atribuciones que tenía sobre la Marina Mercante y le fueron agregadas facultades sobre sanidad naval, justicia militar e investigación oceanográfica. La corresponde además la organización, administración y preparación de la Armada Nacional; el ejercicio de la soberanía nacional en aguas territoriales, así como la vigilancia de las costas del territorio, vías navegables e islas nacionales; la construcción y conservación de las obras portuarias, etc. (art. 30).

Secretaría de Hacienda y Crédito Público

Se le otorga expresamente la atribución de intervenir en la definición de criterios para el otorgamiento de estímulos fiscales, así como la de mantener al corriente el avalúo de los bienes muebles nacionales y todo lo relacionado con su inventariado.

Se excluyó de sus atribuciones lo relativo al control de egresos y a la glosa preventiva de los mismos tanto de la Federación como del Distrito Federal y lo relativo a las pensiones civiles y militares.

Anteriormente, esta Secretaría con sus facultades sobre ingresos y egresos le correspondía todo lo concerniente al proceso presupuestal por lo que ahora éste se ejercerá al través de la Secretaría de Programación y Presupuesto al conferirle a ella lo relativo a egresos y a la de Hacienda lo relativo a ingresos.

Sin embargo, esta Secretaría tiene facultades que se relacionan con todas las demás dependencias del gobierno federal, que es el caso, cuando se

trata de operaciones en que se haga uso del Crédito Público. Además le corresponde dirigir la política monetaria y crediticia; manejar la deuda pública de la Federación y del Distrito Federal; administrar las casas de moneda y ensaye; ejercer las atribuciones que le señalan las leyes de instituciones de crédito, seguros y fianzas, etc. (art. 31).

Secretaría de Programación y Presupuesto

La nueva Ley le otorga atribuciones en materia de planes de desarrollo económico y social, del plan general del gasto público, de estadística general del país, toda la materia de egresos, la autorización de actos y contratos en los que sea parte del Gobierno Federal y el Departamento del Distrito Federal, las medidas administrativas sobre responsabilidad que afecten a la Hacienda Federal y del Distrito Federal, atribuciones sobre pensiones civiles y militares, la realización de estudios cartográficos, la de intervenir en las adquisiciones de toda clase, la de intervenir en los contratos de obras públicas y en la inversión de los subsidios otorgados por la Federación.

Además, a esta Secretaría que suplió a la de la Presidencia, conforme a la fracción XII del artículo 32 le corresponde: Controlar y vigilar financiera y administrativamente la operación de los organismos descentralizados, instituciones, corporaciones y empresas que manejen, posean o exploten bienes y recursos naturales de la nación, o las sociedades e instituciones en que la administración pública federal posea acciones o intereses patrimoniales, y que no estén expresamente encomendados o subordinados a otra dependencia".

Esta atribución la tenía en la Ley de 1958 la Secretaría de Patrimonio Nacional, aunque conforme a la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, intervenían en las entidades a que se refiere la fracción XII, antes transcrita, además de la Secretaría de Patrimonio, la de la Presidencia en funciones de planeación y la de Hacienda en financiamiento.

Congruente con la fracción XII, la XIII del mismo artículo 32 establece que: "Disponer la práctica de auditorías externas a las entidades de la administración pública federal, en los casos que señale el Presidente de la República".

Estas dos atribuciones conferidas a la Secretaría de Programación tienen íntima relación con la sectorización administrativa que se ha llevado a cabo conforme los artículos 50 y 51 de la propia Ley Orgánica de la Administración Pública Federal por lo que en páginas posteriores se hará un análisis de las fracciones del artículo 32 a que nos hemos referido.

Respecto a sus atribuciones en materia de planeación de inversiones del gasto público, el 3 de octubre de 1977 salió publicado en el Diario de la Federación un Acuerdo por el que las entidades de la Administración

Pública Federal, deberán remitir a la Secretaría de Programación y Presupuesto los planes de inversión que se incluyan en el anteproyecto de programa y presupuesto del siguiente ejercicio fiscal de acuerdo con las normas, fechas, montos y plazos establecidos".

Se establece en el Acuerdo, una referencia especial al Programa de Inversiones Públicas para el Desarrollo Rural (PIDER), ya que se señala que las obras que se consideran importantes de llevarse a cabo desde el 1o. de enero del año siguiente para que no haya retraso alguno, la Secretaría de Programación y Presupuesto emitirá los oficios de autorización para las diferentes regiones.

Cabe señalar que el PIDER nació en 1973 en la Dirección de Inversiones Públicas de la Secretaría de la Presidencia, hoy de Programación y Presupuesto. El Programa, decía el documento elaborado por la Dirección de Inversiones Públicas "obedece a la necesidad de acudir de inmediato, en forma eficiente y dinámica, a las poblaciones del medio rural, con objeto de mejorar sus condiciones de vida a través de acciones capaces de establecer la infraestructura económica y social que proporciona ocupación permanente y productiva a la fuerza de trabajo campesino".⁴⁵ El PIDER en 1976 operó en 86 regiones a través de obras de bordeo, agua potable, electrificación, caminos y otros. Para 1977 se pretendía iniciar sus acciones en 14 nuevas regiones por lo que su presupuesto para ese año aumentó en cerca del 60% sobre el nivel autorizado en 1976.⁴⁶ El presupuesto de este programa para 1978 es de 2,709 millones de pesos.⁴⁷

Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial

Las siguientes atribuciones se le excluyeron: sobre recursos naturales renovables, bienes inmuebles de propiedad federal destinados o no a un servicio público, bienes de dominio público que no sean de uso común, inspección de adquisiciones, inspección de contratos de obras públicas y control y vigilancia de organismos descentralizados.

Por el contrario, a esta Secretaría se le otorgan atribuciones en materia de producción industrial, establecimiento de nuevas industrias, intervención en la industria de transformación, intervención en la industria eléctrica, funcionamiento y organización de la producción económica del artesanado y artes populares, protección y fomento a la industria nacional, funcionamiento de sociedades cooperativas de producción industrial, intervención en las sociedades, cámaras y asociaciones industriales, intervención en materia de propiedad industrial y de regulación de la inversión extranjera y transferencia tecnológica, organización y vigilancia de normas y especificaciones industriales y la organización de exposiciones, ferias y congresos de carácter industrial (art. 33).

Por lo que se refiere a energéticos, se dijo en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que: "cons-

tituyen un punto clave de la encrucijada actual del desarrollo de México. Sólo con una generación y explotación racional de estos recursos podremos impulsar la planta de una industria básica y estratégica que requerimos con apremio. Por ello en el proyecto se propone su encuadramiento dentro de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial".⁴⁸

Secretaría de Comercio

Perdió todas las atribuciones que anteriormente tenía en materia de política industrial, y adquirió en exclusiva la intervención en el comercio exterior del país, conservando además las relativas a comercio interior. Igualmente, perdió las atribuciones sobre pesca que pasaron al Departamento respectivo.

Se le otorgan expresamente atribuciones para orientar y estimular los mecanismos de protección al consumidor e impulsar la producción de bienes y servicios que se consideren fundamentales para la regulación de precios.

Conforme a la exposición de motivos de la nueva Ley, se estableció que a través de esta Secretaría se intentaría vincular "integral y estructuralmente la actividad comercial con la producción, los procesos de distribución y la orientación de los consumidores".⁴⁹

Además, le corresponde a esta Secretaría establecer la política de precios, intervenir en sociedades, cámaras y asociaciones comerciales, propiedad mercantil, fomentar el desarrollo del pequeño comercio, etc. (art. 34).

Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos

Se le confiere todas las atribuciones que anteriormente tenían las Secretarías de Agricultura y Ganadería y de Recursos Hidráulicos, otorgándosele expresamente facultades de organización de los productores del Sector Agropecuario, el fomento de las organizaciones mixtas de producción agropecuaria o silvícola, el control de calidad en los productos de alimentación de animales, la promoción de la industrialización de los productos forestales y la realización de estudios económicos sobre la vida rural (art. 35).

Secretaría de Comunicaciones y Transportes

Conserva todas sus anteriores atribuciones y se le otorgan las de promover y organizar la marina mercante, así como todas aquellas atribuciones que en esta materia tenía anteriormente la Secretaría de Marina. Perdió las facultades que tenía sobre el control de las estaciones radiodifusoras y televisoras que pasaron a la Secretaría de Gobernación.

Entre sus atribuciones normales se encuentran las de los servicios de correos, de comunicación eléctrica; concesiones y permisos para líneas aéreas y comerciales en la República y permisos y convenios para líneas aéreas internacionales; aeropuertos, ferrocarriles, puentes internacionales, etcétera, (art. 36).

Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas

Conserva las atribuciones que anteriormente tenía la Secretaría de Obras Públicas y se le agregan algunas que le correspondían conforme a la anterior Ley a la Secretaría de Patrimonio Nacional como son las relativas a organizar, reglamentar, controlar y vigilar las juntas de mejoras materiales de los puertos y fronteras. Estas juntas son organismos descentralizados. Cabe apuntar lo señalado al respecto por Ruiz Massieu: "es el único caso que se aprecia, en esta ley, en el que el legislador señala, especifica y contundentemente, dos cuestiones: a) que las juntas (que son organismos descentralizados) dependerán de la Secretaría una vez que inicie su vigencia la Ley, y b) que podrá nombrar y sustituir a sus funcionarios directamente, esto es, sin que exista obligación expresa de presentar a acuerdo del Jefe del Ejecutivo esos nombramientos o remociones".⁵⁰

Además, le corresponde conocer a esta Secretaría todo lo relativo a Asentamientos Humanos, funciones que se refieren a vivienda, ordenamiento del territorio nacional, distribución planificada de la población, urbanismo, etc. También se encargará de la construcción de las obras públicas, construir y conservar los caminos y puentes federales, incluso los internacionales; construir y conservar caminos y puentes, en cooperación con los gobiernos de las entidades federativas, con los municipios y los particulares; organizar y administrar los parques nacionales; intervenir en la adquisición, enajenación, destino o afectación de los bienes inmuebles federales; mantener al corriente el avalúo de los bienes inmuebles nacionales y reunir, revisar y determinar las normas y procedimientos para realizarlo; tener a su cargo el registro de la propiedad federal, y elaborar y manejar el inventario general de los bienes de la nación; cuidar de las arboledas de alineación de las vías de comunicación, etc. (art. 37).

Secretaría de Educación Pública

La Ley le otorga las nuevas facultades: Promoción del desarrollo de la investigación científica y tecnológica; Organización y promoción de programas de capacitación; Orientar las actividades artísticas, culturales, y recreativas del Sector Público Federal; Promover la producción cinematográfica, de radio y televisión e industria editorial, y Promover el pleno desarrollo de la juventud.

Además y de acuerdo a sus atribuciones generales le corresponden todas las materias relativas a la educación en todos sus grados, museos, bibliotecas, derechos de autor, fomento del teatro, producción y conservación de los monumentos arqueológicos, objetos históricos y artísticos, etc. (art. 38).

Secretaría de Salubridad y Asistencia

Continúa con las atribuciones que la Ley anterior le otorgó, y como consecuencia de la reforma constitucional de 1971 al artículo 73, fracción XVI, inciso 4o., se le otorga expresamente la de planear y conducir la política de saneamiento ambiental. Sus atribuciones normales son las relativas a los servicios sanitarios y asistenciales, Lotería Nacional, Instituciones de beneficencia, etc. (art. 39).

Secretaría del Trabajo y Previsión Social

Como innovaciones se le otorgan expresamente: las de elevar la productividad de trabajo en coordinación con la Secretaría de Educación Pública; promover el desarrollo y la capacitación para el trabajo y la investigación en coordinación con dicha Secretaría; intervenir en la organización, registro y vigilancia de toda clase de sociedades cooperativas, establecer el servicio nacional de empleo y vigilar su funcionamiento. Ya no se le confirieron las atribuciones que esta dependencia tenía en materia de Sociedades de Solidaridad Social y que le fueron otorgadas por reforma a la ley de 1958 en 1976. Son atribuciones de esta Secretaría las relativas a la vigilancia y observancia y aplicación de las disposiciones constitucionales en materia de trabajo y de la Ley respectiva, así como los asuntos con ella vinculados y los relacionados con el Seguro Social, etc. (art. 40).

Secretaría de la Reforma Agraria

Conserva las atribuciones que tiene otorgadas por la Ley anterior, a excepción de las relacionadas con las Sociedades de Solidaridad Social, que al igual que a la Secretaría del Trabajo le fueron suprimidas en la nueva Ley. Entre sus atribuciones se encuentran las relativas a todos los asuntos relacionados con la política agraria y cumplimiento de las leyes respectivas así como el manejo de los terrenos baldíos y nacionales y la proyección de planes generales y concretos de colonización para realizarlos, promoviendo el mejoramiento de la población rural y, en especial, de la población ejidal excedente, etc. (art. 41).

Secretaría de Turismo

A esta Secretaría que le corresponde todo lo relativo al fomento del turismo internacional e interno, conserva íntegras las atribuciones que le correspondían conforme a la Ley anterior (art. 42).

Departamento de Pesca

Esta nueva dependencia tiene el manejo de la política pesquera en la República; la conservación y fomento de la flora y la fauna marítima; fluviales y lacustres; el otorgamiento de contratos, concesiones y permisos para la explotación de la misma; la fijación de épocas y zonas de veda; la formación y organización de la flota pesquera y de las sociedades cooperativas de producción pesquera (art. 43). Esta nueva dependencia responde debido a que "el mar patrimonial se ha ensanchado, se propone la creación de una unidad que se ocupe particularmente de racionalizar la explotación y el aprovechamiento de los recursos del mar, con el fin de aumentar su consumo y equilibrar la dieta de los mexicanos".⁵¹

Departamento del Distrito Federal

Al igual que la Ley anterior, la nueva remite a la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal para lo relativo a la determinación de sus atribuciones (art. 44).

VI. DE LA ADMINISTRACION PUBLICA PARAESTATAL

En el capítulo único del título tercero de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y dentro de la Administración Pública Paraestatal quedan comprendidos los organismos descentralizados las empresas de participación estatal mayoritaria, las empresas de participación estatal minoritaria y los fideicomisos públicos.

En el artículo 45 de la Ley, se establece que son organismos descentralizados las instituciones creadas por disposición del Congreso de la Unión, o en su caso por el Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la forma o estructura legal que adopten.

Sin embargo, además de esos requisitos, habrá que añadir los siguientes que se establecen en el artículo 2o. de la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal:

I. Que su patrimonio se constituya total o parcialmente con fondos o bienes federales o de otros organismos descentralizados, asignaciones, subsidios, concesiones o derechos que le aporte el Gobierno Federal o con el rendimiento de un impuesto específico, y

II. Que su objeto o fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos propiedad de la Nación la investigación científica y tecnología, o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

En el artículo 46 se establece que "Dentro de la administración pública paraestatal se consideran empresas de participación estatal mayoritaria, incluidas las instituciones nacionales de crédito y organizaciones auxiliares, y las instituciones nacionales de seguros y de fianzas, aquellas que satisfagan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el Gobierno Federal, el Gobierno del Distrito Federal, uno o más organismos descentralizados, otra u otras empresas de participación estatal, una o más instituciones nacionales de crédito u organismos auxiliares nacionales de crédito, una o varias instituciones nacionales de seguros o de fianzas, o uno o más fideicomisos a que se refiere la fracción III del artículo 3o. de la Ley considerados conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios del 50% o más del capital social;

b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar acciones de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, junta directiva u órgano de gobierno, designar al presidente, al director, al gerente, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración o de la junta directiva u órgano de gobierno equivalente."

Además, en el artículo 47 se señala que "se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de las mencionadas en el inciso a) del artículo anterior, o alguno o varios de ellos se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes."

Por lo que se refiere a la definición que la Ley establece para considerar a las empresas de participación estatal mayoritaria coincide con la que se señala en la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, sin embargo, en la nueva ley se considera, acertadamente, que tanto el Departamento del Distrito Federal o un fideicomiso público, pueden ser propietarios del 50% o más del capital social de una empresa.

Por lo que se refiere a las empresas de participación estatal minoritaria el artículo 48 establece que "Para los efectos de esta Ley, serán empresas de participación estatal minoritaria las sociedades en las que uno o más organismos descentralizados y otra, u otras empresas de participa-

ción estatal mayoritaria consideradas conjunta o separadamente, posean acciones o partes de capital que representen menos del 50% y hasta el 25% de aquél.

La vigilancia de la participación estatal estará a cargo de un comisario designado por el Secretario de Estado o Jefe del Departamento Administrativo encargado de la coordinación del sector correspondiente.

Las relaciones de las empresas de participación estatal minoritaria con la administración pública federal, serán las que determine la ley".

Hay que notar que en la parte final del segundo párrafo del artículo anterior, se presupone la existencia de sectores a pesar de que en el artículo 50 se señala que el Presidente está facultado (no obligado) para crearlos. Anteriormente le correspondía a la Secretaría del Patrimonio designar al comisario respectivo conforme al artículo 28 de la Ley para el Control por parte del Gobierno de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.

En el artículo 49 de la Ley Orgánica se establece que "Los fideicomisos a que se refiere esta Ley serán los que se establezcan por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente único de la administración pública centralizada, así como los que se creen con recursos de las entidades que alude el artículo 3o. de este propio ordenamiento.

El fideicomitente deberá recabar la autorización previa de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo encargado de la coordinación del sector correspondiente, para la integración de los comités técnicos. En todos los casos un representante del fideicomitente, cuando menos, formará parte del comité técnico."

Cabe señalar de que a pesar de que la Ley considera a los fideicomisos como entidades de la administración pública paraestatal siguen siendo, esencialmente, operaciones de crédito y por lo mismo, las disposiciones legales aplicables a los fideicomisos privados lo serán también a los públicos, diferenciándose en que en estos últimos, la persona jurídica que afecte una cantidad de bienes para un fin determinado lo será una entidad del Gobierno Federal, de la administración pública paraestatal o el Departamento del Distrito Federal ya que éste al tener personalidad jurídica y patrimonio propio puede constituir fideicomisos. Por lo mismo al señalarse en el artículo 49 que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la fideicomitente única de la Administración centralizada sin distinguir el caso del Departamento del Distrito Federal, consideramos que la redacción del precepto es equívoca. Acertadamente la ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público en su artículo 2o. se refiere a los fideicomisos que pueda constituir el Departamento del Distrito Federal. Sin embargo, en su artículo 9o. se establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, será la fideicomitente única del Gobierno Federal. Consideramos que este término de Gobierno Federal, abarca no sólo a la administración centralizada sino también a los Poderes Legislativo y Judicial.

Las atribuciones de la Secretaría de Hacienda, cuando sea fideicomitente las ejercerá por conducto de la Dirección de Crédito a través de la Dirección de Instituciones Nacionales de Crédito, según lo establece el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en sus artículos 28 y 31.⁵²

Como fideicomitente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o cualquier otra entidad, ejercerán todas aquellas facultades que le compete a cualquier fideicomitente, salvo las de constitución e incremento de fideicomisos ya que en estas operaciones, necesariamente, se requiere la autorización del Presidente de la República, emitida por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto. (artículo 9o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público).

La Secretaría anteriormente mencionada, puede proponerle al Ejecutivo Federal, la modificación o disolución de los mismos cuando así convenga al interés público. Sin embargo, esta última facultad otorgada a la Secretaría de Programación y Presupuesto, consideramos que debe interpretarse conforme al acuerdo de sectorización del 13 de enero (Diario Oficial de 17 del mismo mes y año) por el que cada cabeza de sector (Secretaría de Estado o Departamento Administrativo) deberá de emitir su opinión o su propuesta a la Secretaría de Programación y Presupuesto, para la modificación o disolución de los fideicomisos agrupados bajo su coordinación.

El artículo 50 de la Ley Orgánica establece que "El Presidente de la República estará facultado para determinar agrupamientos de entidades de la administración pública paraestatal, por sectores definidos, a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal, en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables, se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que en cada caso designe como coordinador del sector correspondiente".

Intima relación con el artículo 50, el 51 señala que "Corresponderá a las Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos encargados de la coordinación de los sectores a que se refiere el artículo anterior, planear, coordinar y evaluar la operación de las entidades de la administración paraestatal que determine el Ejecutivo Federal".

Es indudable de que la facultad contenida en el artículo 50 al Presidente de la República, para agrupar a las entidades paraestatales en sectores es de suma importancia para poder evaluar y coordinar eficazmente a todas las dependencias paraestatales. Hay que hacer notar que en la redacción del artículo 50 se habla de "sectores definidos" que hay que entenderlos como "sectores administrativos" a diferencia de los "sectores económico-sociales". Al decir de Godolfino Juárez los primeros son "orgánico-estructurales" y los segundos son "operativo-funcionales".⁵³ Señala el mismo autor que por sector administrativo "debe entenderse la agrupación de algunas entidades de la administración pública paraestatal, bajo la coordinación de una Secretaría de Estado o Departamento Administrativo

a quien se le ha imputado la responsabilidad sectorial de compatibilizar los objetivos y metas, que en conjunto, persiguen dichas entidades". En cambio, un sector de actividad económico y social puede abarcar a más de un sector administrativo, cuando éste no ha recortado definitivamente un grupo de actividades afines y cuando la programación —para efectos globales— requiera un grado mayor de consolidación de las actividades de la administración pública federal. En este sentido, puede afirmarse, que el sector administrativo ha venido a facilitar la sectorización económico-social para la programación y la formulación del presupuesto".⁵⁴

Así entendidos los respectivos sectores, conforme a la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, habrá dieciocho sectores administrativos ya que existen dieciséis Secretarías de Estado y dos Departamentos Administrativos. Por lo que se refiere a los sectores económico-sociales conforme a la programación y presupuestación se han reducido en once, mismos que conforme al presupuesto de egresos para 1978 son los siguientes:

Sector Agropecuario. Abarca a las Secretarías de:

Agricultura y Recursos Hidráulicos

Reforma Agraria

Sector Pesca. Abarca el Departamento de Pesca

Sector Industrial. Abarca la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.

Sector Comercio. Abarca la Secretaría de Comercio

Sector Turismo. Abarca la Secretaría de Turismo

Sector Administración y Defensa. Abarca las Secretarías de:

Gobernación

Hacienda y Crédito Público

Programación y Presupuesto

Relaciones Exteriores

Defensa Nacional

Marina

Procuraduría General de Justicia del D.F.

Procuraduría General de la República

Presidencia de la República

Sector Comunicaciones y Transportes. Abarca a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Sector Asentamientos Humanos. Abarca a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas

Sector Educación. Abarca a la Secretaría de Educación Pública

Sector Política Laboral. Abarca a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social

Sector Salud y Seguridad Social. Abarca a la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

Además de las entidades centralizadas agrupadas en los sectores anteriormente descritos, se agrupan en los mismos para efectos del presupuesto

de egresos las entidades paraestatales correspondientes que quedaron agrupadas en los sectores administrativos. También para efectos del presupuesto de egresos, los Poderes Legislativo y Judicial quedaron agrupados en el sector de Administración y Defensa.

Por lo que se refiere a los sectores administrativos éstos se constituyeron y les fueron agrupadas las entidades paraestatales correspondientes, conforme a los Acuerdos Presidenciales publicados en el Diario Oficial de la Federación de 17 de enero, 12 de mayo de 1977 y de 10 de abril del presente. En el primero, se agruparon 799 entidades incluyendo a organismos descentralizados, fideicomisos públicos y empresas de participación estatal mayoritarias. En el segundo se reagruparon ciertas de esas entidades y se agregaron otras y se incluyeron 59 empresas de participación estatal minoritaria. En el último acuerdo se agregaron 42 y se retiraron 49 entidades.

Conforme a los Acuerdos señalados, las entidades paraestatales casi suman 900. Además habrá que señalarse que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) y filiales, y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), etc. no se encuentran agrupadas por lo que dependen directamente del Presidente de la República. Habrá que sumarse también, al sector paraestatal, otras entidades que no se encuentran agrupadas como son los Comités Promotores del Desarrollo Socio-Económico (de los Estados) que son 31 y que conforme al Decreto Presidencial publicado el 11 de marzo de 1977 en el Diario Oficial de la Federación son organismos públicos dotados de personalidad jurídica y de patrimonio propio, con el fin de asesorar y coadyuvar en la planificación y programación a nivel local, con la colaboración de los diversos sectores de la comunidad. Es decir, se les considera a estos Comités como organismos descentralizados.

Habrán también que considerarse para efectos de la sectorización las dependencias que después de los Acuerdos Presidenciales citados, se han creado o han desaparecido.

Hay que hacer notar que las Secretarías de Programación y Presupuesto y la de Marina, no tienen agrupadas a ninguna entidad paraestatal y que es la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial la que más entidades tiene en su sector.

En el Acuerdo publicado el 17 de enero relativo a la sectorización, se establece en sus artículos 2o., 3o. y 4o. lo siguiente:

"Artículo 2o. Corresponderá al Coordinador de cada sector:

- a) Planear, coordinar y evaluar la operación de las entidades que este Acuerdo agrupa en el sector correspondiente en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

- b) Orientar y coordinar la planeación, programación, presupuestación, control y evaluación del gasto de las entidades listadas en el sector respectivo. Para este efecto presentará a la Secretaría de Programación y Presupuesto, con su conformidad, los proyectos de presupuesto anual de las entidades mencionadas, en los términos de los artículos 6, 17 y 21 de la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.
- c) Presentar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público debidamente aprobados por la Secretaría de Programación y Presupuesto, los proyectos y programas de actividades de las entidades del sector correspondiente que requieran de financiamiento para su realización, en los términos del artículo 2o. de la Ley General de Deuda Pública.
- d) Vigilar la utilización de los recursos provenientes de financiamientos autorizados a las entidades del sector respectivo, con la intervención que en su caso corresponda a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público conforme a las disposiciones de la Ley General de Deuda Pública.
- e) Vigilar el cumplimiento de los presupuestos y programas anuales de operación, revisar las instalaciones y servicios auxiliares e inspeccionar los sistemas y procedimientos de trabajo y producción de las entidades listadas en el sector que corresponda.
- f) Someter a la consideración del Ejecutivo Federal las medidas administrativas que se requieran para instrumentar la coordinación de las entidades agrupadas en el sector respectivo.

Artículo 3o. El cumplimiento de las obligaciones que a las entidades de la administración paraestatal imponen la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y este Acuerdo, no implica la modificación de su personalidad jurídica o del patrimonio de las mismas, ni afecta las relaciones con sus trabajadores o con terceros.

Artículo 4o. La Secretaría de Programación y Presupuesto, a propuesta o previa opinión del Coordinador del sector correspondiente, someterá a la consideración del Ejecutivo Federal:

- A) La modificación de la estructura y bases de organización y operación de las entidades de cada sector, siempre que se requiera para el mejor desempeño de sus funciones, el cumplimiento de sus fines o la más eficaz coordinación de sus actividades, y

- B) La iniciativa para fusionar o disolver y liquidar las entidades agrupadas en cada sector que no cumplan sus fines u objeto social, o cuyo funcionamiento no sea ya conveniente desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público.

Estas disposiciones, habrá que analizarlas conforme a los Lineamientos para la Sectorización de la Administración Pública Federal dadas por el Presidente de la República el 22 de julio de 1977 en el Palacio Nacional.

En los Lineamientos se establece que "El establecimiento jurídico operativo de los sectores administrativos tiene por objeto vincular estrechamente las tareas de programación, presupuestación, financiamiento, información, evaluación y control de las actividades de las dependencias y entidades de la administración pública federal con el propósito de que éstas alcancen mayor coherencia y se eviten desperdicios y contradicciones. El agrupamiento de entidades paraestatales por sectores administrativos, bajo la coordinación del titular de una Secretaría de Estado o un departamento administrativo, constituye básicamente una imputación de responsabilidad que debe interpretarse con propósitos de coordinación programática, de eficiencia administrativa y de elevación de la productividad, y no como pretexto para el "enfudamiento administrativo" de dichos sectores.

La imputación sectorial no genera una relación de dependencia jerárquica directa entre los coordinadores de sector y los titulares de las entidades que lo integran. Implica, por tanto, el pleno reconocimiento a la autonomía legal, patrimonial, técnica y orgánica, que caracteriza la administración pública paraestatal, conforme a las diferentes modalidades de descentralización jurídico-administrativa que establece la ley: organismos descentralizados, empresas de participación estatal y fideicomisos.

Las tareas de las secretarías de Programación y Presupuesto y de Hacienda y Crédito Público tendrán, para efectos de sectorización, un triple carácter: normativas o definitorias, en tanto que son órganos de autoridad, de vigilancia y control, y supletorias, cuando esto resulte necesario ante la inacción o inadecuada función de las entidades agrupadas en sector o, en su caso, del coordinador sectorial de acuerdo con lo establecido por la Ley. Se considera a estas dos Secretarías como dependencias de orientación y apoyo global y en su caso la Coordinación General de Estudios Administrativos".⁵⁵

"Tanto en el aspecto normativo como en el de vigilancia y control, la Secretaría de Programación y Presupuesto se relaciona con las demás entidades del sector público a través de tres tareas permanentes fundamentales:

- a) La formulación del programa y el presupuesto de la administración pública, en tanto tarea permanente y continua que incluye necesari-

riamente la evaluación dinámica del quehacer gubernamental, clave para la retroalimentación del proceso.

- b) El ejercicio del presupuesto, que incluye los aspectos relevantes en materia de control, auditoría y contabilidad, adquisición y contratos de obras.
- c) La producción y sistematización de la información económica y social.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como la dependencia normativa de vigilancia y control, se relaciona con las demás entidades del sector público en las siguientes actividades:

- a) La elaboración del programa financiero del sector público.
- b) La autorización para gestionar y contratar financiamientos.
- c) El control y vigilancia en el uso de recursos provenientes de financiamientos.
- d) La operación del subsistema de información necesario para conocer, vigilar y evaluar la situación crediticia y facilitar la programación eficiente de la deuda pública".⁵⁶

También se establecieron en los Lineamientos las responsabilidades que las dependencias de apoyo global, los Coordinadores de sectores, y las Entidades Paraestatales tendrán en materia de organización, en materia de programación —presupuestación— evaluación, en materia del ejercicio del presupuesto, vigilancia y control, en materia de financiamiento y en materia del sistema nacional de información.

Cabe destacar que a la Secretaría de Programación y Presupuesto se le facultó en dichos Lineamientos para "Nombrar a los auditores externos de las entidades paraestatales agrupadas por sectores, escuchando la opinión del coordinador sectorial; independientemente de las facultades de inspección, vigilancia y de las designaciones pertinentes que correspondan por ley a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o a cualquier otra dependencia expresamente facultada para esos efectos".⁵⁷

La facultad de nombrar auditores externos no quiere decir que a esa Secretaría se le faculte para disponer de la práctica de auditorías externas, aunque son dos atribuciones muy ligadas. La importancia de la auditoría externa para vigilar y controlar a las entidades paraestatales consideramos que es de vital importancia, por lo que, si bien podría interpretarse que el espíritu de las diversas Leyes y Lineamientos en materia de reforma administrativa, le atribuyen a la Secretaría de Programación y Presupuesto esas atribuciones podrían surgir otros criterios que quizá también por el

espíritu de la sectorización y mejor funcionamiento de las entidades paraestatales se podrían seguir.

Por lo mismo y ante la posibilidad de la aplicación de diferentes criterios, consideramos que fue reformada la Ley de Presupuesto, Contabilidad y gasto Público Federal en su artículo 37 para facultar, explícitamente a la Secretaría de Programación y Presupuesto, para realizar auditorías a las entidades que efectúen gasto público federal, para la comprobación del cumplimiento de las obligaciones derivadas, de esta Ley y de las disposiciones expedidas con base en ella.⁵⁸

Respecto a la administración paraestatal, cabe hacer mención que en el Diario Oficial de 21 octubre de 1977 salió publicado el Registro de la Administración Paraestatal a cargo de la Secretaría de Programación y Presupuesto. La lista de las entidades registradas publicadas en el Diario Oficial da cumplimiento al artículo 12 de la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal. La lista publicada enumera a las entidades en orden cronológico atendiendo a la creación o en su caso la fecha en que se efectuó la participación estatal. La lista aludida incluye ciertas dependencias no sectorizadas y deja de incluir otras sectorizadas. No incluye a las Instituciones Nacionales de Crédito, Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito y las Instituciones Nacionales de Seguros y Finanzas, así como a las instituciones docentes y culturales.

Además, la lista del Registro de la Administración Pública Paraestatal, hace una clasificación de los Organismos Descentralizados: por servicio, que son los que llenan los requisitos a que nos referimos al estudiar el artículo 45 de la Ley Orgánica, y los de carácter federal, en que participan los Gobiernos Promotores del Desarrollo Socio Económico de los Estados y a las Juntas Federales de Mejoras Materiales.

La lista mencionada, clasifica a las empresas de participación estatal mayoritarias en directas e indirectas.

Las directas son las que el Gobierno Federal aporta el 50% más de su capital o que se hagan figurar acciones suscritas sólo por el mismo o que el Gobierno Federal intervenga para nombrar a los correspondientes directivos o que pueda vetar sus acuerdos.

Considera que son indirectas a las que el 50% de su capital o más, es aportado por cualquier entidad de la administración pública paraestatal.

Por otra parte, la nueva Ley otorga en su artículo 52 al Presidente de la República, la facultad de designar a los miembros de los consejos, juntas directivas u órganos equivalentes de las entidades paraestatales, en la proporción que legalmente corresponda al Gobierno Federal.

Igualmente y conforme al artículo 53 de la mencionada Ley, tiene el Ejecutivo Federal la facultad de nombrar a los funcionarios que representen y ejerciten los derechos que pertenezcan al Gobierno Federal, cuando éste sea el titular de las acciones representativas del capital social de una entidad paraestatal. Si el Presidente no lo designa, esta designación

corresponde al titular de la Secretaría o Departamento coordinador de un sector específico.

En el último artículo de la ley, el 54, establece que las entidades de la administración pública paraestatal, deberán proporcionar a las demás entidades del sector donde se encuentren agrupadas, la información o datos que les sean solicitados.

La nueva ley contiene 6 artículos transitorios mismos que señalan lo siguiente:

En el primero, se establece que esta Ley abroga la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 23 de diciembre de 1958, y que entra en vigor el 1o. de enero de 1977.

Por el segundo, se determina que el personal de una dependencia que pase a formar parte de otra, conservará todos sus derechos adquiridos en virtud de la relación laboral existente con el Gobierno Federal. Si por alguna razón algún trabajador resultara afectado se le dará intervención a la Comisión de Recursos Humanos, a la Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado y al Sindicato correspondiente.

El tercero, establece que los cambios de aquellas dependencias que pasen a formar parte de otra Secretaría o Departamento, se harán incluyendo todo el personal a su servicio, mobiliario y en general, todo el equipo que hasta la fecha dicha dependencia haya utilizado para la atención de los asuntos a su cargo.

En el cuarto y quinto se señala que los asuntos permanecerán hasta el último trámite alcanzado cuando deberán de ser realizados por la Secretaría o Departamento a que correspondan las nuevas atribuciones, y se establece que cuando se cambien por virtud de esta Ley la denominación de alguna Secretaría o Departamento, cuyas atribuciones estén establecidas por Ley anterior a otra dependencia, éstas se entenderán concedidas a las dependencias determinadas por la nueva Ley.

Finalmente, cabe señalar que las medidas dictadas hasta ahora, en materia de Recursos Humanos son las siguientes:

Acuerdo por el que se establecerán sistemas de trabajo en las entidades de la administración pública, que permitan realizar coordinadamente sus actividades durante la semana laboral de 5 días entre las 7:00 y las 19:00 horas. (Diario Oficial de la Federación de 31 de enero de 1977).

Acuerdo por el que se establece un procedimiento de reasignación de personal al servicio de la Administración Pública Centralizada, coordinado por la Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal. (Diario Oficial de la Federación de 31 de enero de 1977) Diario Oficial de 16 de febrero de 1978) Acuerdo por el que se modifica la estructura de la Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal. (Diario Oficial de la Federación de 31 de enero de 1977).

VII.—ESPECTATIVAS DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que acabamos de comentar, posiblemente sea una de las disposiciones legislativas que más preparación haya tenido en México, tanto por sus antecedentes que se remontan hasta el ordenamiento expedido en 1821, como por el trabajo continuado que a partir de 1965 se ha llevado a cabo. En efecto, desde que se creó la Comisión de Administración Pública, los trabajos de investigación sobre reforma administrativa se han acrecentado y la mayoría de los integrantes de la Comisión de 1965, hoy, después de doce años, se encuentran tratando de implementar, desde los más altos cargos gubernamentales, el programa de reforma administrativa presididos por su mismo Presidente José López Portillo.

La reforma administrativa, se ha dicho repetidamente, servirá para lograr el desarrollo económico y social del país. La nueva Ley ha sido expedida dentro del programa global de reforma administrativa más ambicioso y mejor preparado, que programa alguno se haya formulado en México. En el articulado de la Ley, se ha hecho una revisión total, no sólo de las atribuciones de las dependencias centralizadas sino de las instituciones mismas de la administración pública federal, procurando orientar la acción del Estado que se traduce en la del gobierno y este a su vez en la administración pública, para impulsar el desarrollo del país. Esta Ley es pues, el eje mismo de la reforma administrativa federal, lo que la hace notablemente diferente a sus antecesoras.

Sin embargo, es necesario hacer notar la importancia en la reforma administrativa de los recursos humanos con que se cuenta para poder realizarla. Estos, que en forma esencial son los servidores públicos, deberán de sentirse identificados con el programa mismo, que los impulse y motive para alcanzar mejores condiciones que las actuales. Esta preparación de actitudes aunada a la de aptitudes, deberán de ser parte de una política general de desarrollo de los recursos humanos en el sector público.

Para los servidores públicos, deberá de haber un sistema de personal que incluya normas de selección, capacitación, remuneración adecuada, ascensos, antigüedad, seguridad, incentivos, etc. En otras palabras, deberá de haber un servicio civil debidamente organizado y capacitado.

La nueva Ley Orgánica de la Administración Pública no hace mención sobre el régimen laboral aplicable a los trabajadores del Estado. Sin embargo, la reforma administrativa del Gobierno Federal deberá de buscar una congruencia de las disposiciones laborales aplicables a los trabajadores del Estado, ya que actualmente, en algunos casos les es aplicable el apartado A del artículo 123 constitucional, en otros el B del mismo artículo y en otros, su propia reglamentación como a los trabajadores de las Instituciones Nacionales de Crédito.

La reforma administrativa además, debe de organizar las atribuciones

del gobierno tanto sustancial como objetivamente, dentro de un régimen de derecho, que implica la creación de un Código Administrativo y de un Código Federal de Procedimientos Administrativos. Esto resulta indispensable por que a medida que las funciones del gobierno se vayan expandiendo nuevas dependencias centralizadas y paraestatales surgirán, mismas que necesariamente deberán de ser organizadas y coordinadas para prestar debidamente sus servicios, siendo reguladas sus relaciones con los particulares.

Consideramos, que la substancia misma de la reforma administrativa la constituyen los recursos humanos y que estos de manera inmediata, lo son los servidores públicos. Sin embargo, es la ciudadanía en general la que con su participación en el programa de reforma administrativa daría la seguridad del éxito del programa. Deberá ser un programa llevado a cabo por todos en beneficio de todos. De otra forma, aunque México se convierta en un país sobreadministrado seguiría siendo subdesarrollado. Se deberá de comprender que el programa de reforma administrativa brinda una oportunidad para participar más efectivamente en los asuntos de un gobierno democrático y hay que recordar "en una democracia, el gobierno es el trabajo de cada ciudadano."⁵⁹ La época en que el ciudadano cerraba la puerta y no permitía que la administración pública penetrara ha sido superada porque el papel mismo del gobierno ha cambiado también. "En las sociedades modernas, la administración ha incursionado o está proxima a incursionar en cualquier parte, en cualquier relación personal, en cualquier aspecto de la vida; el ciudadano no la puede dejar afuera",⁶⁰ en otras palabras 'la organización ya no es un sistema cerrado en el que sólo los 'miembros' puedan entrar'.⁶¹

La tarea de reformar las instituciones gubernamentales con ánimo de reformar las estructuras de la sociedad, no es un acontecimiento que pretenda o pueda cumplirse de la noche a la mañana es por el contrario, un proceso planeado y permanente y no un evento parcial. Es por esto que la reforma administrativa en México, de nada servirá si se pretende planear, ejecutar y controlar de arriba hacia abajo solamente, es decir si sólo intervienen las autoridades o los servidores públicos. La reforma administrativa se deberá de comprender como instrumento de cambio y de desarrollo, deberá buscar la abolición del "otro México" descrito por Octavio Paz, donde él mismo escribe, que "México continúa siendo una nación con desigualdades escandalosas".⁶² Deberá de ser un programa, abierto, comunicativo y participativo, en otras palabras, deberá de ser una reforma administrativa democrática.

Refiriéndonos a la democracia en México, González Casanova ha señalado que "la clase gobernante en México no puede ignorar el hecho de que la democratización es el pre-requisito básico indispensable de la democracia".⁶³ Si el gobierno permite a los ciudadanos, su participación en la solución de los problemas que atañen a México, la posibilidad de

lograr el desarrollo integral del país aumentará y el programa de la reforma administrativa será un éxito.

No hay que olvidar que la reforma administrativa en México, como en todos los países en desarrollo, no puede darse el lujo de tratar de responder a problemas de tipo meramente técnicos, sino por el contrario, debe de constituir el instrumento para lograr un proceso más largo, difícil y ambicioso; el desarrollo.

En efecto, la reforma administrativa en países como México no puede tener los mismos objetivos que las reformas en los países desarrollados. Al respecto Chi Yuen Wu ha manifestado "que la administración pública en los setentas deberá de señalarse que seguirá creciendo en tamaño y en importancia", en las naciones más desarrolladas las actividades gubernamentales "incluirán programas mayores y temas relacionados con el espacio exterior, exploraciones a los océanos, energía atómica, aviones supersónicos, conservación de recursos, etc. En los países en desarrollo, el gobierno juega un papel definitivo en toda el área económica y social, con ciertos grados de participación individual, dependiendo del sistema político y económico de cada nación".⁶⁴

La afirmación antes señalada nos demuestra que como los países desarrollados han alcanzado niveles de vida más o menos altos para sus habitantes, se encuentran en una posición capaces de continuar su desarrollo en diferentes aspectos. Sus objetivos para transformar tanto las estructuras gubernamentales como sociales, será de importancia secundaria una vez que ya han alcanzado cierta posición, misma que los ha influenciado para ser mantenedores del sistema alcanzado, de aquí que su reorganización administrativa se divida en dos aspectos:

a) Mejoramiento o por lo menos sostenimiento del mismo nivel alcanzado en aspectos económicos, sociales y políticos.

b) Lograr aspectos del desarrollo hasta ahora inalcanzados.

Por otra parte, la situación de los países en desarrollo es diferente. El ánimo de sus reformas administrativas es la transformación pacífica de las estructuras nacionales. El cambio debe de ser forzado, al mismo tiempo que planeado, "confiarse en una evolución natural sería suicida".⁶⁵ En la búsqueda de su desarrollo, los países del tercer mundo no deberán de olvidar sus propios modelos culturales. Intentos de importación de ideales o formas organizativas ignorando las diferencias existentes entre países, sería equívoco como falso.

Afortunadamente el proceso de la reforma administrativa en México ha sido propio y sin ninguna imitación.

Los antecedentes del actual programa de reforma administrativa en México han sido largos y posiblemente han costado más de lo que se hubiera pensado, sin embargo, se llegó a la creación de la Comisión de la Administración Pública en 1965, con la experiencia mexicana suficiente para poder emprender un programa con perspectivas permanentes. Desde entonces, el programa trazado en 1965 no ha dejado de existir,

ha sufrido modificaciones tanto orgánicas como legales, pero con esas bases y con la creación de la Coordinación General de Estudios Administrativos, dependiendo directamente del Presidente de la República, se puede considerar que la reforma administrativa en México se ha institucionalizado.

NOTAS

¹ La Comisión de Administración Pública fue integrada de la siguiente forma: Presidente de la Comisión José López Portillo, Secretario: Carlos Vargas Galindo. Otros Miembros: Emilio Mújica, Rodolfo Moctezuma, Gustavo Martínez Cabañas y Fernando Solana. El 20 de abril de 1965, José Enrique Gama Muñoz se unió al grupo, el 5 de octubre del mismo año, Leopoldo Ramírez Limón entró a formar parte de la Comisión, el 21 de julio de 1966 se incorporó Guillermo Velázquez Herrera, y el 23 de septiembre el Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez.

El 18 de enero de 1968, se unió a la Comisión como Secretario Técnico, Alejandro Carrillo Castro, el 21 de mayo del mismo año también se incorporó Carlos Tello. Subsecuentemente, el Secretario Técnico pudo contar como consejero con Miguel Duhalt Krauss, seguido de un grupo de jóvenes analistas, aproximadamente 12 especialistas en organización y métodos, administración de personal, archivo, documentación administrativa, sistemas de información, economía del sector público, legislación administrativa y administración de recursos materiales. Ver Informe de la Reforma de la Administración Pública Mexicana. Comisión de Administración Pública, 1967. Secretaría de la Presidencia, Primera Edición, México, 1974, pp. 8-9.

² Diario Oficial de la Federación de 14 de abril de 1917.

³ Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916, 1917 Vol. II. pp. 481, 614-640.

⁴ Constitución de 1917. Artículos 91, 92 y 108. Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados. Artículo 2.

⁵ Diario Oficial de la Federación de 27 de marzo de 1940.

⁶ Reglamento de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado. Diario Oficial de 2 de enero de 1947.

⁷ Castellanos Coutiño Horacio. "Comentarios a la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 24 de diciembre de 1958". En *Aportaciones al Conocimiento de la Administración Pública Federal*, (autores mexicanos), Secretaría de la Presidencia México, 1976, pp. 135-142.

⁸ Secretaría del Patrimonio Nacional. "Junta de Gobierno de los Organismos y Empresas de Estado". En *Aportaciones*. *op. cit.* p. 158.

⁹ Diario Oficial de la Federación de 30 de junio de 1959.

¹⁰ Ver Informe, *op. cit.*

¹¹ Esta Dirección formó parte de la Secretaría de la Presidencia y contó con un grupo de asesores que incluían a: José López Portillo, Gustavo Martínez Cabañas, Miguel de la Madrid, Andrés Caso, Miguel Duhalt Krauss, Fernando Solana, Dr. Renato Iturriaga, Gustavo Petriccioli, Roberto Ríos Elizondo, Manuel Uribe, Pedro G., Zorrilla Martínez.

¹² "Base para el Programa de Reforma Administrativa del Poder Ejecutivo Federal" 1971-1976. Secretaría de la Presidencia Segunda Edición, México, julio de 1973.

¹³ Ver "Avances en la Desconcentración Administrativa Federal". *Boletín de Estudios Administrativos No. 6*. Secretaría de la Presidencia. Primera Edición, diciembre de 1976. También ver "Planeación en la Libertad-Reforma Administrativa". *Boletín de Estudios Administrativos No. 7*. Secretaría de la Presidencia. Primera Edición, noviembre de 1976.

- ¹⁴ Ver, Andere, Eduardo. "Consideraciones Jurídicas para una Planificación Económica y Social en México". Tesis Profesional. Universidad IBEROAMERICANA. México, 1975, pp. 107-111.
- ¹⁵ *Ibid.*, p. 19.
- ¹⁶ Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1970.
- ¹⁷ Ver Carrillo Castro, Alejandro. "Administrative Reform in Mexico" en A. F. Leemans. *The Management of Change in Government*. Martinus, Nijhoff, The Hague 1976 pp. 206.
- ¹⁸ Ver a Carrillo Castro, Alejandro. *La Reforma Administrativa*. (Antecedentes, estado actual y perspectivas). Instituto de Estudios Administrativos, A. C. México, 1976, pp. 29-38.
- ¹⁹ Entre otros, podemos mencionar al propio Presidente de México, José López Portillo, Fernando Solana, Emilio Mújica, Carlos Vargas Galindo, Alejandro Carrillo Castro, Miguel Duhalt Krauss, Leopoldo Ramírez Limón, Pedro Zorrilla Martínez, etc.
- ²⁰ Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1975.
- ²¹ *Ley General de Deuda Pública, Exposición de Motivos*. En Bases Jurídicas de la Reforma Administrativa del Gobierno Federal. Presidencia de la República. Coordinación General de Estudios Administrativos. México, 1977, p. 73.
- ²² *Excelsior*.—2 de diciembre de 1976.
- ²³ La reforma al artículo 74 de la Constitución se publicó en el Diario Oficial de 6 de diciembre de 1977.
- ²⁴ Así lo expresó el Lic. José López Portillo en su discurso de Toma de Posesión como Presidente de México.
- ²⁵ Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1976.
- ²⁶ *Idem*.
- ²⁷ En efecto, la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, así lo establece.
- ²⁸ Artículo 6º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- ²⁹ Ver al respecto a Herrera y Lasso, Manuel. *Estudios Constitucionales*. Segunda Serie. Editorial Jus, S. A. México, 1964.
- ³⁰ Ruiz Massieu, José Francisco y Lozano Hernández, Wilfrido. *Nueva Administración Pública Federal*. Editorial Tecnos, S. A., México, 1977, pp. 38-39.
- ³¹ Herrera y Lasso, Manuel, *op. cit.* p. 162.
- ³² *Idem*.
- ³³ Carrillo Flores, Antonio. "La Evaluación del Derecho Administrativo Mexicano en el siglo XX. Editorial del Colegio Nacional tomo XIII. Núm. 3. México, 1977, p. 432.
- ³⁴ Diario Oficial de la Federación de 3 de enero de 1977.
- ³⁵ Artículo Segundo del Acuerdo que creó la Unidad de Coordinación General de Estudios Administrativos.
- ³⁶ Al respecto, se hace referencia a las Unidades Administrativas correspondientes en cada dependencia del Gobierno Federal.
- ³⁷ Artículo Tercero del Acuerdo que creó la Unidad de Coordinación General de Estudios Administrativos.
- ³⁸ *Lineamientos que deben observar las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal en sus Programas de Reforma Administrativa*. En Boletín de Estudios Administrativos. México, 1977, p. 21.
- ³⁹ *Idem*.
- ⁴⁰ A la fecha, todas las dependencias centralizadas, han expedido su reglamento interno. El Departamento del Distrito Federal no lo ha hecho por regirse por su propia Ley Orgánica.
- ⁴¹ El de Programación y Presupuesto se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 18 de julio y el de Reforma Agraria el 7 de diciembre. Ambos en 1977. El de Reforma Agraria fue aclarado en el Diario Oficial de 17 de enero de 1978.
- ⁴² Artículo Segundo del Acuerdo que la crea.

- ⁴² Ver al respecto a Fraga, Gabino. "Derecho Administrativo". Editorial Porrúa, México, 1977 pp. 172-185.
- ⁴³ Ruiz Massieu, José Francisco y Lozano Hernández, Wilfrido. *op. cit.* p. 34.
- ⁴⁴ Los artículos constitucionales reformados para dar entrada a la nueva Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales fueron los siguientes: 60, 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115.
- ⁴⁵ Ver a Miller Eric J. "Desarrollo Integral del Medio Rural" Ed. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México, 1976
- ⁴⁶ *Excelsior*, 16 de diciembre de 1976.
- ⁴⁷ *Novedades*, 16 de diciembre de 1977.
- ⁴⁸ *Exposición de Motivos de la Iniciativa de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*. En Bases Jurídicas de la Reforma Administrativa del Gobierno Federal. Presidencia de la República. Coordinación General de Estudios Administrativos, México, 1977, p. 5.
- ⁴⁹ *Idem*.
- ⁵⁰ Ruiz Massieu, José Francisco y Lozano Hernández, Wilfrido *op. cit.* p. 80
- ⁵¹ *Exposición de Motivos... op. cit.*, p. 5.
- ⁵² Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público publicado en el Diario Oficial de la Federación de 23 de mayo de 1977.
- ⁵³ Juárez, Godolfino. "La Nueva Organización Sectorial del Gobierno Federal". En *Boletín de Estudios Administrativos No. 9*. Presidencia de la República, Coordinación General de Estudios Administrativos. México, 1977, p. 19.
- ⁵⁴ *Ibid.*, pp. 19-20.
- ⁵⁵ "Lineamientos para la Sectorización de la Administración Pública Federal". En *Boletín de Estudios Administrativos No. 9, op. cit.*, pp. 21-23.
- ⁵⁶ *Ibid.*, p. 23.
- ⁵⁷ *Ibid.*, p. 24.
- ⁵⁸ Reformas a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1977.
- ⁵⁹ Gladden, E. N. "An Introduction to Public Administration" Ed. Staples Press. Gran Bretaña, 1966, p. 3.
- ⁶⁰ Caiden, Gerald. "Development, Administrative Capacity and Administrative Reform" *International Review of Administrative Sciences*. Instituto Internacional de Ciencias Administrativas. Bélgica, Vol. 39. 1973, núm. 4 p. 343.
- ⁶¹ Brown, David S. "Reforming the Bureaucracy: Some Suggestions for the New President" *Public Administration Review*, American Society for Public Administration. Washington, D. C., E. U. Volumen 37, marzo-abril, 1977, núm. 2, p. 168.
- ⁶² Paz, Octavio. "The Other Mexico: Critique of the Pyramid" Grove Press, Inc. New York, E. U., 1972, pp. 71, 107-111.
- ⁶³ González Casanova, Pablo. "Democracy in Mexico" Oxford University Press. N. Y. E.U., 1970, pp. 91, 195.
- ⁶⁴ Chi-Yuen, Wu. "Public Administration in the 1970's" (with special reference to the United Nations Public Administration Programme) "Revista Internacional de Ciencias Administrativas" Volumen 37, 1971. núm. 2, pp. 161-175.
- ⁶⁵ Caiden, Gerald, E. "Development" *op. cit.*, p. 334.

LA CONCURRENCIA DE LA FEDERACION Y DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS EN MATERIA IMPOSITIVA

LIC. JORGE SAINZ ALARCÓN

4o. Seminario sobre Desarrollo Industrial.
Alianza para la producción organizada por
Concamín.

Mesa política fiscal.
Febrero de 1978.

1. *El problema actual*

Es indudable que en el momento presente nuestra Federación, nuestras diversas entidades federativas y nuestros diversos municipios, requieren de mayores ingresos que cubran su presupuesto para hacer frente a las necesidades de prestar correctamente los servicios públicos a que están avocados y para cumplir con las atribuciones que les han sido encomendadas por nuestra legislación.

Además de los productos, derechos y aprovechamientos, esas entidades tienen capacidad de exigir el pago de los impuestos, renglón principal a través del cual recaudan el numerario que les permita atender y satisfacer el bien común. Como todos sabemos, anualmente se publican las Leyes de Ingresos correspondientes a las entidades federativas, municipios y Federación, en las cuales aparece el listado de todas las contribuciones que durante un determinado ejercicio fiscal los particulares deberán cubrir para satisfacer el presupuesto de egresos de cada entidad administradora.

También anualmente, vemos crecer el número de impuestos y derechos a través de diferentes nombres, nuevas fuentes gravadas, nuevos objetos de los múltiples gravámenes derechos sobre servicios que anteriormente eran a cargo del presupuesto público, etc.; pero además, encontramos que una misma fuente, actividad u objeto es gravado no sólo por la Federación sino también por las entidades federativas o viceversa e incluso con algún derecho o patente municipal y todo depende de la imaginación de nuestras diferentes legislaturas para encontrar nuevas fuentes de gravámenes, pues de inmediato las otras legislaturas adoptan como suyas esas ideas y crean el nuevo impuesto a nivel Federal o estatal según sea el caso.

Así, en los últimos años hemos visto nacer numerosos tributos como impuestos estatales sobre sueldos y salarios; actividades profesionales; impuestos sobre almacenes y bodegas; sobre ventas realizadas fuera de la circunscripción territorial de una determinada entidad federativa; impuestos para la educación, impuestos adicionales sin especificación o para las universidades; impuestos especiales para determinadas actividades como artículos de cristal y vidrio, tapetes y alfombras, artículos electrónicos, tenencia y uso de automóviles; patentes o derechos municipales para que puedan operar los giros mercantiles e industriales; derechos e impuestos de cooperación para obras de alcantarillado, calles, carreteras, jardinería, alumbrado público y un sinnúmero de gravámenes que sería prolijo enumerar y que en un determinado momento representan una doble o triple imposición sobre una misma actividad o ingreso.

El problema no queda sólo ahí, sino que muchas entidades federativas al definir el objeto o el sujeto del impuesto incluyen diferentes supuestos normativos que son copiados por las demás entidades y un mismo ingreso o actividad debe, de acuerdo con esas leyes, pagar hasta cinco o más diversos impuestos. Basta señalar tres ejemplos que ilustran con toda claridad la cuestión a estudio:

A.—Productos o rendimientos del capital que pueden llegar a cubrir los siguientes gravámenes:

- 1) Impuesto Federal sobre la Renta, ya sea empresa o persona física.
- 2) Un impuesto estatal en donde está domiciliado el acreedor.
- 3) Un impuesto estatal en donde está domiciliado el deudor.
- 4) Un impuesto estatal en donde está invertido el capital.
- 5) Un impuesto estatal en donde están ubicados los bienes que garantizan el pago del adeudo (pueden ser varios), además de otros impuestos adicionales o municipales que puedan gravar la misma actividad.

B.—Actividades mercantiles no gravadas por impuestos especiales:

- 1) Impuesto Federal sobre la Renta.
- 2) Impuesto Federal sobre Ingresos Mercantiles.
- 3) Impuesto del Timbre si son arrendadores de bienes inmuebles.
- 4) Si son comisionistas, impuesto estatal sobre comisiones pagadas fuera de determinada entidad federativa.
- 5) Derechos de vigilancia por ventas realizadas fuera de determinada entidad federativa.

A.—Actividades profesionales:

- 1) Impuesto Federal sobre la Renta.
- 2) Impuesto estatal en donde se resida.
- 3) Impuesto estatal en el lugar en donde resida la persona que efectúe el pago de los honorarios.
- 4) Impuesto estatal en donde se realicen las actividades.

II. Las causas del problema.

A.—Nuestro Sistema Constitucional no sigue una delimitación en materia tributaria aplicable a la Federación y a las entidades federativas, sino que permite un sistema complejo cuya base principal es: 1) la de establecer una concurrencia impositiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingreso; b) la reserva expresa y concreta de determinadas materias a la Federación y c) restricciones expresas a la Potestad Tributaria de los Estados (Seminario Judicial de la Federación 1917-1954, pág. 1026, Tesis 557, Apéndice Tomo 2).

Para mayor claridad de este sistema puede verse la ejecutoria en el Amparo Administrativo en Revisión No. 310 de 1953 que consta en el Seminario Judicial de la Federación EP. 5, Volumen CXX, Pág. 889 en la cual se expresa sumariamente lo siguiente:

“Décimo: El entendimiento correcto de los preceptos Constitucionales que se acaban de analizar permite establecer que el Pacto Fundamental no optó por una delimitación de la competencia federal y las competencias locales para establecer impuestos, sino que organizó un sistema complejo, cuyas premisas fundamentales son las siguientes: 1o. Concurrencia contributiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingreso. 2o. Limitaciones a la facultad impositiva de los Estados, mediante la reserva expresa y concreta de determinadas materias a la Federación. 3o.—Restricciones expresas a la potestad tributaria de los Estados. Ahora bien, el salario de los trabajadores es una fuente de ingresos públicos comprendido en la primera de las premisas acabadas de expresar esto es, pertenece a la jurisdicción concurrente de la Federación y de los Estados y por ende, tanto el Poder Federal como los poderes locales gozan de competencia para ganarlo. No queda desvirtuada por la circunstancia de que el impuesto federal de la Renta recaiga en su Cédula IV sobre los sueldos y salarios, ya que la Constitución no prohíbe la duplicidad de impuestos federales y locales, toda vez que consagra como regla general la concurrencia del poder de gravar federal y local, y como excepción las limitaciones a la potestad contributiva de los Estados consignados en la mayoría de las proyecciones de la fracción X del artículo 73 en la fracción XXIX del mismo precepto y en los artículos 117 y 118. Como ejemplo de la concurrencia de impuestos pueden señalarse entre otros los siguientes:

gravámenes sobre el comercio, sobre herencias y legados, sobre donaciones, sobre producción y venta de alcohol y como se acaba de demostrar, sobre el salario y sueldo de trabajadores y empleados.”

B.—El olvido de las disposiciones constitucionales en materia tributaria por los legisladores estatales y federal.

Sabemos que existen limitaciones constitucionales a la facultad impositiva del Estado, a través de las garantías que se otorgan en nuestra Ley

Fundamental como el Principio de Legalidad, el de Proporcionalidad y Equidad, el de Generalidad, la no confiscatoriedad, la no retroactividad, el de audiencia, etc.

Sabemos también que existe el Poder Judicial de la Federación para que, por la vía del amparo, se proteja al particular en contra de leyes impositivas federales o estatales que conculquen las mencionadas garantías individuales.

No obstante lo anterior, anualmente encontramos nuevas disposiciones, nuevas leyes, nuevos gravámenes, nuevas obligaciones que violan dichos principios fundamentales de nuestra Carta Magna. Baste citar algunos ejemplos:

El artículo 31 fracción IV de la Constitución obliga a contribuir a los gastos públicos de la Federación, estado o municipio *en que se resida* y sin embargo, existen nuevos impuestos a comisionistas residentes en el exterior o en diferente entidad federativa a la que estableció el gravamen, aun cuando no se realice la actividad en esa circunscripción territorial; o bien el caso del impuesto sobre productos de capitales que ya enunciamos.

Los estados no pueden establecer alcabalas o gravar el comercio interestatal y existen impuestos sobre almacenes o bodegas o bien, derechos de vigilancia por ventas efectuadas fuera de determinada entidad federativa.

Los impuestos no deben ser exorbitantes y ruinosos y por lo tanto confiscatorios y nos encontramos con una Tasa Complementaria sobre Utilidades Brutas Extraordinarias o con una serie de impuestos sobre productos o rendimientos del capital que a tasas, como las del Estado de Tlaxcala del 15%, pagaderas a cuatro entidades federativas, más la federal que puede ser del 50%, no sólo absorben la totalidad del rendimiento, sino que además merman el propio capital.

Se prohíbe a las entidades federativas el gravar el comercio exterior y encontramos impuestos estatales que gravan la exportación de tecnología o los intereses cobrados por bancos del exterior o bien las comisiones pagadas al extranjero y en último caso, las situaciones contrarias respecto a los comitentes.

Toda ley tributaria debe otorgar la garantía de audiencia y en las leyes federales y estatales abundan las presunciones de que la fuente de riqueza se encuentra en tal o en otro lugar, del valor de las ventas, de que se perciben intereses en X o Z por ciento, etc., etc.

No es necesario seguir mostrando más ejemplos puesto que todos hemos tenido que enfrentarnos a esas situaciones a través de nuestras respectivas actividades, agravados por el hecho de que al existir la concurrencia en materia impositiva de la Federación y los estados, los problemas mencionados se multiplican por cada entidad federativa que pretende hacer suyas las fuentes de los gravámenes.

Por otra parte, no es descubrir el nuevo mundo, el decir que nuestro Poder Judicial de la Federación, por el número de asuntos que se le

plantean, no es suficiente para resolver todos los problemas que nacen de esta situación, multiplicados por el número de estados que pretenden gravar las diversas actividades a las que el particular desea dedicarse, haciendo uso de su garantía de libertad de trabajo. Es cierto que a través del juicio de amparo puede controlarse el abuso de la facultad tributaria del Estado, pero el particular no puede estar constantemente envuelto en asuntos litigiosos cuyo resultado es dudoso o de tardía resolución, con el peligro mismo de la existencia de la empresa, al estar consuetudinariamente interponiendo demandas, garantizando el interés fiscal y seguir los procedimientos relativos, no sólo contra la Federación sino en contra de varias entidades federativas e incluso municipios.

Consecuentemente, el sistema de concurrencia de la Federación y de los estados en materia impositiva, el olvido de las limitaciones que establece nuestra Constitución al poder tributario de esas mismas entidades, las limitaciones naturales de nuestro Poder Judicial de la Federación para controlar la constitucionalidad de los diversos impuestos que nacen, la prolija imaginación de nuestros legisladores que anualmente crean nuevos objetos de gravámenes y derechos, ha venido creando, paulatinamente, una madeja de requisitos, avisos, declaraciones, múltiples imposiciones, autoridades fiscalizadoras y revisoras que en variado número pueden efectuar auditorías, requerimientos, cobros, imponer multas y cobrar recargos; y en general, todo ello ha cristalizado en un complejo sistema tributario que impide, sin razón aparente de su existencia, el ejercicio normal del trabajo con la consiguiente falta de productividad, inseguridad en la inversión o en la apertura de nuevas fuentes de empleo, pues la actividad del empresario debe canalizarse en gran parte al entendimiento de esta problemática, a sus soluciones o en último caso, a la defensa de sus intereses en la inversión y a la permanencia de las fuentes productivas, que en último caso son también las fuentes de los impuestos.

Una mejor base para lograr los fines exigidos por los programas de la Alianza para la producción, podría lograrse mediante la sola simplificación del Sistema Tributario Nacional tanto en los diferentes gravámenes que afectan al causante, en los métodos de fiscalización y revisión, así como en los métodos de pago.

III. Las soluciones que se han adoptado en el pasado

A.—Clasificación de Rentas para la Federación y los Estados.

En varias oportunidades se pretendió en México establecer una delimitación en cuanto a los campos impositivos entre la Federación y las entidades federativas sin que ninguno de esos intentos se haya incorporado a nuestra Constitución Federal para que fuese valedero como norma fundamental.

“En la República Mexicana se expidió la primera Ley de Clasificación

de Rentas, el 4 de agosto de 1824, pero no se incorporó como principio a la Constitución de 4 de octubre de 1924; tampoco se estableció un principio de clasificación en las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843. Posteriormente, y bajo el régimen federal, se expidieron las leyes de Clasificación de Rentas de 17 de septiembre de 1846, 27 de abril de 1947 y 29 de mayo de 1953.

En el Estudio Orgánico provisional expedido por Comonfort el 15 de mayo de 1856, se reconocía la existencia de las haciendas federal, local y municipal; en el artículo 109 se establecía lo siguiente: "La propiedad raíz, la industria fabril y el comercio extranjero pagarán según las leyes y decretos del Gobierno general, un impuesto común y uniforme en toda la República y los Gobernadores no podrán imponer mayores derechos sobre esos ramos"; y en el artículo 112 se dice que por ley especial de clasificación de rentas se fijarán las que corresponden al Gobierno General, a los Estados y Territorios y a las Municipalidades.

En el proyecto de Constitución sometido a la consideración del Congreso Constituyente, el artículo 120 decía: "Los Estados para formar su hacienda particular, sólo podrán establecer contribuciones directas. La Federación sólo podrá establecer impuestos indirectos."

No obstante la redacción de este proceso, la misma Comisión que lo formuló no pretendía hacer una delimitación de los campos impositivos; en efecto, Ocampo, miembro de la Comisión y defensor del proyecto dijo que la clasificación de rentas no puede ser punto constitucional; considera que la Constitución en esta materia no puede dar más que bases generales sin entrar en los pormenores de una clasificación de rentas, y el señor Mata dice que la Comisión ha querido que el impuesto indirecto pertenezca a la Federación, y el directo a los Estados que tienen más medios de establecerlo; que la Comisión quiere la supresión de las alcabalas que es el fin que el artículo se propone.

... ..
 "Por Ley de Clasificación de Rentas de 12 de septiembre de 1857, se hizo una clasificación de las rentas públicas, dividiéndolas en rentas, contribuciones y bienes generales, y rentas, contribuciones y bienes de los Estados; en el artículo 2o. se hacía la enumeración de las primeras comprendiendo 37 renglones entre los que se mencionan: derechos de importación, exportación, tonelaje, pilotaje y anclaje, faros y mejoras materiales, internación y amortización, 3% sobre el oro y la planta en pasta, los costos de ensaye, el real de minería, la mitad de los derechos de contrarregistro, la mitad del derecho de traslación de dominio, los derechos de importación del tabaco extranjero, los productos del expendio de papel sellado, los productos de la renta líquida de la Lotería de San Carlos, casa de moneda, explotación, venta o arrendamiento de salinas, terrenos baldíos, neveras y azufreras, guarneras, derechos de pesca de perla, ballena, nutria, lobo marino y demás objetos de esta clase de pesca, peaje en los caminos que van a la capital de la República, a las de los Estados

y puertos, correo derecho de patentes y títulos de invención, impuesto a las fábricas, el medio por ciento, el contingente de los Estados, las rentas del Distrito Federal y Territorios de la Baja California, etc.

Correspondía a los Estados la mitad del derecho de traslación de dominio, la mitad del derecho de contrarregistro, la contribución sobre la propiedad raíz, introducción de géneros, frutos y efectos nacionales, mientras subsistan las alcabalas, patente sobre giros mercantiles, contribución sobre objetos de lujo, sobre profesiones y ejercicios lucrativos, fábricas de aguardientes, peaje de caminos interiores del Estado, etc., hasta completar 27 renglones. Sin embargo, esta enumeración no era limitativa, porque tanto la Federación como los Estados podían establecer otros impuestos que consideraran necesarios y esto significaba una posibilidad de concurrencia impositiva. Sólo con relación a la industria fabril, la minería y el comercio extranjero se reservaba exclusivamente al Congreso de la Unión establecer un impuesto común y uniforme en toda la República sin que los Estados pudieran imponer otros mayores ni otros derechos sobre estos ramos; tampoco podían los Estados gravar las producciones de la industria de otros Estados con más altos derechos que los señalados a las producciones de su propia industria.

Por ley de 30 de mayo de 1968, se derogó la de 12 de septiembre de 1857 y se formuló una enumeración en 17 fracciones de las contribuciones y bienes de la Federación, pero sin hacerse lo mismo con las contribuciones y bienes de los Estados. La enumeración que contenía esta ley tampoco era limitativa, porque el Congreso estaba expresamente facultado para establecer los nuevos gravámenes que considerara necesarios.

La situación creada en la Constitución de 1857 se conservó en la de 1917, pues tampoco en ésta se hizo una discriminación de los campos impositivos, y sólo se agregó entre las prohibiciones de los Estados la de emitir estampillas, reservándose así, la Federación, el Impuesto del Timbre.

En reforma de 18 de enero de 1934, a la fracción X del artículo 73, se otorgó al Congreso de la Unión la facultad de legislar sobre energía eléctrica y agregaba: "en el rendimiento de los impuestos que el Congreso Federal establezca sobre energía eléctrica, en uso de las facultades que en materia de legislación le concede esta fracción, participarán los Estados y los municipios en la proporción que las autoridades federales y locales respectivas acuerden". Esta reforma quedó insubsistente por la de 13 de octubre de 1942."

Por decreto de 13 de octubre de 1942, publicado el 24 de octubre de ese año, que entró en vigor el 1o. de noviembre, se reformó la fracción XXIX del artículo 73 y se concedieron facultades al Congreso de la Unión para establecer contribuciones. "1. Sobre el comercio exterior; 2. Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4o. y 5o. del artículo 27; 3. Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros; 4. Sobre servicios públicos concesiona-

dos o explotados directamente por la Federación, y 5. Especiales sobre energía eléctrica; producción y consumo de tabacos labrados; gasolina y otros productos derivados del petróleo; cerillos y fósforos; aguamiel y productos de su fermentación, y explotación forestal. Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica." Por decreto publicado en el Diario Oficial de 10 de febrero de 1949 se agregó "producción y consumo de cerveza".

En el mismo decreto de 13 de octubre de 1942, se adicionó la fracción IX del artículo 117, que al hablar de lo prohibido a los Estados dice: "Gravar la producción, el acopio o la venta del tabaco en rama, en forma distinta o con cuotas mayores en las que el Congreso de la Unión autorice." (*)

B.—Convenciones Nacionales Fiscales (Datos tomados del Libro "Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas", del Lic. Flores Zavala).

Siendo Secretarios de Hacienda el Ing. Alberto J. Pani bajo la presidencia del General Plutarco Elías Calles y del Ingeniero Pascual Ortiz Rubio, en 1925 y 1932 respectivamente, se convocó a sendas Convenciones Nacionales Fiscales de las cuales la primera no tuvo éxito alguno y respecto de la segunda, se lograron introducir dentro de nuestra legislación algunas de sus recomendaciones, principalmente en algunos impuestos que quedaron como facultad exclusiva de la Federación y de los cuales se otorga una participación a los Estados como en el caso de los impuestos a la cerveza, explotación forestal, cerillos y fósforos, energía eléctrica, etc. También, la mayor parte de los Estados adoptó un proyecto de Ley de Impuestos sobre Herencias y Legados y otro sobre Donaciones.

En 1947, bajo la presidencia del Lic. Miguel Alemán Valdez, siendo Secretario de Hacienda y Crédito Público el Lic Ramón Beteta, se convocó a una Tercera Convención Nacional Fiscal a la cual concurren representantes de cada Estado, uno por los municipios de cada Estado, de la Federación, más una representación de los causantes a través de sus organismos institucionales. Aun cuando muchas de las recomendaciones derivadas de estas reuniones fueron adoptadas, se puede decir que el mayor fruto fue la Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles que entró en vigor en 1948 y que a través de los convenios de coordinación que celebraron la mayoría de los Estados logró en cierta forma, unificarse la materia impositiva sobre la industria y el comercio con excepción de aquellos Estados como el de México, Nuevo León, Veracruz, Chihuahua, etc., que conservaron su propia legislación tributaria. Debe decirse que

(*) Citas tomadas del libro "Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas" del Lic. Ernesto Flores Zavala, págs. 336 a 340. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

éste fue un gran avance para lograr una mejor coordinación en esta materia.

C.—Convenios de Participación.

A partir de las reuniones de la Tercera Convención Nacional Fiscal se ha venido logrando que, en materia de todos aquellos impuestos tradicionales, se uniformen los diferentes gravámenes a través de impuestos que se establecen a nivel federal concediendo una participación en la tasa a las entidades federativas, como es el caso de los impuestos especiales y a partir de 1973 con el Impuesto sobre Ingresos Mercantiles que de seguir un sistema de coordinación en su cobro, también ha devenido en convenios de participación a nivel de la tasa general y de las tasas especiales e incluso con respecto a las sanciones y recargos.

Creemos que éste es un sistema saludable que ayuda en parte a resolver el problema que se apunta. Sin embargo, como se dijo antes, surgen cada año nuevas fuentes de impuestos a nivel Federal y Estatal y en el caso de las entidades federativas, la multiplicidad de gravámenes por la falta de respeto a las normas de nuestra Constitución. Podemos decir que por cada logro en materia de convenios de participación, surge un nuevo gravamen que será necesario estudiar y evaluar entre la Federación y Estados para nuevos convenios, o bien, existen antiguos impuestos como el de productos del capital que aún no es posible coordinar por diferentes razones.

IV. Soluciones que se proponen

Tomando en consideración las experiencias del pasado, los frutos que se han obtenido, las nuevas técnicas logradas en materia impositiva, el conocimiento cada vez mayor que existe entre las autoridades y los particulares en la materia impositiva, el entendimiento que se ha logrado a través de las últimas reuniones de los Tesoreros de los Estados con funcionarios de la Federación, consideramos que es el momento oportuno de llevar a cabo una nueva Convención Nacional Fiscal con representantes de los Estados, Municipios, de la Federación y de los causantes representados por sus organismos institucionales con el fin de lograr una certidumbre jurídica en materia impositiva y para ello, examinar nuevamente los siguientes temas básicos:

A.—Delimitación de las fuentes de los impuestos entre la Federación y los Estados.

B.—Suprimir dentro de lo posible la múltiple imposición de una sola fuente.

C.—Definir los impuestos en que, si es necesario, se mantenga la concurrencia, pero a través de una ley federal que otorgue participación a los Estados.

D.—Eliminar los impuestos tanto Federales como Estatales que sean extraterritoriales.

E.—Definir a qué entidad federativa corresponde gravar determinada actividad con exclusión de otras y evitar también la múltiple imposición como en el caso de los impuestos sobre productos de capital, sobre actividades profesionales, etc.

F.—Eliminar los impuestos, derechos, cuotas o cualquier gravamen que se pretenda imponer sobre el comercio interestatal.

G.—Eliminar gravámenes estatales que incidan sobre el comercio exterior, incluyendo servicios técnicos, actividades bancarias, etc.

H.—En general, suprimir impuestos que violen nuestra Carta Fundamental.

I.—Que aquellas actividades que la Federación exceptúe de gravámenes para fomentarlas, no sean gravados por los estados, como es el caso de la exportación de tecnología.

J.—Suprimir las presunciones absolutas de las leyes tributarias.

K.—Eliminar la posibilidad de que varias entidades fiscalizadoras puedan revisar un mismo gravamen.

L.—Analizar los problemas que en forma general afectan a la industria y al comercio y demás actividades productivas en esta materia, para encontrarles una solución adecuada.

M.—En materia del juicio de amparo, hacer más efectiva y expedita la justicia, sobre todo al versar en relación con la inconstitucionalidad de las leyes fiscales federales y estatales. En este punto debería de contarse con la colaboración de representantes del Poder Judicial de la Federación.

N.—En su caso y cuando sea necesario, elevar a Norma Constitucional los acuerdos que se tomen, para una mayor eficacia de la resolución correspondiente.

Independientemente de otros factores que son fundamentales para el desarrollo sano de una actividad productiva creemos que el factor impositivo es sumamente importante para su correcto desenvolvimiento. El sinnúmero de gravámenes, la variedad de autoridades revisoras, la ineficacia de nuestro juicio de amparo en materia de constitucionalidad de leyes tributarias y en general, la falta de certeza jurídica en este campo, obstaculizan el desarrollo de una mayor productividad y consecuentemente dificultan el lograr las metas fijadas en el programa de la Alianza para la Producción.

Sólo para ratificar los puntos aquí expuestos, me permito transcribir algunas frases del Lic. Emilio Margáin Manautou, expuestas en su libro "Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano".

"Requisitos que debe satisfacer el método.—Todo método que corresponda al causante aplicar, para que garantice el rendimiento que de él se espera, debe satisfacer los requisitos siguientes:

- a).—Sencillez;
- b).—Economía;
- c).—Comodidad; y

d).—Limpieza.

El método será sencillo cuando el propio contribuyente lo entiende e inclusive lo puede aplicar. Elaborar un método que sólo esté al alcance del técnico, dada su complejidad, es como preparar una serie de trampas en donde indefectiblemente estará cayendo, un día sí y otro no, el obligado. La falta de satisfacción de este requisito mermará el rendimiento del gravamen.

Que el método sea económico, significa que no ha de obligar al contribuyente a erogar honorarios elevados para su atención. Hay ocasiones en que el método, de atenderse debidamente, origina pago de honorarios que superan a la utilidad del causante, o bien, absorbe buena parte de ella, de modo que se trabaja para el Fisco y para él contador.⁶ Si cumplir con el método resulta oneroso, el grueso de los contribuyentes determinarán el impuesto a pagar al margen del mismo con grave detrimento de sus resultados.

El método será cómodo, si evita molestias innecesarias e inútiles al contribuyente. El grueso de los contribuyentes, principalmente comerciantes e industriales, no tienen un grado de preparación escolar elevado, pero se percatan de inmediato de las fallas del método y, sobre todo, de lo que está de más dentro del mismo, así como de sus exigencias, aparentemente inocentes, cuya importancia no escapa de su criterio.⁷

LAS FACULTADES DE DERECHO EN LA POLÍTICA DE
DESARROLLO LATINOAMERICANO

—VI CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE FACULTADES
DE DERECHO—

Bogotá, Colombia, septiembre 26 — octubre 1º, 1976

UNION DE UNIVERSIDADES DE AMERICA LATINA (UDUAL)
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

22 x 14.5 cms., 356 págs.

Por Manuel López Medina

No por llegarnos hasta ahora, por obvias razones, deja de ser menos útil e interesante esta Memoria de la VI Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho, que celebró UDUAL en la Universidad Externado de Colombia del 26 de septiembre al 1º de octubre de 1976.

Recoge todos los documentos de trabajo, hace una relación de los de contribución y da cuenta del desarrollo de la Conferencia desde la sesión preparatoria hasta la quinta y última plenaria, en la que se dio lectura al relato general, que incluye en síntesis las ponencias y comentarios oficiales, los debates generales, los trabajos de comisiones y las proposiciones y acuerdos de la Conferencia.

Del cumplimiento y fiel ejecución de estos últimos se encarga la Secretaría de la Conferencia y de ello se dará cuenta en la VII, que tendrá como sede la Universidad Central del Ecuador a fines del próximo mes de septiembre.

Los temas que se trataron fueron: 1) El papel del jurista y su interrelación con otros profesionales. 2) Las empresas multinacionales y 3) La reforma agraria.

Las principales recomendaciones que en relación con ellos se hicieron a las facultades y escuelas de Derecho, fueron:

I.—Fomentar la relación interfacultades y la actualización del profesorado como fase de un proceso interdisciplinario; que el trabajo interdiscipli-

nario comprenda una metodología y contenidos apropiados, la formación del profesional del Derecho y el ejercicio profesional interdisciplinario; y que la formación del profesional del Derecho comprenda tres niveles básicos con métodos y contenidos propios, a saber: formación profesional de carácter individual, formación para el trabajo de grupo y formación en el trabajo interdisciplinario.

Procurar una selección más adecuada de los aspirantes e imprimirles mayor aliento vocacional.

Intensificar la formación humanística del abogado y crearle una conciencia crítica sobre la realidad y problemática de Latinoamérica.

Adoptar un programa académico tipo que contemple: en el campo jurídico, la formación jurídica latinoamericana, nacional y talleres de práctica docente; en el campo social, la enseñanza de las realidades sociales, consultorios jurídicos populares e integración del estudiante con la comunidad; y en el campo de la especialización, materias optativas a nivel de pregrado, conferencias sobre temas de actualidad, mesas redondas y seminarios.

Organizar cursos de actualización para el profesorado, con base en metodología docente, cambio de concepto en el profesor y compromisos del profesor con la estructura social del cambio.

Atender el proceso formativo y no sólo el informativo normativo.

Propender más que a la simple variación de los programas académicos, a una verdadera enseñanza del estudio y de la investigación como bases de la formación del abogado, propiciando seminarios, cursos de docencia y cuantos mecanismos sea menester.

Estudiar una nueva sistematización de la ciencia jurídica latinoamericana.

Super la concepción exegética en la enseñanza del Derecho y plantear el Derecho como fenómeno jurídico que se nutre de tres elementos básicos: 1) Juicios de Valor (Filosofía del Derecho); 2) Normas positivas (Dogmática jurídica) y 3) Eficacia Social de la Norma (Sociología Jurídica). Utilizar este enfoque como método de análisis de las instituciones jurídicas.

Promover el intercambio entre universidades latinoamericanas.

II.—Incorporar a los programas un curso de derecho económico en sus ramas de Derecho Interno y Derecho Internacional.

Crear un centro de investigación a nivel de UDAL, encargado de estudiar las actividades y controles a las empresas transnacionales, para recopilar la legislación relativa, analizarla y sugerir nuevas alternativas.

Solicitar a los organismos internacionales resoluciones que frenen los abusos de las empresas transnacionales y la adopción de un código de conducta.

Pedir a los gobiernos latinoamericanos la elaboración de convenios multilaterales tendientes a controlar a las empresas multinacionales, reglamentación y vigilancia de la participación del capital extranjero, ins-

cripción obligatoria y sanciones a la corrupción de funcionarios del Estado en sus relaciones con las transnacionales.

III.—Prestar especial interés a los problemas de sus respectivas comunidades y en especial a los problemas agrarios; crear cátedras de Derecho Agrario y seminarios de investigación; propiciar la creación de la jurisdicción agraria; efectuar un intercambio sistemático de información sobre sus programas de estudio en Derecho Agrario y sobre investigaciones jurídicas agrarias; realizar reuniones y simposios internacionales sobre la materia.

ÍNDICE

Presentación	7
La responsabilidad del producto en el Derecho Mexicano, Lic. <i>Jorge Barrera Graf</i>	9
Las facultades de la Suprema Corte en materia electoral, Lic. <i>Juven- tino V. Castro</i>	19
El abuso de confianza, Lic. <i>Raúl F. Cárdenas</i>	29
La Cláusula Calvo en el Derecho Mexicano, Lic. <i>Roberto Núñez y Escalante</i>	67
Las vivencias de justicia de los derechos y deberes del individuo hu- mano, Lic. <i>Miguel Villoro Toranzo</i>	81
Consideraciones sobre el reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta, Lic. <i>F. Javier Gaxiola O.</i>	117
El Contrato de Seguro, Lic. <i>Luis Ruiz Quiroz</i>	127
El Fideicomiso en México, Lic. <i>José Luis de la Peza</i>	135
Método jurídico, ciencia y virtud, Lic. <i>Emiliano González Saravia</i>	145
Persona y Derecho, Lic. <i>Miguel Angel Hernández Romo</i>	153
Las conjuraciones. Una interpretación política de la Constitución, <i>Eli- sur Arteaga Nava</i>	167
Pre-Seminario y Seminario de Derecho, Lic. <i>Manuel López Medina</i>	201
Novedades legislativas, Lic. <i>Josette Serrato de García L.</i>	213
El pensamiento de don Pedro Lascuráin respecto al Derecho, Lic. <i>Ja- vier Fernández del Castillo</i>	223
La esencial relatividad del Derecho, Lic. <i>Joaquín Martínez Pérez Duque</i>	231
Breves reflexiones sobre la inconstitucionalidad de los llamados regla- mentos autónomos gubernativos y de policía, Lic. <i>Fauzi Hamdán Amad</i>	239
El procedimiento <i>ex interdicto</i> en el Derecho Romano Clásico, Lic. <i>Jorge Adame Goddard</i>	255
La reforma de los artículos 336 y 337 del Código Penal, Lic. <i>Felipe Gómez Mont y Urueta</i>	265
La nacionalidad como una base legal para la protección diplomática de las sociedades, Lic. <i>Carlos Bernal Vereá</i>	275
Antecedentes y comentarios a la Ley Orgánica de la administración pública federal, Lic. <i>José A. González Fernández</i>	337
La concurrencia de la federación y de las entidades federativas en materia impositiva, Lic. <i>Jorge Sáinz Alarcón</i>	393
Reseñas bibliográficas, Lic. <i>Manuel López Medina</i>	405