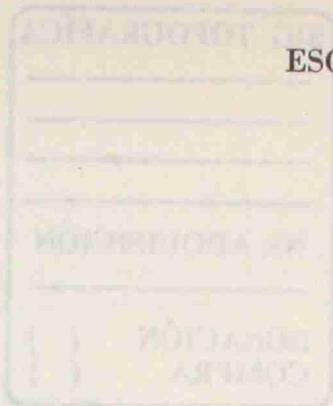


**REVISTA DE  
INVESTIGACIONES JURIDICAS**



**ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
AÑO 3                      NUMERO 3                      MEXICO 1979**

ESCUELA LIBRE DE DERECHO



REVISTA  
DE INVESTIGACIONES  
JURIDICAS

Año 3

Número 3

MEXICO 1979

SIG. TOPOGRÁFICA

---



---



---



---

No. ADQUISICIÓN

---

DONACIÓN ( )  
 COMPRA ( )

Escuela Libre de Derecho.

Junta Directiva:

- Lic. José Gómez Gordo
- Lic. José Luis de la Peza
- Lic. José Cándano
- Lic. Mauricio Oropeza

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
 BIBLIOTECA

Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Consejo Editorial:

*Directores:*

- Lic. Elisur Arteaga Nava
- Lic. Josette Serrato de García

*Vocales:*

- 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.

La investigación puede definirse como la búsqueda de una solución a un problema; concepto que aplicado al Derecho, consiste en encontrar respuestas a cuestiones que plantea el ejercicio diario de la profesión, la promulgación de nuevas disposiciones, o el deseo de profundizar el análisis y crítica de un tema.

Los artículos que contiene el tercer número de la revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas responden precisamente a la búsqueda que algunas personas, profesionistas del Derecho, han realizado sobre diversos tópicos, con el sincero deseo de aportar y enriquecer con sus esfuerzos esta ciencia de lo justo y de lo injusto.

Siendo la divulgación parte importante del continuo proceso de evolución de la ciencia, el Instituto de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho la ha señalado como uno de sus objetivos. En el presente compendio encontrarán los juristas valiosas aportaciones, por tanto esperamos que este número sea acogido con beneplácito por los estudiosos del derecho.

Abril de 1979

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

José Luis de la Peza,  
Rector Interino

DR. EMILIO PORTES GU

El 10 de febrero de 1979 se celebró en la Escuela Libre de Derecho un seminario de trabajo sobre el tema "El derecho y la justicia".

El seminario fue organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho y contó con la participación de los señores

Dr. Emilio Portes Gu, Dr. José Luis de la Peza, Dr. Juan José

Dr. José Luis de la Peza, Dr. Juan José

Dr. José Luis de la Peza, Dr. Juan José

Dr. Emilio Portes Gu

La Escuela Libre de Derecho agradece a los señores

Dr. Emilio Portes Gu, Dr. José Luis de la Peza

## DON EMILIO PORTES GIL

El 10 de diciembre de 1978 falleció don Emilio Portes Gil quien fuera presidente de la república durante el periodo que corre del 10. de diciembre de 1928 al 4 de febrero de 1930.

El licenciado Portes Gil fue uno de aquellos jóvenes estudiantes de la Escuela de Jurisprudencia que en 1912 procuraron la formación de la Escuela Libre de Derecho; en ella obtuvo su título de abogado en 1915 y, de una u otra forma, a ella estuvo ligado hasta su muerte.

A él debe la Escuela Libre de Derecho, en gran parte, el que a nivel de gobiernos de los estados se haya dado reconocimiento y validez oficial a los títulos que expedía. Como presidente, en unión de su secretario de educación pública don Ezequiel Padilla, también alumno fundador y egresado de la Escuela, expidió el decreto por virtud del cual se dio validez a nivel nacional a sus títulos.

Con posterioridad intervino, directa o indirectamente, en defensa de la Escuela Libre de Derecho en los diferentes conflictos que surgieron con motivo del reconocimiento oficial de sus estudios. En los años de paz y consolidación de la Escuela, la figura del licenciado Portes Gil la acompañó muy de cerca; intervino en la fundación de su asociación de ex-alumnos; todavía hace pocos años dio en su aula magna una conferencia.

La muerte del distinguido ex-alumno no podía pasar desapercibida para esta REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, órgano de difusión de la Escuela a cuya fundación, desarrollo y consolidación tanto contribuyó.

*Elisur Arteaga Nava*

*La Escuela Libre de Derecho agradece al señor licenciado don Gustavo R. Velasco y a los familiares del señor licenciado don Luis R. Lagos, las valiosas donaciones hechas a su biblioteca.*

*México, D. F., julio de 1979.*

## LA RELACION DE EMPLEO, EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO

GUSTAVO R. VELASCO

Los párrafos que siguen formaron una sección del estudio "Sobre la División del Derecho en Público y Privado", que la Revista Trimestrale di Diritto Pubblico que se edita en Roma, ha ofrecido publicar en uno de sus próximos fascículos. Como dicho trabajo sobrepasaba la extensión de un artículo en la Revista, sugerí que se suprimiera la sección a que me refiero, tanto más cuanto que su contenido no era esencial para la argumentación que se desarrolla. Lo anterior explica que las tres instituciones que se mencionan en el título no se examinen en sí mismas, sino únicamente en lo necesario para opinar si deben clasificarse dentro del derecho público o dentro del derecho privado, naturalmente que conforme al criterio que propongo a fin de distinguir las dos grandes ramas del derecho.

De propósito he querido analizar por delante los tres casos de la obligación tributaria, la obligación militar y la expropiación forzosa, debido a que casi unánimemente se reputan de derecho público, siendo así que las normas relativas a la primera son de derecho privado o derecho público según puntualicé, las referencias a la segunda son de derecho público o de derecho público y de derecho privado, y las que regulan la tercera, otra vez derecho privado. Resultado de lo anterior es que el derecho financiero no es puramente derecho público o, dicho con más exactitud, que entre las normas que engloba, también las hay de derecho privado; y por cuanto a la expropiación, a pesar de estudiarse en el derecho administrativo, que se clasifica como rama del derecho público, creo haber demostrado que las reglas correspondientes son de derecho privado.

Mas la verdad es que las conclusiones a que he llegado en los repetidos tres ejemplos, pueden extenderse a varias otras instituciones que forman parte del derecho administrativo y que, por ello, no se vacila en adscribir al derecho público. Obvio es que no podríamos pasar en revista todo el contenido de este derecho, pero a mi modo de ver será suficiente asomarnos a otros tres institutos administrativos para que quede probada la afirmación que hago al principio de este párrafo. Al efecto estudiaré brevemente, es decir, en la medida indispensable para el objeto que se

persigüe, la llamada relación de empleo, el contrato administrativo o de derecho público, y las concesiones de servicios públicos.

En cuanto al primero, es sabido que si bien algunos autores han encontrado que entre el gobierno y el empleado se celebra un contrato, la mayoría sostiene que en el caso estamos frente a un acto administrativo, bilateral para unos, unilateral para otros, siendo este último parecer el que predomina actualmente.<sup>1</sup> Por cuanto al derecho mexicano, desde la reforma constitucional de 31 de octubre de 1960, las bases de las leyes sobre el trabajo en general y de la ley o leyes que deben regir entre los Poderes de la Unión y el Distrito Federal, y sus trabajadores, son sustancialmente iguales. En efecto, tanto el Apartado B del artículo 123 de la Constitución como la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado de 27 de diciembre de 1963, reconocen a los empleados públicos "el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes", aunque con la limitación de que en cada dependencia habrá un sólo Sindicato (fracción X del Artículo 123 y Artículos 67 y 68 de la Ley); y el derecho de huelga, "cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este Artículo les consagra" (idem y Capítulo III, Título Cuarto de la Ley). Las principales diferencias se encuentran en la determinación o enumeración de los trabajadores de confianza (entre ellos los miembros de los servicios policiacos y de tránsito), los cuales están excluidos del régimen de la Ley, como también lo están los miembros del Ejército y Armada Nacionales, el personal militarizado o que se militarice legalmente; los miembros del Servicio Exterior Mexicano; el personal de vigilancia de los establecimientos penitenciarios, cárceles o galeras; y aquellos que presten sus servicios mediante contrato civil o estén sujetos a pago de honorarios (artículos 5o. y 8o.). También en la cuantía del salario, la cual no podrá ser disminuida durante la vigencia del Presupuesto de Egresos a que corresponda, lo que implícitamente autoriza la disminución para un Presupuesto posterior (artículo 34). No está claro en la Ley si la supresión de un empleo por el Presupuesto de Egresos o a virtud de la desaparición de la dependencia de que forme parte, es causa de cese sin responsabilidad, debido a que el artículo 46, fracción II únicamente menciona "la conclusión del término o de la obra determinante de la designación". Un grave defecto jurídico consiste en que "la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones... y los trabajadores de base a su servicio" (artículo 2o.), ya que dichos titulares son órganos y por lo tanto, no se obligan en lo personal.

En vista de la equiparación entre los trabajadores en general y los empleados públicos, podría pensarse que la relación de empleo o de

<sup>1</sup> En vez de enumerar autores que presentan cada uno de los tres puntos de vista, me referiré al artículo Impiego Pubblico, en el vol. VIII, págs. 264 a 278 del Novissimo Digesto, Italiano México, 1977, especialmente al número 4.

servicio se ha tornado en contractual en el Derecho Mexicano. Sin embargo, los artículos 3o. y 12o. hacen depender la calidad de trabajador y la prestación de los servicios de un "nombramiento expedido por el funcionario facultado para extenderlo" o del hecho de "figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales". Aunque el profesor Fraga opina que "el acto de nombramiento no es ni un acto unilateral porque no se puede imponer unilateralmente, ni un contrato porque él no origina situaciones jurídicas individuales", sino un acto-uni6n, yo me adhiero a la doctrina italiana, que en el caso encuentra dos actos unilaterales distintos que no pueden fundirse en uno solo, debiendo la aceptación del candidato considerarse como una condición de eficiencia del acto administrativo del nombramiento.<sup>2</sup>

Pero lleguemos al aspecto que nos concierne en este estudio: ¿las normas que se aplican a virtud del nombramiento o del acto-uni6n y que constituyen el régimen de los empleados de base, son de derecho público o de derecho privado? De primera intención parece que debemos contestar que de este último derecho, siempre dentro del criterio distintivo expuesto y defendido en este trabajo, porque el incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas de referencia, ya sea por la administración o por el empleado público, únicamente da lugar a la ejecución forzosa (artículos 150 y 151 de la Ley), en forma semejante a lo que ocurre dentro de la Ley Federal del Trabajo. Sin embargo, en el Código Penal Federal, aplicable a delitos federales y a delitos del orden común en el Distrito Federal, encontramos los delitos de ejercicio indebido y de abandono de funciones públicas (artículo 212), que cometen los que ejercen las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima o sin llenar todos los requisitos legales; los que continúen ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido legalmente; y los que sin haberseles admitido la renuncia de una comisión, empleo o cargo, o antes de que se presente la persona que haya de reemplazarlos, lo abandonen sin causa justificada.<sup>3</sup> Notoriamente, en los supuestos de estos ilícitos, las sanciones procedentes no funcionan en beneficio del gobierno como patrón o empleador, sino en interés general. De lo cual debemos concluir que las normas relativas son de derecho público, como también lo son las que tienen por objeto hacer que se presten los servicios públicos obligatorios,

<sup>2</sup> Derecho Administrativo México, 1977, número 98; Serra Rojas, Derecho Administrativo, México, 1977, tomo primero, págs. 371 a 374; artículo Impiego Pubblico citado en la nota anterior, artículo con el mismo nombre de Giannini, en Enciclopedia del Diritto, tomo XX, número 3, y artículo Teoria Generale del Contratto di Diritto Pubblico, en el tomo IX, pág. 983.

<sup>3</sup> Estos delitos se repiten en las fracciones I a VI del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

que en México se limitan a los servicios de las armas y de jurados, los cargos concejiles, los de elección popular, las funciones electorales y censales, y los servicios profesionales de índole social.<sup>4</sup>

Tampoco por lo que se refiere al contrato administrativo o de derecho público ha existido una solución pacífica. En un tiempo se sostuvo con diversas razones que la figura del contrato era inadmisibile en el derecho administrativo.<sup>5</sup> Hoy, en cambio, ha encontrado acogida, con soluciones parecidas en los distintos países pero con diferencias que sería muy interesante subrayar en un estudio completo. En México no ha llegado a elaborarse el concepto del contrato administrativo y los que celebra la administración se rigen por el derecho civil o el mercantil, aunque con modalidades y con sujeción o reglas especiales que no es el caso de detallar.<sup>6</sup> Los autores españoles contemporáneos aceptan la posibilidad de actos contractuales de la administración, a los que caracterizan por referirse a un servicio público, en el sentido más amplio de la palabra, y por contener cláusulas exorbitantes del derecho común.<sup>7</sup> En Italia el problema se ha analizado con hondura y perspicacia por la doctrina, la cual había llegado a conclusiones que la jurisprudencia ha hecho suyas.<sup>8</sup> Sin embargo, posteriormente se ha vuelto a negar la posibilidad de un contrato de derecho público, por Virga y otros autores, con razones diversas de las que se esgrimían interiormente.<sup>9</sup> Pero ha sido probablemente en Francia en donde se ha meditado sobre el particular en forma más completa, a la vez que con gran sentido de la realidad. Más que del legislador, el derecho de los contratos administrativos es creación de la jurisprudencia, en tanto que la doctrina ha recogido y sistematizado sus

<sup>4</sup> Artículo 5o. de la Constitución.

<sup>5</sup> Pueden verse enumerados en el artículo *Contratto de Diritto Pubblico* de Gallo, en el *Novissimo Digesto*, volumen IV, número 2.

<sup>6</sup> Fraga, obra citada, núms. 324, 327 y 330; Serra Rojas, obra citada, tomo segundo, págs. 434 a 457; Velasco, *Derecho Administrativo*, apuntes de clase, México, 1932, págs. 427 a 436.

<sup>7</sup> Aunque con diferencia entre ellos, en este sentido, Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, volumen II, págs. 40 a 43; García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1974, tomo I, págs. 504-505; Alvarez Gendín, *Tratado General del Derecho Administrativo*, Barcelona, 1958, págs. 380 a 382. Ya Fernández de Velasco, en su obra *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927, y Alvarez Gendín, *Los Contratos Públicos*, Madrid, 1934, habían puesto de relieve el fin y la situación privilegiada de la administración como característica de estos contratos.

<sup>8</sup> Para un resumen de la situación actual, el ilustrativo artículo citado en la nota 2. Pero sería injusto no mencionar las monografías de Gallo, *I Rapporti Contrattuali nel Diritto Amministrativo*, Padua, 1936, y Cammeo, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Florencia, 1937, así como las referencias posteriores a esta cuestión en Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Milán, 1950, págs. 350-353, y Sandulli, *Manuale* págs. 199-201.

<sup>9</sup> Artículo *Teoría General del Contratto di Diritto Pubblico*, en *Enciclopedia del Diritto*, IX, especialmente las págs. 981 a 985.

conclusiones.<sup>10</sup> Por lo que se refiere a los criterios que ha establecido a fin de definir los contratos administrativos, estos son, además de que una de las partes cuando menos sea una persona pública, que el contrato sea relativo a la organización o al funcionamiento de un servicio público y que contenga una o varias cláusulas exorbitantes del derecho común.<sup>11</sup>

Antes de preguntarnos si los llamados contratos administrativos son de derecho privado o de derecho público como también hemos visto que se les llama, inquiramos en qué consisten las cláusulas peculiares que contribuyen a caracterizarlo. Más aquí, encontramos una notoria vaguedad, no solamente en la doctrina española, sino en la italiana, en que Giannini llega a afirmar que en el estado del derecho positivo, no es posible una teoría general del contrato administrativo.<sup>12</sup> La francesa es algo más clara al señalar como cláusulas exorbitantes las que se fundan en prerrogativas tales como el procedimiento de decisión de oficio en relación con la ejecución del contrato; el derecho de imponer medidas unilaterales al cocontratante, como sanciones en el caso de incumplimiento; así como la rescisión, el retiro o el rescate del contrato; el derecho de intervenir unilateralmente en sus asuntos propios; y las estipulaciones referentes a control, dirección y vigilancia, en las que se admite que es menos segura la noción de la cláusula exorbitante y que no siempre están presentes. La cláusula exorbitante no es la imposible o ilícita en los contratos civiles, sino simplemente la inhabitual en ellos. Pero después de advertirnos que la repetida cláusula no se limita a las que ponen en acción prerrogativas de potestad pública, lo cierto que no se llega a proporcionar criterios precisos sino que se habla de que las cláusulas lleven "la marca administrativa", sean específicas del derecho público, etc.<sup>13</sup>

Es obvio que la investigación que antecede no nos ha proporcionado nuevos elementos de importancia. Por eso, repito, el planteamiento de los casos que hemos examinado con anterioridad: en caso de inejecución, ¿la sanción corresponde, aprovecha, a un sujeto determinado o es de carácter y para bien generales? Como la respuesta es innegablemente en el primer sentido, la conclusión que se impone es que en el estado actual del derecho los contratos administrativos se encuadran dentro del derecho privado, por lo que es de rechazarse la denominación que se presenta como sinónima, de contratos de derecho público por inexacta y tendenciosa.

En la concesión para servicio público se reproduce en buena parte lo

<sup>10</sup> Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, París, 1926, págs. 297 a 325, y *Cours de Droit Public, Théorie Générale des Contrats de l'Administration*, París, 1932; Péquignot, *Théorie Générale du Contrat Administratif*, París, 1945, y Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, 1956.

<sup>11</sup> Laubadère, obra citada, tomo I, números 33 a 35.

<sup>12</sup> Lezioni, pág. 352 y *Diritto Amministrativo*, Milán, 1970, tomo I, especialmente 740-742.

<sup>13</sup> Laubadère, obra citada, tomo primero, números 67 a 77.

acontecido con los contratos administrativos. Como en estos, inicialmente prevaleció la tesis contractualista. Con posteridad, se debe sobre todo a Duguit, Jèze, Hauriou y Bonnard, que, sin abandonar por completo esa explicación, se haya puesto de relieve que ella no basta porque más allá de una situación jurídica individual encontramos otra legal y reglamentaria, susceptible de modificarse por la administración-concedente en el momento en que las necesidades del servicio público lo requieran.<sup>14</sup> Es esta concepción la que impera en la actualidad, aunque debe advertirse que únicamente en la doctrina jurídica, porque en los hechos y como consecuencia de las nacionalizaciones y del intervencionismo económico, el régimen de concesión de los servicios públicos se ha visto sustituido por la gestión por el Gobierno a través de organismos que revisten una variedad de formas de organización, pues se prestan por dependencias directas de la administración, por organismos descentralizados o establecimientos públicos, o por empresas en formas de derecho privado, aunque con modalidades especiales, en unas de las cuales el capital pertenece totalmente al Gobierno, en tanto que en otras llamadas en algunas partes, en economía mixta.<sup>15</sup> En Italia la doctrina ha hecho hincapié en que la concesión de servicio público es una especie del género concesión, que comprendería, además, de la concesión para utilizar bienes públicos, varios otros actos, entre lo que Vitta, resumido por Casetta en el *Novissimo Digesto Italiano*, cita los que confieren en status como la naturalización, los que atribuyen un derecho subjetivo singular, por ejemplo para desarrollar una actividad en un campo limitado a cierto número como el notariado, las concesiones de uso de bienes sustraídos a la propiedad privada, y la atribución de una función pública.<sup>16</sup> Por cuanto a la naturaleza jurídica de las concesiones sobre bienes del dominio público y de servicio público, la doctrina más reciente encuentra dos actos, "uno unilateral de la administración pública y un convenio entre esta y un particular", negocio que "aún poseyendo autonomía de estructura, cumple una función instrumental, porque sirve para actuar la determinación unilateral de la administración pública", en que "determina que es con-

<sup>14</sup> Fraga, obra citada, núms. 201, 202 y 203; Serra Rojas, obra citada, tomo segundo, págs. 233 a 234 y 237 a 240; Velasco, obra citada, *La Concesión de Servicio Público*, número 3; García Oviedo, obra citada, tomo I, Título Primero, Capítulo IV, número 50.

<sup>15</sup> Aunque el Tratado contemporáneo de Laubadère se ocupa de la concesión para obras públicas en el tomo II, números 530 a 535, y de la concesión de servicio público en el tomo I, números 1021 a 1054, es significativo que mucha mayor extensión e importancia revista la exposición del Sector Económico. Las Actividades Públicas Industriales y Comerciales, que constituye el libro VII del tomo II y abarca los números 904 a 1015. Todavía más: en la tercera edición del *Traité* que aún no conozco, el tomo 4 está íntegramente consagrado a *L'Administration de l'Economie*, según el aviso circulado por la *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*.

<sup>16</sup> Voz *Concessioni* (*Diritto Amministrativo*) en el volumen III, número 2.

forme al servicio público que funcione una concesión y provee lo necesario" al efecto.<sup>17</sup>

En España, difiriendo de García Oviedo ya citado, los escritores contemporáneos, hacen hincapié en el carácter de contrato de la concesión, si bien reconocen que en ella concurren dos situaciones jurídicas, como la reglamentaria y la contractual.<sup>18</sup> Y en México, con el que terminaremos este recorrido, como se desprende de la nota 14, hemos seguido la solución del acto mixto, no solamente debido a la gran influencia que ejerció la escuela realista francesa entre nosotros, especialmente en los años de 1925 a 1940, sino porque encuentra base en nuestra legislación positiva. Me refiero a la Ley de la Industria Eléctrica de 31 de diciembre de 1938, que regulaba las concesiones de servicio público de energía eléctrica, y a la Ley sobre Vías Generales de Comunicación de 30 de marzo de 1939, que se ocupa de las concesiones para ferrocarriles, tranvías, caminos, puentes, astilleros, diques y varaderos, servicios aéreos, teléfonos y radiodifusoras comerciales. Los servicios de correos, telégrafos y radiotelegrafía constituyen monopolios del Gobierno Federal (únicamente la correspondencia de primera clase según el artículo 443 en relación con el 423, fracciones I y II de la Ley de Vías Generales de Comunicación) y están en manos de dependencias de la administración centralizada. Pero el régimen de concesión ha perdido importancia en la práctica como consecuencia de la nacionalización de las principales actividades económicas, mediante su expropiación o compra. Con raras excepciones los servicios públicos se prestan por la llamada administración paraestatal, que comprende tanto organismos públicos descentralizados como las empresas de participación estatal mayoritaria y minoritaria, y las sociedades y asociaciones civiles en que la mayoría de los asociados sean el Gobierno Federal, el Gobierno del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal o fideicomisos en los casos que se especifican.<sup>19</sup>

En caso de falta de cumplimiento por el concesionario de las obligaciones que contrae, los dos ordenamientos legales que he citado estatuyen la caducidad de las concesiones (la palabra caducidad se emplea en varias leyes administrativas mexicanas como sinónimo de revocación y no con el sentido de pérdida de un derecho por no ejercitar determinados actos

<sup>17</sup> Silvestri, artículo *Concessione Amministrativa*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, número 6.

<sup>18</sup> En este sentido Alvarez Gendín, tomo I, págs. 508 a 512; Garrido Falla, tomo II, págs. 327 a 329.

<sup>19</sup> Artículo 28 de la Constitución, y artículos 30., 45, 46, 47, 48 y 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 24 de diciembre de 1976. Es inexplicable que esta flamante ley considere a los fideicomisos como "entidades", ya que con arreglo al derecho mexicano, concretamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dicho acto no da lugar a la creación de una persona jurídica.

dentro de un término). Concretamente la caducidad tiene lugar en los casos especificados en los artículos 43 de la Ley de la Industria Eléctrica y 29 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, previo el procedimiento y con las consecuencias que prescriben dichos cuerpos legales. El primero de ellos establece, además, sanciones pecuniarias para varios de los actos u omisiones que pueden motivar la caducidad.

Expuesto lo anterior, ¿las concesiones para servicios públicos deben clasificarse dentro del derecho privado o dentro del público? Como he manifestado con anterioridad, el que una ley o una institución se encasille en uno u otro derecho depende de las normas jurídicas que la integran. Son estas normas y no las leyes o las instituciones completas, en conjunto, las que pueden calificarse de públicas o de privadas. En el caso últimamente mencionado de las disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica que establecen la pena de multa, se trata de normas de derecho público. Por cuanto a la sanción consistente en la caducidad, la respuesta exigirá que nos retrotraigamos al derecho común a fin de situar dicho acto en el terreno firme de la teoría general.

Como bien se sabe, en el derecho civil el incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, origina las consecuencias que Dalmartello llama menor y mayor<sup>20</sup> y que Trabucchi menciona entre las varias formas de impedimento a la eficacia de un negocio jurídico, junto a la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia relativa y la rescindibilidad.<sup>21</sup> Más claramente, "cuando el sujeto que no ha cumplido y que no está listo para hacerlo, reclama la prestación de la contraparte, esta última... puede asumir una actitud pasiva, defendiéndose con la excepción de incumplimiento (exceptio inadimpleti contractus, o, en el caso de cumplimiento parcial o tardío, exceptio non rite adimpleti contractus)",<sup>22</sup> o bien pasar al ataque y sobre la base de que "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe", escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, "en el concepto de que "podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el incumplimiento, cuando este resultare imposible".<sup>23</sup> Parecería entonces que si la concesión es un contrato o si, aún no siéndolo, es un acto mixto que produce obligaciones y derechos correspectivos, tanto para el concedente como para el concesionario, parecería, repito, que podrá resolverse, o por aplicación directa del precepto citado o por extensión, toda vez que el Código Civil previene que "las disposiciones le-

<sup>20</sup> Dalmartello, artículo Risoluzione del Contrato, Novissimo Digesto, tomo XVI, núm. 1.

<sup>21</sup> Instituzioni di Diritto Civile, Padua, 1971, número 294.

<sup>22</sup> Trabucchi, número 295.

<sup>23</sup> Artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal.

gales sobre contrato serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".<sup>24</sup> Pero aquí precisamente encontramos uno de los casos de exclusión que el ordenamiento civil ha tenido el acierto de prever en forma general. En la concesión el concesionario no goza de la facultad de suspender el servicio, o más en general, de no cumplir sus obligaciones, a pesar de que la otra parte esté en falta o en mora. Dicho en otras palabras, la excepción nec adimpleti contractus no funciona en favor de dicha parte. A mi juicio, podrá promover la resolución de la concesión en aplicación de los principios generales, pero con la importante salvedad de que mientras se pronuncia deberá continuar prestando el servicio.<sup>25</sup> En contraste, el concedente puede declarar la caducidad de la concesión, incluso por sí mismo y sin necesidad de acudir a la autoridad judicial en el derecho mexicano.<sup>26</sup> La razón fundamental de esta diferencia se encuentra en el principio de la continuidad del servicio, esto es, en la necesidad de que no se interrumpa ni deje de prestarse en ningún momento.<sup>27</sup>

Antes de volver a la pregunta que formulé, de la naturaleza pública o privada de la concesión y con el objeto de ampliar los términos en que se plantea, me parece la utilidad mencionar que en Francia, país donde ya señalé que más se ha elaborado un derecho especial a los contratos administrativos, y entre ellos, a la concesión de servicio público, además de las sanciones resolutorias y penales, la administración puede aplicar otras, que Laubadère llama pecuniarias, consistentes en daños y perjuicios, y coercitivas, como el secuestro del contrato o concesión y la ejecución directa por el concedente.<sup>28</sup> Pues bien, a excepción de las disposiciones penales, de índole pública debido a que obran para bien general, las normas relativas a las otras sanciones deben reputarse privadas porque tienden a la realización de los derechos del concedente y, por tanto, funcionan en su provecho.<sup>29</sup>

La resolución de la concesión, llamada rescisión en Francia (o más exactamente, resiliación, con palabra que no poseemos en castellano), la

<sup>24</sup> Artículo 1859.

<sup>25</sup> Vitta, artículo citado del Novissimo Digesto, número 3, al final; Laubadère, Traité... des Contrats Administratifs, tomo II, números 562-650 bis, especialmente este último número tomo III, números 1015-1036.

<sup>26</sup> Artículos 43 de la Ley de la Industria Eléctrica y 34 de la Ley de Vías Generales de Comunicación. En cambio, el incumplimiento en los casos señalados como causas de caducidad en el artículo 29, da lugar a la rescisión judicial de la concesión según el artículo 37 de la misma.

<sup>27</sup> En este sentido Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, tomo II, número 522; Bondeau, La Concession de Service Public, Paris, 1933, págs. 255 a 258.

<sup>28</sup> Contratos Administrativos, Libro Cuarto, Título II.

<sup>29</sup> Laubadère, lugar citado, números 1051 a 1055.

cual tiene lugar a petición del concesionario o por faltas de este que no justifican la caducidad, así como esta especie de revocación motivada por faltas graves del mismo y que tanto Laubadère como Giannini califican expresamente de resolución,<sup>30</sup> merece una mayor consideración. En efecto, ella presenta semejanzas con los otros impedimentos a la eficacia de los negocios jurídicos como la nulidad y la anulabilidad e incluso se ha clasificado dentro de una clase de derechos llamados de agresión o impugnación, que se caracterizan por su efecto extintivo de las obligaciones producto de tales negocios.<sup>31</sup>

Ante la semejanza con las otras formas de impugnación, yo me he propuesto la cuestión de si la resolución (así como la caducidad o revocación por incumplimiento) constituye una sanción o no la constituye como ocurre con la nulidad,<sup>32</sup> cuestión que, por cierto, no he encontrado que traten los autores. A mi modo de ver, existen razones decisivas para concluir que la resolución es una verdadera sanción y, por consiguiente que forma parte de una norma de conducta o comportamiento y no de una norma creadora de derecho, como es el caso de la nulidad. La principal consiste en que la resolución presupone un ilícito esto es, una infracción de una norma primaria (en mi terminología, secundaria en la de Kelsen), a diferencia de la nulidad que representa una ilegalidad, como transgresión que es a la norma superior sobre creación de una norma inferior de derecho, en el sentido de nueva o posterior a la que rige su creación. En seguida, el derecho de resolver las obligaciones se equipara al de exigir su cumplimiento, en cuanto que ya vimos que el contratante que ha cumplido tiene una opción o alternativa ante sí, cuyos términos deben poseer la misma naturaleza. Y como la facultad de exigir el cumplimiento constituye una sanción, la de demandar la resolución tiene que revestir el mismo carácter, tanto más cuanto que en uno y otro caso se goza del derecho de percibir daños y perjuicios.

Por si el lector se pregunta si me he ido por los Cerros de Ubeda, aclararé desde luego que no, que lo anterior no es más que el antecedente necesario para plantearme otra interrogación, a saber: dentro de la teoría desarrollada en este trabajo las normas conducentes a hacer efectivas las obligaciones, más específicamente, las sanciones que funcionan en beneficio del individuo protegido por la norma, son de derecho privado; ¿lo son igualmente las disposiciones que en vez de dicho cumplimiento, permiten la resolución del negocio jurídico y determinan, consiguientemente, la extinción de las obligaciones de la parte cumplida o inocente? Otra vez me parece que la contestación debe ser firmemente afirmativa. Al igual del cumplimiento de la dación o prestación omitidas, la desapa-

<sup>30</sup> Laubadère, lugar citado, y Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 747.

<sup>31</sup> Mosco, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento*, Nápoles, 1950, Capítulo I; Von Tuhr, *Derecho Civil, Parte General*, México, 1945 págs. 35 y 109-110.

<sup>32</sup> Ver antes, página.

rición de la situación o relación que existía puede proporcionar o representar una ventaja. Incluso según los casos, puede significar un mayor bien para el otro sujeto de la relación. La esposa con quien no vive su cónyuge o que no recibe alimentos puede tener interés en recibir estos o en reanudar la vida en común, pero es posible que le convenga más el divorcio, la disolución del vínculo matrimonial, por ejemplo porque se haya convencido de que el esposo es incorregible o por el mal ejemplo que esté dando a los hijos. Por estas razones insisto en que la resolución de los contratos debe considerarse sin lugar a dudas como una sanción, tanto en los casos en que haga pareja con la otra posibilidad o sea con el cumplimiento, o en los casos en que constituye la única solución, por ejemplo, en los de faltas graves de un concesionario, en que la ley prescriba la caducidad como sanción obligada o única.

En lo anterior he hablado de la revocación de la concesión del servicio público, que hemos visto que tanto en las leyes como en la doctrina lleva el nombre de caducidad. Sin embargo, la revocación es figura de carácter general y por ello aplicable en principio a toda suerte de actos administrativos.<sup>33</sup> Naturalmente que cuando un acto se limita a establecer obligaciones, como las órdenes (de hacer o de dar) o las prohibiciones (de no hacer), el retiro del acto no guarda semejanza con el cumplimiento de la obligación, sino por el contrario se parece a la liberación o remisión. Pero cuando el acto entraña una ventaja, como es el caso de otras concesiones, v. gr., la naturalización, de las autorizaciones, admisiones y dispensas, la revocación priva al interesado del status, derecho, facultad o exención de que gozaba. La administración puede exigir el cumplimiento de las obligaciones impuestas por un acto, tanto tratándose de órdenes, en que el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos prevé que si el propietario de un edificio no ejecuta las obras que se le indican, la administración podrá realizarlas y cobrarle su importe mediante la facultad económica-coactiva, como en el caso de autorizaciones, por ejemplo tratándose de instituciones de crédito, en que la ley mexicana faculta a la Comisión Nacional Bancaria para exigir que se regularicen

<sup>33</sup> Fraga, obra citada, números 256 a 258; Velasco, obra citada, págs. 340 a 348; Laubadère, obra citada, tomo I, núms., 509 y 510. Con la renuencia que puede suponerse pero también con la sinceridad que es requisito primordial de todo escrito científico no encuentro que en este tema haya mostrado la doctrina italiana las cualidades de claridad y seguridad que, juntas con otras, la han llevado al encumbrado lugar que ocupa, en mi opinión el primero, con la salvedad de que no puedo opinar sobre la doctrina alemana porque no conozco este idioma. Ver Sandulli, obra citada, número 147; Zanobini, obra citada, vol. I, cap. VI, números 4, 5 y 6; Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. II, números 316 y 317; Resta *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, 1942; Alessi, *La Revocabilità dell Atto Amministrativo*, Milán, 1936; y artículo en *Novissimo Digesto*, vol. XV. Por ello resultan de máximo interés las observaciones y opiniones de Giannini en los números 316 y 317 de su *Diritto Amministrativo*, que considero que corroboran mi crítica del principio de esta nota.

las operaciones que no estén permitidas o que se ajusten a los límites legales las que excedan de ellos, para lo cual incluso puede nombrar un interventor.<sup>34</sup> Pero tanto en el caso de irregularidades reiteradas como en otros enumerados en la Ley, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público está facultada para declarar la caducidad de la autorización.<sup>35</sup>

Refiriéndome a la concesión de servicio público sostuve que la resolución o caducidad de la misma, equivale a la acción de cumplimiento de una obligación como sanción alternativa de la inobservancia de esta por el obligado, cuando la otra parte encuentre que es más conveniente para sus intereses y opte por poner fin al negocio que le dio origen. Agregué que, como consecuencia, las normas referentes a la repetida resolución y, por tanto, a la revocación, han de considerarse como de derecho privado porque obran o redundan en beneficio del sujeto protegido por dichas normas. Ahora cabe que nos preguntemos, ¿la conclusión enunciada es aplicable a la revocación de los actos administrativos que atribuyen una ventaja cuando el beneficiado incumpla obligaciones especificadas por las leyes, por consiguiente a la revocación de una concesión de nacionalidad, a la caducidad de una autorización bancaria, a la revocación del permiso para ingresar a México de un extranjero, pongamos por caso porque un turista ha desarrollado actividades remuneradas o lucrativas en contra de la prohibición legal, a la cancelación del registro de títulos profesionales en los casos que especifica el artículo 448 del Código Sanitario, o finalmente, de revocación de la autorización para establecer escuelas primarias, secundarias o normales, prevista por el artículo 36 de la Ley Federal de Educación para el caso de que se falte al cumplimiento de las obligaciones que establece el 35?

La respuesta afirmativa no solamente aparecerá como novedosa, sino que sorprendente y tal vez hasta escandalosa, porque va en contra de las soluciones aceptadas y de hábitos mentales en que participamos sin reflexionar. Pero el pensamiento hay que seguirlo hasta donde nos lleve, no ciertamente en forma ciega y porque creamos que es infalible, sino precisamente a fin de ponerlo a prueba al contrastarlo con la realidad y al oponerle casos dudosos o que aparentemente lo contradigan. Por de contado que la conclusión a que todo indica que debemos llegar, nos obligará a repensar muchos aspectos y a abandonar posiciones que

<sup>34</sup> Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 3 de mayo de 1941, artículo 170 y 171.

<sup>35</sup> Artículo 100 que habla de revocación o caducidad. La Ley vigente erróneamente llama concesión a la autorización, con tanta menos justificación cuanto que una reforma anterior, de 11 de febrero de 1949, reconoció explícitamente que el término correcto era el de autorización. Al respecto ver Velasco, *Sobre la Naturaleza Jurídica de la Concesión Bancaia*, Revista de la Facultad de Derecho de México, abril-junio 1969, págs. 303-314; Salinas Martínez, *La concesión, la autorización y las instituciones de crédito*, El Foro, enero-marzo 1968, págs. 47-69.

teníamos por seguras y definitivas. En concreto vemos que en el acto administrativo, en ese centro cardinal del derecho administrativo, que hemos considerado axiomáticamente como de derecho público, no solamente se reúnen y funcionan normas de derecho público, como las penales que sancionan el quebrantamiento de una orden o el ejercer una actividad sin la autorización respectiva cuando la ley exige esta, sino también normas de derecho privado como las que permiten exigir el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, y las que facultan para revocar el acto que originó esa obligación, especialmente cuando esta fue condición para emitirlo o lo es para su subsistencia, y hasta, finalmente, normas que no son de derecho público ni de derecho privado, como las concernientes a la nulidad, anulabilidad o ineficacia, las cuales deben reputarse consecuencia y complemento de normas creadoras de derecho y, por ello, no normas de conducta, que son las únicas que dan lugar a la existencia y aplicación de una sanción.

## FIANZA DE EMPRESA

### OBJETO DE LA PRESCRIPCION: LA ACCION O LA OBLIGACION

LUIS RUIZ RUEDA

### ADVERTENCIA

Este artículo fue escrito en julio de 1967, cinco meses antes de la muerte de su autor, por lo que el texto del artículo 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es el que estaba en vigor en aquella época y que establecía un plazo de prescripción de dos años para las acciones derivadas del contrato de fianza de empresa, en lugar del de tres años establecido actualmente; pero por haber conservado el precepto la misma terminología y casi idéntica redacción, siguen teniendo validez los argumentos del licenciado Luis Ruiz Rueda contenidos en el trabajo inédito, que ahora publicamos y que, como advertirán los lectores, fue originalmente un alegato para un tribunal que debía resolver una controversia concreta, aunque, para publicarlo, se han suprimido los nombres de las autoridades fiscales demandadas.

1. Algunas autoridades fiscales, con una artificiosa argumentación basada en una arcaica terminología usada por el legislador mercantil, tanto en el Código de Comercio (en lo sucesivo C. de C.) como en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (en lo sucesivo L.F.I.F.) pretenden destruir la norma que establece solamente un término de prescripción, el de dos años, para los derechos nacidos del contrato de fianza de empresa y una causa especial de interrupción de la prescripción de uno solo de esos derechos. Niegan la existencia misma de todo precepto de prescripción de la *obligación* del fiador, para lo cual hacen surgir en México, una vieja controversia que hace tiempo concluyó en Europa, acerca de si la prescripción *destruía la acción solamente y no el derecho subjetivo*, protegido por ella.

2. El argumento toral de su tesis es que tanto el artículo 120 de la L. F. I. F. cuanto el 1040 del C. de C. de 1889 vigente desde 1890, aunque con múltiples mutilaciones, reformas, adiciones y parches bien o mal pagados; no son aplicables a los casos que se ventilan en controversias planteadas ante el Tribunal Fiscal de la Federación, y que en su gran mayoría

han sido resueltas contra el criterio que ahora sustentan algunas autoridades fiscales.

3. La inaplicabilidad de los dos textos legales, citados, es apoyada en la terminología de los mismos, que se refieren a la *prescripción de las acciones* y no a la de los *derechos subjetivos* a que tales acciones atañen, fundándose en que la *acción* es un derecho público y el *derecho subjetivo* (que implícitamente se clasifica como privado) muchas veces carece de acción; argumentación incompleta, imprecisa y que además de prestarse a provocar confusiones, no se refiere al moderno concepto de acción, en que se carga el acento con citas doctrinarias de derecho procesal, cuya *inaplicabilidad* al concepto mismo de *prescripción extintiva* hace mucho tiempo ha sido analizada, discutida y sostenida, tanto por la doctrina dominante, cuanto por la jurisprudencia de todos los países, incluyendo el nuestro, donde ni siquiera se ha mencionado, pero que se presupone indiscutiblemente en todas las resoluciones que han dirimido jurisdiccionalmente (cualquiera que sea su sentido) los conflictos sometidos a los tribunales, independientemente de que sean administrativos o judiciales.

4. Como lo que se discute no es propiamente un problema procesal, sino uno de derecho sustantivo, como es la prescripción a que se refieren tanto la L.F.I.F. cuanto el C. de C. es conveniente examinar primero la noción, el concepto mismo de prescripción y después entrar al análisis de las citas de doctrina procesal y ver si son aplicables al caso, así como otras argumentaciones que, aunque presentadas como secundarias, no se pueden dejar pasar inadvertidas como la de que la obligación accesoria de las compañías de fianzas, nacidas de sus contratos de garantía personal de obligaciones principales a favor de la administración pública federal o local, constituyen créditos fiscales que prescriben en cinco años y por tanto, cuando no se ha consumado ese plazo, subsiste la *responsabilidad* de las afianzadoras y el derecho del Fisco para hacerla efectiva.

5. *Dónde buscar el concepto de la prescripción extintiva.* No puede desaparecer éste de la L.F.I.F. ni del C. de C., ordenamientos en los cuales no hay reglamentación completa de este medio de extinción de los derechos, sino solamente se establecen diversos plazos específicos por cuyo transcurso debe operar la prescripción y producir sus efectos. En consecuencia, es ineludible acudir a la aplicación supletoria del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (en lo sucesivo C.C.D.E.) como lo previenen el artículo 2o. del Código mercantil y el 1o. del C.C.D.F., por tratarse de materia federal, como es la comercial, según el artículo 73, fracción X de la Constitución y como lo subraya el legislador en el mismo nombre de la ley que rige a las compañías afianzadoras y a sus operaciones, a la que califica de federal.

6. *Definición y concepto de la prescripción extinta en el C.C.D.F.* El artículo 1135 de este ordenamiento, dice así:

"Prescripción es un medio de adquirir bienes o de liberarse de obliga-

ciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley".

Complemento de éste, es el artículo que sigue:

"Art. 1136. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa."

De estos preceptos legales se desprende ya que la *prescripción negativa*, liberatoria o extintiva, es una causa de extinción de las obligaciones (entendidas éstas en el sentido de la definición justiniana: "*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei. . .*") cuya naturaleza patrimonial es puesta de relieve por el legislador en el Código Civil que se viene citando, en cuyo artículo 754 la comprende entre los bienes muebles, como se ve a continuación.

"Art 754. Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal."

Relacionando entre sí el contenido de estos tres artículos, se puede decir que según nuestra ley sustantiva, la *prescripción es un medio de extinción de las obligaciones*, consideradas éstas sea en su aspecto pasivo (deudas) sea en su aspecto activo (*derechos de crédito*) y también las *acciones* que protegen esos derechos, cuando tienen por objeto cantidades exigibles en virtud de acción personal (caso en que son bienes muebles). Pero hay que indicar que el legislador empleó notoriamente en este caso la palabra acción, no con su sentido actual que tiene en derecho procesal, sino con su sentido arcaico, que según Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil* (traducción del licenciado Felipe de J. Tena (México, 1939, página 158 es el siguiente:

"1. Concepto tradicional de la acción.

"La teoría tradicional consideraba la acción no como un derecho independiente, sino como el mismo derecho material.

"La acción —se decía— es un momento del derecho material: es, por lo tanto, un derecho dirigido en contra del adversario, no contra el Estado."

El empleo por nuestro legislador de 1928 de la voz *acción*, con su sentido tradicional, se pone de manifiesto por la misma redacción del artículo 754 que se refiere a "*los derechos o acciones*", lo cual da a entender que el legislador entendía que cualquiera de las dos palabras tenía igual significado. Por otra parte, este artículo 754 del C.C.D.F. vigente, es una reproducción literal del 688 del Código Civil de 1884, cuando todavía en México no se conocía siquiera la doctrina que informa el derecho procesal vigente.

En consecuencia, cuando el legislador en el artículo 74 empleó la palabra *acción*, en realidad estaba refiriéndose a algo que se confundía con el mismo derecho material, según la expresión de Rocco.

7. *Redacción arcaica e impropia.* Nuestro Código y nuestra L.F.I.F., ambos ordenamientos que rigen materia federal, como es la mercantil, en sus artículos 1040 (del primero) y 120 (de la segunda) se refieren a la prescripción (negativa) de las *acciones* y no a la de los *derechos*, siguiendo la tradición secular antes señalada, que se remonta al derecho romano antiguo y que en Europa dio lugar a una vieja controversia superada ya por la doctrina, por la jurisprudencia y finalmente por la legislación misma, que ha desterrado la terminología arcaica, por impropia e inadecuada, para establecer sin lugar a dudas ni a argumentaciones sofisticadas, contrarias al mismo sentido natural de la ley, que la prescripción *determina siempre la extinción de un derecho ya que en definitiva, influye sobre el derecho y no sobre la acción*; problema éste muy debatido durante el régimen del Código Civil italiano de 1865, pero que ha sido resuelto en Italia por el nuevo de 1922 al acoger con la clara redacción de su artículo 2934, la opinión ya dominante desde la vigencia del que abrogó.

Este, en su artículo 2135 disponía que "todas las *acciones* tanto reales como personales, prescriben con el transcurso de treinta años..." con lo cual parecía sostener que la prescripción atacaba y destruía la *acción*. Así era en efecto para el derecho romano, en que a guisa de *excepción*, operaba directamente sobre la *actio*, desde el momento en que precluía toda ulterior posibilidad del actor, de *ejercitar sus razones, sus argumentos, sus derechos*. Concepto éste de *excepción* que acogieron primero los glosadores y que fue sostenido después por una doctrina moderna, a la cual se ha contrapuesto la de que "*considerando la protección judicial a que, en sustancia, tiende la acción, carácter inmanente y peculiar del derecho, observa justamente que si ya no subsiste la acción, no puede siquiera subsistir el derecho.*" (Cf. D'Avanzo, Prof. Walter, de la Universidad de Roma, *Della prescrizione*, en el *Libro della tutela dei diritti*, del comentario al Código Civil italiano de 1942, dirigido por Mariano d'Amelio, Florencia, 1943, págs. 948 y 949. Para la situación anterior al Código Civil italiano de 1942 y en relación con la opinión dominante en Italia, véase Pugliese Giuseppe, *La prescrizione estintiva*, Turín, 1924. Cap. I íntegro, págs 1 a 38. También el ya citado d'Avanzo en su monografía *La prescrizione in materia civile e commerciale*. Milán, 1940).

En suma, en México, al aplicar los artículos 120 de la L.F.I.F. y 1040 del C. de C. debe entenderse la palabra *acción*, en el sentido de derecho mueble, o sea, como dice el artículo 754 del susodicho C.C.D.F., *obligación, derecho o acción personal* que tiene por objeto cantidades de dinero.

8. *La doctrina francesa y el Código Napoleón.* Por ser el Código Civil francés el modelo que inspiró los códigos europeos después de las conquistas napoleónicas y su terminología fue adoptada en ellos y de allí pasó a los de la América Latina, tiene un particular interés recordar que el artículo 2262 del Código Napoleón expresa que "todas las *Acciones*,

tanto reales, como personales, *prescriben* en treinta años...", a pesar de lo cual, en Dalloz, *Repertoire de Droit Civil*, publicado bajo la dirección de E. Vergué y G. Ripert, Tomo IV, París, 1954, número 294, pág. 27, segunda columna se lee lo que sigue:

"294. Bajo su segundo, la prescripción es un *modo de extinción de los derechos del patrimonio*, que resulta de la falta de ejercicio de esos derechos por su titular durante cierto lapso de tiempo. *La extinción del derecho se manifiesta por la pérdida de la acción judicial, contra la cual no puede entonces ser opuesta excepción alguna.*"

Así buscan ahora los franceses, entender la vieja e inadecuada terminología de su Código Civil, considerando que siempre se refirió a extinción de derechos y no de acciones, que sólo dejaban subsistir una obligación natural.

9. *Terminología desechada en México desde 1928.* *Faltas de técnica legislativa.* Lo que hizo el legislador italiano en 1942, fue hecho también por el mexicano en el C.C.D.F. de 1928, que cambió la terminología que había perdido su razón de ser, la cual no tenía más valor "*que el de una reminiscencia de antiguos sistemas sobre pasados por milenios*", según acertadamente afirma Pugliese (ob. cit., pág. 30) y que puede aplicarse a nuestro Código de Comercio que data de 1889. Respecto a nuestra L.F.I.F. de 1950, cuando ya debía haberse conformado a la terminología del C.C.D.F. de 1928, la conservación de la secular que se refiere a la *acción*, no es sino la muestra de una falta de técnica legislativa que exige mantener en la *manifestación de un concepto único la unidad en la terminología* (Pugliese, ob. cit., pág. 30) es decir, para no incurrir en ella, se debería haber empleado ya la del C.C.D.F. de 1928 y no la arcaica y desachada del Código de Comercio de 1889.

Sin embargo, la L.F.I.F. de 1950, en su artículo 120 continúa hablando de que "*las acciones* que se deriven de la fianza, prescribirán en dos años", y con ello abre la puerta a confusiones verdaderas o no y necesariamente a buscar pretendidas interpretaciones que sólo tratan de cambiar el significado verdadero y natural de un texto legal, para hacer decir al mismo una aberración jurídica. Por lo demás, el desconocimiento de la técnica legislativa, como el que muestra la impropia terminología del antes citado artículo 120 de la L.F.I.F. no constituye un caso aislado y excepcional, sino por el contrario, es algo de lo más frecuente y que por desgracia, cada vez se hace más grave, como podría comprobarse con múltiples ejemplos, de los que sólo se pondrán éstos, a guisa de botones de muestra, a saber:

a) En el C.C.D.F. a pesar de que en sus artículos 1135 y 1136 define la prescripción negativa como medio de *liberarse de obligaciones* y el mismo concepto campea en los artículos 1137, 1140, 1142, 1159, 1160, 1161, fracciones, IV, V 1162, 1163 y 1164; en las fracciones II y III del artículo 1161 se dice que prescriben en dos años: II. La *acción de cualquier*

comerciante para cobrar el precio de los objetos vendidos a personas que no fueren revendedores... III. La *acción* de los dueños de hoteles y casa de huéspedes para cobrar el importe del hospedaje; y la de éstos y la de los fondistas para cobrar el precio de los alimentos que ministren.

Hubiera sido sencillísimo decir *derecho* en vez de *acción* y después de emplear el artículo *el* en vez del femenino que se usó para no incurrir en falta de concordancia, pero la fuerza de la costumbre prevaleció y se deslizó en estas fracciones la voz *acción* que deliberadamente se suprimió en el resto del artículo que rige la prescripción negativa. Pero podría tener una defensa el legislador de 1928: la de que el término *acción* fue empleado en el sentido que le da el artículo 754 del C.C.D.F. que declara bienes muebles a "las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto... cantidades exigibles en virtud de acción personal". Esta explicación sería correcta, porque el artículo 754 es una de las normas que se llaman *integrativas*, puesto que contiene una definición (la de los bienes muebles por determinación de la ley) y debe por tanto, entenderse la palabra *acción* que se usa en las dos mencionadas fracciones II y III del artículo 1161, para designar el objeto de la prescripción, con el siguiente significado que le da tal definición legal que es exclusivamente de derecho sustantivo y además privado y de ninguna manera procesal. Lo mismo puede decirse respecto de la redacción del artículo 120 de la L.F.I.F.

b) En el artículo 1148 del C.C.D.F. vigente, se expresa que la Federación, el Distrito y los Territorios Federales, los Ayuntamientos y las otras personas morales "se considerarán como *particulares* para la prescripción de sus bienes, derechos y acciones, que sean susceptibles de propiedad privada" (Véase artículo 25 del C.C.D.F.)

Es manifiesto que esta redacción copiada en su segunda parte del artículo 1076 del Código de 1884, empleó indebidamente la palabra *particulares* con el sentido de *personas físicas* contraponiéndolas a las *personas morales*. Además volvió a emplear *acciones* con el mismo sentido arcaico que tan bien describió Rocco en la página 153 de su obra citada, en el párrafo ya transcrito (*supra* número 6). Esto último es obvio, puesto que se refiere a "*acciones que sean susceptibles de propiedad privada*", concepto que es imposible de hacerlo coincidir con el proceso que hoy sustenta, respecto de la noción de *acción*.

c) En el abrogado Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1938, publicado el siguiente día en el Diario Oficial, se encuentra el siguiente artículo:

"36. Lo dispuesto en los dos artículos que anteceden será aplicable para que se autorice que se cubra un crédito fiscal en *pagos parciales*, en el concepto de que la falta de algunas de las *parcialidades estipuladas* determinará también la inmediata exigibilidad del adeudo insoluto."

En el actual Código Fiscal de la Federación el mismo caso es considerado en el artículo siguiente:

"20. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá conceder prórroga para el pago de los créditos fiscales o para que los mismos sean cubiertos en *parcialidades*. La prórroga o el plazo dentro del cual deben pagarse las *parcialidades*, no excederá de un año salvo que se trate de adeudos cuantiosos correspondientes a ejercicios fiscales anteriores o de situaciones excepcionales, casos en los cuales el término podrá ser hasta de tres años."

En el artículo 21 también se habla de "la autorización para pagar en *parcialidades*".

No se necesita argumentación alguna para sostener que uno de los primeros requisitos de la técnica legislativa, es emplear un lenguaje claro, apropiado y en el cual las palabras se usen con la acepción propia que les corresponde semánticamente. Sin embargo, en el caso que se presenta y que no es exclusivo del Código Fiscal de la Federación, se emplea la palabra *parcialidades* para indicar fracciones de un todo, sin haber parado mientes en las diversas acepciones que tiene la palabra *parcialidad* y que según cualquier buen diccionario, son solamente las que siguen:

"*Parcialidad*. (de *parcial*) f. Unión de algunos que se confederan para un fin, separándose del común y formando cuerpo aparte. 2. Conjunto de muchos, que componen una familia o facción separada del común. 3. Amistad, estrechez, familiaridad en el trato. 4. Designio anticipado o prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta *falta de neutralidad* o insegura rectitud en el modo de juzgar o de proceder. 5. Ant. Sociabilidad, afabilidad en el genio, para tratar con otros y ser tratados por ellos."

No obstante el evidente error gramatical con que se emplea la palabra *parcialidades*, es obvio que al aplicar e interpretar esta legislación y alguna otra que incurre en el mismo defecto, debe entenderse el vocablo indebidamente usado como si quisiera decir *pagos parciales*, *pagos fraccionados*, pues lo contrario sería ir contra el buen sentido, contra la lógica y contra toda regla de interpretación. (Véase Ferruci Romeo, *Prescrizione estintiva* en el *Novissimo Digesto italiano*, volumen XIII, Turín, 1966, página 644, segunda columna, número tres).

10. *Derecho subjetivo y acción*. Las autoridades fiscales en algunos escritos cointraponen dos términos: el *derecho subjetivo* y la *acción*. Respecto del primero, no dan noción alguna, seguramente por suponer que es innecesaria y en cambio cuidan de hacerlo con la segunda, es decir la *acción*, respecto de la cual reproducen literalmente dos párrafos doctrinarios, uno tomado del *Derecho Procesal Civil* de Rocco y el otro de la teoría de la acción de Dos Reis. Asientan sin embargo, que es de explorado derecho la diferencia entre *acción* y *derecho subjetivo*, por que la primera pertenece al derecho público y el segundo (se sobreentiende,

aunque no lo dice) al privado y además porque existen derechos subjetivos sin acción.

La cita de Rocco, ya presupone que los derechos subjetivos son susceptibles de pertenecer tanto al derecho público como al privado (véase al respecto Pugliatti Salvatore, *Diritto pubblico e privato*, en la *Enciclopedia del diritto* Vol. XII, Giuffrè, Milán 1964, pág. 705, primera columna). Esta observación se hace, porque se declara categóricamente la contraposición entre *derecho subjetivo* (así genéricamente) y *acción*, no se advierte que en las primeras líneas de la noción de acción que da Rocco dice que ésta "pertenece a la categoría de los *derechos públicos subjetivos*", es decir, presupone una noción genérica de *derecho subjetivo*, divisible en dos especies, la de los públicos y la de los privados. Por otra parte, lógicamente habría que dar primero una noción del género *derecho subjetivo* para fundar después su bipartición y las ulteriores clasificaciones, así como la observación de que hay derechos subjetivos carentes de acción, lo que sólo podría convenir a los privados, según como se ha redactado el párrafo. Tampoco se habla de las diversas teorías acerca del *derecho subjetivo* (véase en Cicala F. B. *Il reporto giuridico*, Milán 1959, p. 57, su propia definición su mención de la de von Ihering, de la *Windscheid*, de las interpretaciones de Oertmann). No se encuentra mención alguna relativa a *derecho objetivo*. Finalmente no se explica cuáles son los derechos subjetivos que carecen de acción, ni qué importancia tenga esto en el punto a debate.

Conviene hacer notar que según Cicala "el derecho subjetivo es... el efecto jurídico necesario y al mismo tiempo, el contenido necesario de una relación jurídica". Ahora bien conforme a la vieja, pero todavía persistente definición de *obligación* del derecho justiniano, la *obligación* (o derecho de crédito) es precisamente una relación jurídica entre dos partes que se llaman, la una deudor (pasiva) y la otra acreedor (activa); relación jurídica cuyo carácter prevalentemente patrimonial hace notar Ludovico Barassi (*La Teoría generale delle obbligazioni*, Vol. I, Milán 1946, página 9) y que normalmente constituye un derecho subjetivo.

No son absolutamente concordantes como se afirma, las ideas de Rocco con las de Dos Reis: el primero considera a la acción como un *derecho subjetivo público* mientras que las del segundo más parecen colocarse dentro de la doctrina kelseniana que niega la existencia de los *derechos públicos subjetivos* según observa Elio Casetta, en la voz *Diritti pubblici subbiettivi*, de la *Enciclopedia del diritto* Vol. XI, Giuffrè, Milán, 1964, p. 793, columna segunda.

Si Rocco considera que la acción es un derecho subjetivo público, este criterio no puede excluir la *prescripción de la acción*, según la vieja terminología, tanto romana cuanto de la codificación que siguió al dominio napoleónico. En cambio, de acuerdo con el criterio kelseniano que informa el párrafo transcrito de la monografía de Dos Reis no se concibe

que pueda prescribir la acción que más que bien se configura como derecho objetivo.

En la argumentación de las autoridades fiscales se ignora completamente nuestro derecho positivo, como son los artículos 75, 1135 y 1136 de C.C.D.F., que a la voz *acción* da el primero de ellos un significado que concuerda con el de *derecho subjetivo privado* o en otros términos, esa palabra tiene dos acepciones jurídicas, una que le atribuye el derecho civil y la otra el procesal, el primero de carácter privado y el segundo de carácter *público*. Esta deliberada ignorancia lleva natural e ineludiblemente a malinterpretar los artículos 1040 del C. del C. de 1889 y 120 de la L.F.I.F. de 1950.

11. *La doctrina de G. Pugliese*. Es extraordinario que el distinguido civilista italiano exprese ya en la cuarta edición de su monografía acerca de la prescripción, que data de 1924, la tesis que se acaba de exponer en el último párrafo del número anterior, rigurosamente desprendida en México, al parecer por primera vez, de nuestro derecho civil positivo. En efecto, en el número 25, página 41 de su obra citada, después de haber mencionado la discusión suscitada por la contraposición que hoy (1967) hacen en México, las autoridades fiscales, entre *derecho subjetivo* y *acción*, discusión que en Europa se hizo más viva y encarnizada, según dice, por la elevación y sutilezas de análisis en torno al concepto de acción; a su relación con la función jurisdiccional, por un lado, y por otro, con el derecho subjetivo, y a su colocación en la clasificación de los derechos; hace la siguiente exposición de lo que a su juicio, es estrictamente necesario para resolver el problema a que se refiere:

"Para resolverlo directamente hay necesidad indeclinable de establecer bien qué cosa se entiende en esta materia por *acción*. En mi opinión, hay que distinguir entre acción como genérico poder de excitar la función jurisdiccional, con una pretensión aunque infundada, y *acción*, como tutela jurídica de un derecho subjetivo existente, y para decirlo propiamente, si bien con expresión no plenamente exacta, entre *acción procesal* y *acción material*.

"La primera es uno de los poderes que emanan de la fundamental potestad de ejercitar la propia actividad jurídica en todas las formas no prohibidas por la ley. La tutela jurisdiccional puede ser provocada incluso por una pretensión infundada, ya que no se puede excluir *a priori*, la existencia de la razón afirmada por quien actúa incluso cuando la protección no es acordada sino después de un examen preventivo como el realizado por la *Chambre des Requêtes* de la Casación francesa, el examen, aunque restringido a los caracteres exteriores más aparentes en la demanda, es ejercicio de la función jurisdiccional.

"Así pues, de su contenido *no forma parte esencial y necesaria, un derecho subjetivo existente*, actual, merecedor de protección jurídica.

"Y no puede considerarse como un derecho subjetivo, debiéndose conce-

bir el deber social de impartir justicia, como una obligación del estado para la *universitas* orgánicamente constituida y no como una obligación hacia el particular.

"Los caracteres hasta aquí delineados de la acción procesal, demuestran la imposibilidad de que ésta prescriba y no se puede imaginar la obra de la prescripción sobre poderes abstractos y genéricos, emanaciones perpetuas e indefectibles de la actividad jurídica. Por tanto, extrañas a ella permanecen las disposiciones legales que hablan de prescripción de las acciones y la controversia teórica en torno al objeto de la prescripción."

"26. La acción material no es ya un poder jurídico genérico y abstracto, sino un poder actual, concreto; no sólo no es independiente del derecho subjetivo, sino que en éste tiene su fundamento necesario; no es la facultad de provocar la función jurisdiccional y de tener una sentencia, sino la facultad de obtener la protección jurídica y una sentencia favorable.

"La acción material es indudablemente un derecho subjetivo actual, concreto, específico, susceptible de prescripción; a ella se refiere la ley cuando habla de prescripción de las acciones.

"La relación entre la acción material y el derecho subjetivo es controvertida. Una autorizada doctrina, considerando que el paso del derecho del estado estático al dinámico, el cual tiene su antonomástica expresión en la acción está determinado por un hecho nuevo (desconocimiento o lesión), ha añadido a la acción un derecho adicional y ha venido así a dar una explicación seductora de la dirección siempre determinada por el lado pasivo y por el carácter obligatorio de la acción (véase para todo esto, Savigny, *Sistema...*, V. párrafos 204 y 205).

"Yo creo que los ligamentos entre la acción y el derecho subjetivo sean mucho más estrechos y convido la opinión de aquellos que de la una y del otro, hacen una sola cosa. En mi opinión la acción es el derecho mismo, que reacciona contra el desconocimiento y la violación y tiende por naturaleza propia, a la comprobación y a la actuación, removiendo por sí mismo toda causa de incertidumbre y toda oposición, para que el titular pueda con seguridad absoluta gozar de aquel bien que se le atribuye."...

"La acción material es el medio con el que el derecho subjetivo obtiene la protección jurídica. Y cuando un derecho, que no esté jurídicamente protegido y que no puede obtener su comprobación si es desconocido y su reintegración específica o equivalente, si es violado, no es sino una larva; la acción se confunde con el mismo derecho. Cuando más se podrá decir, si se quiere considerar una cualquiera diferencia, que determina el momento en que el derecho pasa del estado estático al dinámico, pero con esto no se habrá establecido diversidad orgánica alguna, sin cambiar en lo mínimo la esencia del derecho cuando se dedica a la defensa o al ataque, así como no cambia la del soldado cuando toma las armas para la batalla.

"Así pues, atacar la acción es atacar al derecho mismo; destruida aquella, es también destruido éste."

12. El artículo 95 de la L.F.I.F. y la supresión de la acción en las fianzas, ante el Fisco. Después de plantear la tesis incorrecta de que lo que prescribe es la acción y no la obligación accesoria del fiador (para ser precisos) es perfectamente obvio que se invocara el artículo 95 de la L.F.I.F. que en relación con las fianzas que garantizan obligaciones principales a favor del Fisco suprimió la acción contra las afianzadoras y la sustituyó por el procedimiento económico coactivo y se dijera que el artículo 120 de la L.F.I.F. era en estos casos perfectamente inaplicable, así como también el 1040 del C. de C., porque si se había suprimido la acción desde esa supresión había sido y seguiría siendo imposible que prescribiera lo que no existía.

Se olvida en toda esta argumentación que si bien el procedimiento coactivo de cobro aplicado a las obligaciones exigibles de las afianzadoras, no constituye ejercicio alguno de una acción en su sentido procesal, sí en cambio, llena los requisitos del artículo 1159 del C.C.D.F., que no habla de prescripción de acciones, sino del derecho de pedir su cumplimiento, y con el procedimiento económico coactivo establecido en el artículo 95 de la L.F.I.F., se está ejercitando ese derecho, que sí está sujeto a prescripción, tanto más cuanto que atañe a la obligación mercantil nacida de la fianza de empresa, obligación que nunca debe confundirse en su naturaleza con la de un crédito fiscal, según la tesis de jurisprudencia definida número 107, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, relativo a la *Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación, de los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965*, tercera parte, Segunda Sala, México 1965, pág. 139, así resumida:

"107. FIANZA, NO PUEDE SER CRÉDITO FISCAL EL DERIVADO DE UNA. La obligación contractual que nace de un contrato de fianza no puede ser un impuesto, porque no se ha fijado unilateralmente y con carácter de obligación general por el Estado. Tampoco es un derecho en los términos del artículo 3o. del Código Fiscal de la Federación, pues no es la contraprestación requerida por el Poder Público en pago de servicios administrativos prestados por él. No es tampoco producto, porque no es ingreso que percibe el Estado por actividades propias o por explotación de sus bienes, ni es ingreso ordinario del erario a título de impuesto, derecho, rezago o multa. Por tanto el pago derivado de un contrato de fianza no cae en ninguna de las situaciones previstas por los cinco primeros artículos del Código Fiscal de la Federación; en consecuencia, de acuerdo con los artículos 12 y 113 de la Ley de Instituciones de Fianzas, debe concluirse que nunca una obligación contractual de tal carácter, que se rige por el derecho privado, puede ser transformada en un crédito fiscal regido por el derecho público."

Así pues lo que debe aplicarse es el derecho privado que aquí está

representado por la L.F.I.F., artículo 120, el C. de C., artículo 1040 y el C.C.D.F., artículo 1o. y todos los relativos a prescripción negativa, así como 754 que atañe a los bienes muebles. Además en tal aplicación hay que tener en cuenta las reglas de una buena, de una correcta interpretación, para no dar a la voz *acción* un sentido que pugna con los artículos 754, 1136, 1135 y 1136 del C.C.D.F.

13. *Prescriptibilidad de la obligación del fiador.* Un punto secundario que aunque sea incidentalmente mencionan las autoridades fiscales es el siguiente:

"Cabe agregar que lo anterior no implica que la facultad para hacer efectivas las fianzas por medio del requerimiento es imprescriptible. *Supuesto que está ligada a la exigibilidad y exigencia del crédito garantizado del cual la fianza es accesoria de lo que se sigue que si ese crédito está prescrito, también lo estará la obligación de la afianzadora y la facultad para exigir su cumplimiento.*"

"Como en el presente caso *la obligación principal constituye un crédito fiscal* que prescribe en cinco años —artículo 57 del Código Fiscal de la Federación— no se ha extinguido la responsabilidad de la afianzadora, ni el derecho del Fisco para hacerla efectiva."

Es necesario hacer notar el error que se encuentra en estos dos párrafos en el que se confunden dos casos diferentes de extinción de las obligaciones accesorias derivadas de todo contrato de fianza, independientemente de que sea fianza de derecho común o de fianza de empresa, que es mercantil.

El C.C.D.E., aplicable a las dos especies de fianzas mencionadas, establece lo siguiente:

"Art. 2842. La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones."

Lo anterior no quiere decir que se esté estableciendo en el texto transcrito una sola especie de causas de extinción de la fianza, sino como hace muy bien notar la doctrina, se consignan dos especies de causas de extinción:

a) La primera a que se refiere el artículo es la que consiste en la extinción derivada del carácter accesorio de la obligación del fiador, por lo cual al extinguirse la obligación principal, no puede subsistir la accesoria, independientemente de cuál sea la causa de extinción de la obligación garantizada. Sin embargo, esto no quiere decir que si la obligación principal se extinguió por pago, la accesoria se extinguió también por pago, puesto que el fiador no pagó su obligación y por consiguiente, cuando se extinga la obligación principal por compensación, por confusión, por remisión de deuda, por prescripción, etc., la obligación fiadora se extinguió en virtud de su accesoriedad, porque ya no existía la obligación principal, pero no por compensación de la obligación fiadora con alguna deuda que tuviera el acreedor con el fiador ni por confusión de la obligación

accesoria, con el patrimonio del acreedor y tampoco por prescripción de la obligación accesoria del fiador.

b) En cambio, la segunda especie de causas de extinción de la obligación accesoria del fiador, que establece el artículo 2842, consiste en todas las causas de extinción de las obligaciones, pero que operan aquí exclusivamente sobre la obligación fiadora que es accesoria, sin que la extinción de ésta, necesariamente traiga consigo la extinción de la obligación principal. En efecto, si el fiador paga en vez del fiado, la obligación principal no se extingue, puesto que el fiador queda subrogado en los derechos del acreedor contra el fiado y de allí la acción de regreso que el primero, al pagar, adquiere contra el último, cuya obligación principal pagó.

14. Por tanto, volviendo al punto concreto que sostienen algunas autoridades fiscales, si el crédito fiscal garantizado por la fianza prescribe en cinco años, no por eso puede decirse que en el mismo tiempo prescribe la obligación accesoria del fiador. Para ésta la ley señala el plazo de dos años, de manera que a su vencimiento, sin que haya interrupción del curso de la prescripción, se consuma ésta, aunque no por ello se extinga la obligación principal que subsiste sin la garantía personal del fiador.

Obligación principal y obligación accesoria son diferentes en sí mismas, pero la accesoria, precisamente por serlo, sigue las vicisitudes de la principal y cuando ésta, por cualquier causa se extingue, se extingue también la del fiador. En cambio puede operar una serie de causas de extinción sólo de la obligación fiadora, dejando intacta la obligación principal. Por ello es antijurídico decir que si la obligación principal, que es un crédito fiscal, prescribe en cinco años, en ese mismo término prescribe la *obligación accesoria* del fiador, sobre todo teniendo ésta un plazo especial de prescripción en el artículo 120, como siempre lo ha reconocido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, que nunca ha pretendido que sea sólo prescripción de la *acción* y no prescripción de la *obligación* del fiador.

## EL CODIGO DE MARTINEZ DE CASTRO

RAÚL F. CÁRDENAS

1). A la caída del Segundo Imperio, nace en nuestro país la urgencia, por una parte, de acoger la obra codificadora que los países modernos habían implantado, a partir de la genial reforma legislativa de Napoleón, y por la otra, el fomentar la investigación científica de sus juristas.

Revoluciones, asonadas, cuartelazos, guerras intestinas y extranjeras, inseguridad en el campo y las ciudades, conforman el marco en que hubieran de transcurrir los primeros decenios de nuestra vida independiente, marco, desde luego, poco propicio para la meditación y el estudio.

El fragor de la batalla, la pasión política, la desunión, el caciquismo, las ambiciones internacionales que desmembraron nuestro territorio y nos llevaron a extrañas aventuras continentales, impidieron nuestra evolución como Estado moderno y el ajustarnos a los patrones vigentes de los países civilizados.

Nuestra labor jurídica quedó limitada a la promulgación de variadas constituciones, que nos llevaron del centralismo al federalismo y viceversa, a unas cuantas leyes criminales de excepción, disposiciones urgidas por compromisos políticos, como las Leyes de Reforma, Desamortización, etc., y algunos curiosos códigos promulgados en los Estados, como el Penal de Veracruz de 1833 y el Código Civil del Estado Libre de Oaxaca, expedido por varios gobernadores durante los años de 1828 y 1829.

A la caída del Segundo Imperio, el gobierno del Licenciado Don Benito Juárez se preocupó por atender de inmediato la reforma legislativa del país y reanudar la obra codificadora que, iniciada en 1862, quedó trunca por nuestra aventura imperial.

En efecto, nos dice Don Antonio Martínez de Castro, el Gobierno de la República nombró con fecha 6 de octubre de 1862, una comisión "a fin de que formara un proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California. Esa comisión se dedicó asiduamente a desempeñar su encargo y había ya comenzado el Libro Primero, cuando tuvo que suspender sus trabajos con motivo de la invasión extranjera. Insistiendo el gobierno en su noble empeño de que tenga la Nación códigos propios, en 28 de septiembre de 1868 encomendó a la comisión actual que formara un proyecto, teniendo a la vista el Libro Primero ya citado".

Fruto de los trabajos de esta comisión, integrada primero en 1862 por

los señores Licenciados Don Antonio Martínez de Castro, Urbano Fonseca, Manuel María de Zamacona, José María Herrera y Zavala, Carlos María Saavedra y Ezequiel Montes, y en 1868 por Don Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Eulalio Ortega e Indalecio Sánchez Gavito, fue nuestro primer Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California y para toda la República respecto a delitos cometidos en contra de la Federación o cuyo conocimiento esté sometido a la justicia federal, expedido por el Presidente Juárez con fecha 7 de diciembre de 1871.

Con anterioridad al Código Penal, se expidió un Código Civil de fecha 13 de diciembre de 1870, obra de la comisión integrada por los eminentes juristas Don Mariano Yáñez, Don José María Laragua, Don Isidro Montiel y Don Rafael Dondé.

En el año de 1872 se expidió, muerto ya el Presidente Juárez, por el Presidente interino Don Sebastián Lerdo de Tejada, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California; en el año de 1880 el Presidente Porfirio Díaz promulgó los Códigos de Procedimientos Penales y de Procedimientos Civiles, que deroga al de 1872; en el año de 1884 el Presidente González expide un Código Postal, un nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, el Código de Comercio, un nuevo Código de Procedimientos Civiles, que deroga al de 1880, el Código de Minas y varias reformas al Código Penal.

Prácticamente la obra codificadora de nuestro México independiente termina en 1884, aun cuando los textos legales sean objeto de reformas y adiciones, y se expidan otros códigos y leyes, como el de Justicia Militar de 1893, las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y las Ordenanzas de la Armada, etc. En el año de 1884, por tanto, nuestro país cuenta, como todos los países civilizados y modernos del orbe, con sus ordenamientos jurídicos fundamentales.

La obra codificadora, cuya importancia fue extraordinaria para la vida institucional de nuestro país, sirvió a su vez de base para la reorganización de la enseñanza del Derecho sobre bases sólidas o sea, los textos mismos de la ley y sus distintas ramas, agrupadas en los diversos códigos expedidos no sólo por la Federación, sino por los Gobiernos de los Estados, que siguiendo el ejemplo de la primera, expidieron también sus códigos penales, civiles y procesales.

Estos textos, inspiraron la enseñanza del Derecho, pues con su promulgación se responde a las ideas rectoras de la época, en que los exégetas proclamaban la necesidad de ajustarse al texto de la ley y buscar en sus palabras, la intención del legislador, pilar para el estudio del derecho.

De los juristas franceses, que tanta influencia tuvieron sobre nosotros, Demolombe afirmaba: "mi divisa, mi profesión de fe es ésta, ¡los textos ante todo! Yo enseño un curso del Código de Napoleón: mi finalidad

es interpretarlo, explicar el mismo código, considerado como ley viviente, como ley aplicable y obligatoria".

Y como él, Pothier, Aubruy, Geny, etc., hacían hincapié en la necesidad de que los juristas se ajustaran al texto de la ley y buscaran en su interpretación la intención del legislador.

Nuestras Escuelas de Derecho del siglo XIX conformaron sus Planes de Estudio con visos aún medioevales; así por ejemplo, la Escuela de Leyes de San Ildefonso, nacida al amparo del Reglamento de 23 de octubre de 1833, que organizó la instrucción Pública para el Distrito Federal, quedó planeada de la siguiente manera:

1. 1a. y 2a. de Latinidad.
2. Una de Etica.
3. Una de Derecho Natural y de Gentes.
4. Una de Derecho Político Constitucional.
5. Una de Derecho Canónico.
6. Una de Derecho Romano.
7. 1a. y 2a. de Derecho Patrio; y
8. Una de Retórica.

Los Planes se mejoran en los años de 42, 43, 69, pero no había de ser sino hasta 1902 que se diera al estudio del Derecho un enfoque moderno.

Al fundarse la Escuela Libre de Derecho, se tomó el Plan de Estudios que para la carrera de Abogado y para los especialistas en Ciencias Jurídicas y Sociales, se publicó por Decreto de 19 de enero de 1907, habida cuenta que dicho Plan fue posiblemente formulado por Don Luis Méndez, con la colaboración de Don Pablo y Don Miguel Macedo, maestros fundadores de la Escuela, Plan de Estudios que se distribuyó en cinco años, correspondiendo a cada curso las siguientes materias:

#### PRIMER AÑO

- Principios de Sociología (3 clases por semana).
- Primer Curso de Economía Política (6 clases por semana).
- Primer Curso de Derecho Civil (6 clases por semana).

#### SEGUNDO AÑO

- Segundo Curso de Economía Política (6 clases por semana).
- Segundo Curso de Derecho Civil (6 clases por semana).
- Primer Curso de Procedimientos Civiles (3 clases por semana).

#### TERCER AÑO

- Tercer Curso de Derecho Civil (6 clases por semana).

Segundo Curso de Procedimientos Civiles (6 clases por semana).  
 Primer Curso de Derecho Penal y de Procedimientos Penales (4 clases por semana).

#### CUARTO AÑO

Derecho Mercantil (5 clases a la semana).  
 Tercer Curso de Procedimientos Civiles (3 clases por semana).  
 Segundo Curso de Derecho Penal y de Procedimientos Penales (4 clases a la semana).

#### QUINTO AÑO

Derecho Constitucional (6 clases por semana).  
 Derecho Administrativo (6 clases por semana).  
 Curso Práctico de Casos Selectos (2 clases por semana).  
 Síntesis del Derecho (2 clases por semana).

Estas cátedras fueron servidas, al fundarse la Escuela, por los más eminentes juristas de nuestro país, que gracias a la criticada paz porfiriana, habían logrado una sólida formación profesional, destacando en su profesión, como lo hicieron otros muchos profesionales en distintas ramas del saber.

A varios de estos eminentes juristas, me tocó en suerte conocer en la Escuela; otros en lo personal, y muchos más por sus obras. Los que traté personalmente, los que conocí en sus despachos, en los tribunales, de las bibliotecas que de algunos conocí y que se legaron a la Escuela, de los alegatos y estudios que leí, me quedó un recuerdo extraordinario de ese grupo de profesionales del Derecho; su señorío y calidad humana fueron ejemplares.

2). Cuando nuestra Escuela se fundó, ya que me ha tocado investigar la evolución de nuestro Derecho Penal en los 65 años de vida que tenemos, estaba vigente el Código Penal de 1871, y trabajaba una comisión encargada de reformarlo.

Fue este Código el primero que se enseñó recién fundada nuestra Escuela, y al estudiarlo, se estudiaban también las doctrinas que lo habían inspirado, doctrinas que se conocen con el nombre de Escuela Clásica; Martínez de Castro y sus compañeros de comisión, acogieron como modelos para la redacción de nuestro primer Código, el Penal francés, el español de 1848, el de Baviera de 1813 y el portugués, y aun cuando la comisión contó con otros textos más, que en el transcurso de los años reunió tesoneramente Martínez de Castro, según testimonio del mismo, en la interesante correspondencia que intercambié con el Duque de Regla, correspondencia publicada por Don Javier Piña y Palacios, fueron

los textos mencionados, según se desprende de la Exposición de Motivos del Código en cuestión, los que inspiraron la obra de nuestros autores del Código de 1871, y se confirma además en las Actas que conservamos de los trabajos de la Comisión.

En la primera sesión de esta Comisión, celebrada el día 8 de octubre de 1868, se tomó, entre otros, el acuerdo de entregar a los abogados Lafragua y Ortega, una copia de los artículos discutidos por la Primera Comisión que actuó, hasta el año de 1863, y se hizo hincapié en el interés del Presidente Juárez de reformar la legislación penal entonces vigente, fijándose las bases para el desarrollo de los trabajos de dicha comisión.

En la primera reunión se enfatizó en que, los artículos discutidos, se habían inspirado en el código español, y expresamente se hizo constar en el acta respectiva, "que habiendo servido de texto a la anterior comisión para el orden de materias el código español de 1848, se acordaba se continuara con ese mismo código como texto para la formulación del mismo".

En la Exposición de Motivos que redactó Don Antonio Martínez de Castro, se hace referencia al estado en que nos encontrábamos en cuanto a la aplicación de la ley penal en el siglo XIX, y se destacaba la urgencia de la reforma de la misma; en esa Exposición se alude, además, a la doctrina a que se acogieron los miembros de la comisión, se mencionaron los Códigos consultados y se citaron los tratadistas que habían sido estudiados para la redacción de nuestro Código. Entre éstos, figuran, en primer término Ortolán, Montesquieu, Beneville, León Vidal, Chaveau et Halié, Toqueville, Rossi y otros más, y su cita pone de manifiesto cual fue el pensamiento que habían de seguir nuestros legisladores para la redacción del Código.

3). De acuerdo con la doctrina de dichos autores y los Códigos que se dice consultados, podemos afirmar que nuestro Código, es un Código de factura francamente liberal, heredero del iluminismo y enciclopedismo de fines del siglo XVIII, y no podía ser de otra suerte, por cuanto las nuevas corrientes filosóficas y sociales europeas, aún no habían tenido oportunidad de ser trasplantadas a nuestro medio intelectual.

Además, los códigos promulgados en Europa hasta el año de 1870, como el italiano y el español, no se apartaban aún de las doctrinas clásicas del Derecho Penal, pues la obra de Lombroso, y con ella el nacimiento del positivismo en Derecho Penal, no habían de hacer su aparición sino hasta 1876 con la publicación de su clásica obra intitulada "El Hombre Delincuente en Relación con la Antropología, la Jurisprudencia y la Psiquiatría".

"El desarrollo grandioso y fecundo de la filosofía experimental, afirma Ferri en su Sociología Criminal, en la segunda mitad del siglo XIX, particularmente en lo que concierne al estadio biológico y psicológico del hombre, considerado como uno de los innumerables anillos de la cadena

zoológica y al examen positivo de las sociedades humanas como organismos naturales", no había influido aún en la doctrina penal, que según el propio autor se apegaba al doctrinarismo metafísico, del que había de separarse el nuevo movimiento científico penal que, siguiendo el método experimental, se proponía por el estudio de la patología social en las manifestaciones de la criminalidad, hacer desaparecer, al decir de Ferri, ese contraste entre la teoría de los delitos y de las penas, y la realidad de los hechos cotidianos".

El positivismo, auspiciado por Spencer en Inglaterra, Comte en Francia, Ardigò en Italia y Wunet en Alemania, se extendió al estudio moral y psicológico del hombre, y facilitó el intento de emplear el método experimental en la ciencia penal y la aplicación del positivismo en nuestra disciplina, lo que se llevó con una fuerza tal, que sus seguidores trataron no sólo de innovar e introducir reformas en nuestra disciplina, sino avasallar, destruir el pasado y sentar nuevas bases para la aplicación de la ciencia criminal, lo que obligó a los clásicos a formular en su contra la acusación de nihilismo, acusación a la que responde el propio Ferri, sosteniendo que sus acusadores "no percibían que su propósito era sólo renovar y vivificar, por la comprobación de los estudios experimentales, la parte cierta e imperecedera del derecho criminal, compensando por medio de este inestimable beneficio la pérdida del follaje y de las ramas que la Metafísica había disecado".

Nuestro Código Penal nace apenas unos años antes de que se desatara en nuestra disciplina una de las más violentas luchas de escuelas, cuyos rescoldos no se han apagado aún, a pesar de los años transcurridos, y de que la lucha política, haya venido a reemplazar, en parte, esta lucha de escuelas.

El Código Penal de Martínez de Castro, como se le llama en nuestro medio jurídico, fue, por razón de tiempo, el primero que estudiaron, como señalé, los alumnos fundadores de nuestra Escuela, y los primeros catedráticos encargados de su estudio, lo fueron, el eximio Don Miguel Macedo y Don Demetrio Sodi, el más completo comentador de dicho ordenamiento legal.

Para Don Demetrio, el Código de 71 no reúne las excelencias que se le atribuyen, pues a pesar, dice, de haberse reconocido como una obra perfecta, que estaba prohibido tocar y que se ensalzaba en todos los tonos, las opiniones recogidas por la Comisión encargada de su reforma, integrada en 1903, puso en evidencia sus derechos y la urgencia de su reforma radical, pues no es "el momento intocable y perfecto", como lo sostenían sus partidarios.

No obstante la opinión negativa del maestro Sodi y reconociendo que como obra tiene defectos, y muchos de ellos fueron producto de su época, pues como sostiene el Licenciado Almaraz, autor del Código Penal de 1929, en el mismo se copiaron hasta en sus faltas de redacción, preceptos

del Código Penal español de 1870 (se equivocó Almaraz, pues el código que sirvió de modelo al de 71, fue el español de 1848), nuestro código tiene méritos, aciertos y adelantos para su época, que iremos destacando al hacer su crítica.

"Si las leyes hay que juzgarlas lo mismo por la doctrina que las inspira, que por sus resultados efectivos al aplicarse, nos dice el maestro Don José Angel Ceniceros (que sustituyó en su cátedra a Don Miguel S. Macedo y del que fuera, sin duda, su discípulo predilecto), el Código conocido por Martínez de Castro, por haber sido este ilustre jurisconsulto el más destacado de sus autores, resiste el agua fuerte de la crítica histórica, porque se inspiró en las doctrinas más sólidas y científicas de su época, y porque su vigencia, que se prolonga hasta el año de 1929, le permitió afianzarse con hondas raíces en la jurisprudencia y en la realidad de la vida jurídica de México".

4). Si nuestro Código de 71 se ajustó, como es evidente, a los postulados de la Escuela Clásica, interesa precisar éstos, para contrastarlos con nuestro ordenamiento penal y apuntar después, sus peculiaridades y adelantos.

Resumiendo las varias teorías penales que se engloban en la común denominación de Escuela Clásica, podemos destacar los siguientes supuestos fundamentales, que la diferencia de las demás Escuelas Penales:

a). Imputabilidad moral, basada en el libre albedrío. Para Carrara, en el que se resumen y sintetizan las teorías clásicas en su más completa y elaborada construcción, "la teoría de la imputación considera el delito en sus puras relaciones con el agente, y a éste a su vez lo contempla en sus relaciones con la ley moral, según los principios de libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y no se modifican con el variar de tiempos, pueblos y costumbres".

"Yo no me ocupo, agrega en nota del primer capítulo de su célebre Programa, en cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo como aceptada la doctrina de libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y como asentada sobre esta base la ciencia criminal".

b). El delito como ente jurídico. El maestro de Pisa sostiene que el delito no es un simple hecho, sino un ente jurídico, que tiene su origen en la naturaleza de la sociedad civil; es una idea de relación, de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. El delito es una disonancia armónica".

En el Prefacio a la Quinta Edición de su Programa, reitera esta tesis en frases llenas de contenido humano y universal, "el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho. Pero el derecho es congénito al hombre, porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que aquélla pudiera cumplir sus deberes en la vida terrena; por lo tanto, el derecho debe tener vida y criterios preexistentes a los pareceres

de los legisladores humanos, criterios infalibles, constantes e independientes de los caprichos de los legisladores y de las utilidades ávidamente codiciadas por ellos. Así, como primer postulado, la ciencia del derecho criminal viene a manifestarse como un orden de razón que emana de la ley jurídica, preexistente a todas las leyes humanas y que obliga a los mismos legisladores.

c). Nadie puede ser castigado por una acción no prevista por la ley, ni sancionada con una pena. Para Carrara, el derecho es libertad, de aquí que "la ciencia criminal bien entendida, es el supremo código de la libertad, que tiene por objeto sustraer al hombre de la tiranía de los demás y ayudarlo a liberarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones". Para Carrara y los clásicos, con las naturales variaciones que el propio autor señala, el delito civil es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos.

En desacuerdo con opiniones de Franck y Pesina, afirma Carrara, "nuestra definición conserva su última condición, esto es, la prohibición de la ley del Estado. Esta prohibición podrá ser buena o mala, justa o injusta, pero no obstante permanecerá siempre como hecho jurídico, al que debe someterse tanto el Estado como el particular".

Este postulado se puede resumir en el apotegma formulado por Fueyebach, "nullum crimen nulla poena sine lege", y se desprende tanto de lo expresado por Beccaria en su obra del Tratado de las Penas, del discurso de Lardizábal, nuestro eminente jurista, de las obras de los autores franceses, herederos del iluminismo y de la ilustración del Siglo XIX, y de la Declaración de los Derechos del Hombre, postulado que ha sido tan debatido en los últimos años, no sólo en el campo de las pugnas entre Escuelas, sino en el más amplio y angustioso de la política, y de las excepciones penales de los países de dictadura.

d). El juez no tiene facultad de apreciación, sino que las penas deben aplicarse por igual a todos los que delinquen. En su afán de proteger al hombre frente a la arbitrariedad del Estado, los clásicos acogieron este postulado, aclamándolo como fundamento del Derecho Penal Liberal y democrático.

Beccaria critica la facultad de Juez para apartarse de la letra de la ley, al ejemplo de los jueces, de los regímenes absolutistas. Para Beccaria, los jueces carecen de autoridad para interpretar las leyes penales, que deben aplicarse estrictamente sin tener en cuenta el rango o la condición del delincuente; el Juez no es legislador; el desorden que nazca de la observación rigurosa, de la letra de una ley penal, no debe compararse con los desórdenes que nazcan de su interpretación, reitera Beccaria y agrega, "cuando un Código fija las leyes que deben observarse a la letra, no deja al juez otra tarea más que la de examinar los actos de los ciudadanos y juzgarlos conformes o disconformes con la ley escrita: cuando la norma de lo justo o de lo injusto que debe dirigir las acciones tanto

del ciudadano ignorante, como del sabio, no es asunto de controversia, sino de hecho, entonces los súbditos no están sujetos a los pequeños tiranos de muchos, tanto más crueles como menor es la distancia entre el que las sufre y el que ha de sufrir, y más fatales que la tiranía de uno solo y la crueldad de un déspota es proporcionada no a su fuerza, sino los obstáculos que encuentra.

Otro gran clásico, Pesina, afirma al respecto:

e). La pena como tutela jurídica. La pena tiene el carácter de expiación por el hecho realizado; delito y pena deben marchar íntimamente unidos. Si el delito tiene para los clásicos, su esencia en la violación del derecho, la pena tiene su justificación en la necesidad de reprimir dicha violación y "como la pena justificada en esta forma no es sino una emancipación del derecho, síguese de ello que la pena misma no puede tener sus criterios mesuradores en el arbitrio del legislador, sino que debe someterse a los criterios jurídicos impostergables que regulan su cualidad y cantidad en proporción al daño sufrido por el derecho o al peligro corrido por él".

Desde el punto de vista de la función de la pena, si bien los criterios de los clásicos se dividen, en el fondo de todas sus opiniones, persiste como postulado el reputar como tutela jurídica, a la pena.

A esta diferencia de criterios vamos a referirnos, al hacer mención de la doctrina acogida en nuestro Código de 71.

f). Aplicación del método lógico abstracto. Desde el punto de vista teórico, los partidarios de la Escuela Clásica siguen en sus investigaciones el método deductivo, partiendo de principios que consideran fundamentales e inmutables.

Al decir de Bettiol, es característica de los Clásicos su método de trabajo, por cuanto tomando como punto de partida criterios de razón, desdeñan el dato fáctico, postura explicable sólo por la aceptación de premisas jusnaturalistas, "así es, al decir de Bettiol, como encontramos en los Clásicos una mentalidad antihistórica, que se traduce aún en aquellos que parten de premisas contractualistas, pues el contrato está sobre la historia y fuera de ella. Constituye una mera hipótesis de trabajo, premisa fundamental para toda deducción lógica. Las premisas racionalistas han colocado así a los Clásicos en un plano de indagación, en el cual la vida concreta no se refleja o se refleja sólo muy débilmente". Esta mentalidad antihistórica, si bien no apartaba a los Clásicos de su matriz ética, terminaba siempre, al decir de Bettiol, por considerar al delito como un ente jurídico, abstracto, como una elaboración apriorística de la razón, como una categoría lógica abstracta, o sea como una entidad sin asidero a la vida, sin concreción y vuelta a la realidad. "Por ello, sostiene, es preciso advertir que el fundamento gnoxeológico de la Escuela Clásica debe en última instancia buscarse en la crítica kantiana, en ese sistema filosófico que, contra el empirismo dominante hasta los albo-

res del siglo XIX, ha creído reivindicar la autonomía y la forma apriorística de la razón humana". No obstante, es indudable que la Escuela Clásica logró una construcción lógica perfecta, fundada, como sostiene Zimmerl, "en conceptos elaborados, selectos, refinados y ordenados entre sí de modo impecable, aun cuando para obtenerlos violenten la realidad jurídica, pues las premisas de que parten, no siempre son ciertas, sino constituyen con frecuencia un frondoso conjunto de principios encontrados".

Nuestro Código Penal de 1871, el magnífico código clásico, a pesar de sus defectos, que empezamos a estudiar en las cátedras del Primero y Segundo Cursos de Derecho Penal, impartidas a través de 65 años de vida, por juristas tan eminentes como Macedo, Sodi, Ceniceros, González de la Vega, Pardo Aspe, Abarca, Moreno, Gómez Mont, Vela, Alba, Mendoza Iglesias, etc., sigue en lo fundamental los postulados que hemos enunciado.

5). Así, en el artículo 4o. define el delito como la "infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda", definición criticada, mas sin embargo, no menos técnica y precisa que la que se da en los Códigos de 29 y 31, pero que expresa en esencia dos de los postulados fundamentales de la Escuela Clásica: 1o. El delito es un ente jurídico; y 2. Este ente, presupone el libre albedrío del autor.

Concordancias de este artículo las encuentra Don José María Lozano en el artículo 1o. del Código español reformado de 1850 (1848), reiterado en el artículo 1o. del Código Penal español de 1870, en el Código Penal francés de 1810, en el Código Penal de Baviera de 1813 y en el Código Penal portugués.

El Magistrado Lozano, fiel al pensamiento de su época, comenta el artículo, haciendo expresa referencia al libre albedrío y a la naturaleza jurídica de la infracción, acciones y omisiones voluntarias que caen bajo la competencia de la ley penal, "voluntario, dice, es lo que depende de nuestra voluntad, lo que está en nuestro arbitrio hacer o dejar de hacer, de manera que cuando decimos que una infracción es voluntaria, queremos expresar que ha estado en el arbitrio del agente ejecutarla o no", y agrega "el hombre que voluntariamente se decide a ejecutar una acción, ha sentado en su espíritu la intención de ejecutarla y en su conciencia la libertad necesaria para obrar o no en el sentido de su pensamiento o intención".

Para Pacheco, comentarista del Código Penal español de 1870:

"17. Tercera, voluntaria. La voluntad humana, y el libre albedrío que constituye su naturaleza, son los fundamentos de la justicia penal: sin esa voluntad que obra, sin esa voluntad que la inspira y la caracteriza, la penalidad sería el más horrible de todos los absurdos.

No cabe idea de expiación, cuando no ha habido demérito de la obra, y no hay demérito cuando hubo ciega necesidad. No cabe idea de intimidación, cuando no puede impedirse con ésta que se obre de cierto modo; y no puede ponerse tal impedimento, cuando no hay dos modos de obrar, ni elección para seguir perfectamente el uno. Sin la voluntad, sin la libertad, el mundo y las leyes son inconcebibles.

18. Declárase, pues, un grande y fecundo principio, toda vez que se dice que la acción u omisión penada por la ley ha de ser voluntaria. Reconócese los fundamentos morales de la penalidad; sácase el ánimo de la estrecha y mezquina materialidad de los puros hechos, para elevarlo a la eminente región de las razones y de las causas. El hecho aislado, el hecho sin la voluntad, lo mismo puede ser una desgracia que un crimen: también un peñasco que se cae puede matar a un hombre, y un terremoto puede abismar una ciudad. No es el mal material sólo lo que constituye la necesidad de la pena; porque el hombre se resigna a la desgracia, y su conciencia no pide ni la expiación ni la intimidación contra quien no puede sentir la moralidad del castigo. La voluntad, pues, es la base del delinquir, porque es la necesaria condición de éste. La voluntad es el espíritu, sin el cual el crimen no fuera más que un caos.

19. Pero es necesario decir más sobre esta palabra voluntaria, porque indudablemente hay más de una idea comprendida en ella. La voluntad es un principio muy complejo, una expresión en la que podemos entender y concebir diferentes nociones.

20. Voluntario, en el párrafo a que estamos aludiendo, significa, antes que todo, libre. Ya lo hemos indicado así, y pensamos que no se nos contradirá. La acción que no es libre, la acción que no ha sido resuelta espontáneamente por el que la ejecuta, la acción que le ha sido impuesta por una fuerza de que no ha podido libertarse, no es, de seguro, una acción voluntaria. La coacción y la violencia materiales embargan y extinguen la voluntad. El que obra de esta suerte, no hace lo que quiere hacer; no es un agente, es un instrumento; no es un hombre, es una cosa. Sobre ello no cabe dificultad alguna.

21. ¿Sucede lo mismo con la coacción y la violencia morales? También puede suceder, también puede llegar ese caso: también esa violencia o esa coacción pueden extinguir lo que hay de humano y de responsable en el hombre, extinguiendo lo que hay en él de espontáneo y libre. Ni decimos que esto sucederá con cualquier

violencia, ni examinamos aquí cómo han de ser las circunstancias para que llegue. No investigamos ahora cuales sean las que pueden eximir de responsabilidad, o lo que es lo propio, las que justifiquen la acción a que condujeran, arrancándola el carácter de delito. Aquí sólo fijamos bases, establecemos principios, enunciados axiomas. No hay acción punible cuando la voluntad, esto es, la libertad, no ha concurrido a ella.

22. Lo propio decimos cuando no ocurre la inteligencia. Si voluntad es libertad, también es razón o entendimiento. El que carece de éste, o de un modo constante o de un modo accidental, no tiene voluntad, no es responsable de sus actos. La falta de la razón extingue la humanidad en el hombre. El estúpido y el delirante no cometen hechos voluntarios. Para que haya éstos, necesitase la plenitud de lo que nos constituye, y lo que a nosotros constituye, lo que caracteriza nuestra especie, es la inteligencia con la libertad.

23. Al consignar esta segunda palabra, inteligencia, como uno de los sinónimos de la voluntad, o más bien como una de las ideas en que ésta se descompone, volvemos a repetir lo que de la libertad acaba de decirse en los anteriores párrafos. Tampoco vamos a examinar en estos momentos mayores o menores perturbaciones del sentido para eximir de la responsabilidad de las propias obras; tampoco vamos a suscitar las gravísimas dificultades del delirio de la pasión, y de las monomanías. Todo eso vendrá después, y se examinará en los lugares oportunos. Ahora sólo fijamos la base, ahora sólo decimos: no hay voluntad en el que no es inteligente.

24. Por último: puede haber libertad, puede haber inteligencia, y, sin embargo, no haber todavía voluntad, porque no haya intención".

De estos principios y de la aceptación sin reserva de los postulados de los Clásicos y teniendo presentes los códigos de Francia, Baviera, España y Portugal, así como las doctrinas de Ortolán, Rossi, Chaveau et Helicé y a los filósofos del iluminismo y la ilustración, Martínez de Castro y sus compañeros de Comisión, van conformando nuestro primer Código, preocupados por la idea de que para que una legislación penal sea buena, es preciso que esté redactada con suma claridad y precisión; que sean breves sus preceptos y estén al alcance de todos; que las penas que establezca sean proporcionadas a los delitos y que no se peque por excesiva blandura o demasiada dureza.

Ajustados a estas ideas rectoras y acordes a la técnica jurídica entonces vigente, al Código Penal lo dividen en cuatro Libros: en el Primero se definen los conceptos generales relativos a los delitos, faltas, delincuen-

tes y penas; el Segundo, a la responsabilidad civil en materia criminal: el Tercero, a los delitos en particular, y el Cuarto, a las faltas.

El viejo maestro Ortolán, sostiene que la teoría fundamental del Derecho Penal, y esta teoría fue la que inspiró al Código Penal de 1810, deberá entenderse desde tres puntos de vista; el primero relacionado con el derecho de castigar; el segundo, con las reglas comunes sobre los hechos punibles y los castigos, los grados diversos y la correlación necesaria de unos y otros, así como sobre la naturaleza, la existencia y la extinción de los mismos, todo ello considerado de manera general, sin entrar aún a los detalles en particular, o sea la denominada Parte General del Derecho Penal; y la tercera, relacionada con los hechos punibles en particular, clasificados metódicamente con los caracteres que los distinguen y los castigos que les deben ser aplicados, o sea la llamada Parte Especial del Derecho Penal.

6). Nuestro Código Penal siguió la técnica de los códigos entonces vigentes, aun cuando agregó un Libro más, el relacionado con la responsabilidad civil en materia criminal, y agrupó en un Primer Libro, las reglas generales relacionadas al delito y la pena, y en los otros dos precisó los delitos en particular, clasificados de acuerdo con el criterio entonces aceptado y expuesto por Carrera en su Programa, de la objetividad jurídica, o sea el fundado en la diversidad del derecho agredido y violado y el de las faltas.

Hemos de referirnos a cada uno de estos Libros, señalando las semejanzas recogidas de los Códigos en que se inspiraron y las innovaciones, algunas de ellas por cierto nobles, que por desgracia no se aceptaron en los códigos que les sucedieron.

En el Capítulo Primero, del Título Primero, del Libro Primero, nuestro Código enuncia las reglas generales sobre delitos y faltas, y da la definición de unos y otros.

Delito es, de acuerdo con dicho Ordenamiento, como lo apuntamos ya, la infracción voluntaria de una ley penal y falta la infracción de los reglamentos o bandos de policía y buen gobierno.

Los delitos a su vez los divide en intencionales y de culpa, haciendo uso de una terminología más técnica, que la empleada por nuestro Código vigente, que se refiere a delitos intencionales o no intencionales, o de imprudencia, términos obsoletos, abandonados por las modernas legislaciones.

Entre las disposiciones peculiares de nuestro Código, o relevantes por su importancia, podemos señalar además, entre otras, la presunción de intencionalidad que se recoge en el artículo 9 del citado Ordenamiento, y las reglas que se mencionan en el artículo 10, en el sentido de que dicha presunción no se destruye, aun cuando se pruebe que el acusado:

1. No se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar el daño que resultó, si ésta fue consecuencia nece-

saria y notoria del hecho que constituyó el delito; si el reo había previsto esa consecuencia, o ella es efecto ordinario del hecho u omisión, y está al alcance del común de las gentes, y si resolvió quebrantar la ley, fuera cual fuere el resultado;

2. Que ignoraba la ley.

3. Que creía que ésta era injusta o moralmente lícito violarla.

4. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; que obró de consentimiento del ofendido, excepto en el caso del artículo 261.

Este artículo se inspiró en los numerales 33 y 39 de los viejos códigos de Portugal y Baviera, y aun cuando nuestros primeros comentaristas del Código, Lozano, Medina y Ormaechea, y el propio Sodi, no encuentran mayor crítica al precepto en cuestión, y en el proyecto de Código Penal elaborado como resultado de los trabajos de la Comisión norbrada en 1903 para la revisión del Código, con pequeñas modificaciones, se acepta dicho precepto, los comentaristas del Código de 31, entre otros Jiménez de Asúa, no deja de formular serios reparos y de considerarlo como uno de los preceptos más engorrosos y desatinados de la legislación mexicana, sobre todo en base a las reformas que introdujo el Código de 29, aceptadas sin reparo en 31, y que se refieren a que la presunción de intencionalidad no se destruye, aun cuando el imputado pruebe que previó o pudo prever esa consecuencia, de donde se concluye, en opinión del maestro Don Ricardo Abarca, que a partir del Código de 29, nuestro Código no acepta en puridad interpretativa, la culpa o imprudencia.

7). Los autores del Código de 71, destacan por su parte la importancia de dos preceptos, el contenido, en el artículo 8, que dispone que todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró, y el enfoque que se da a los delitos culpados en los artículos 14 a 16.

En la Exposición de Motivos de Código de 71, Martínez de Castro nos dice:

“LIBRO PRIMERO. Reglas Generales. Bajo este título se exponen algunas reglas generales sobre delitos y faltas que no necesitan explicación, si se exceptúan las dos contenidas en los artículos 8 y 14.

En aquél se dice: Que todo acusado se presume inocente mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió. Esta declaración tiene dos objetos: uno de ellos es que, durante el proceso, traten los jueces a los acusados con las consideraciones que se deben tener al desgraciado que, siendo tal vez inocente, ha perdido su libertad por engañosas apariencias.

Pero al hacer esa declaración se ha tenido también otra mira más

trascendental, a saber: que en el Código criminal de Procedimientos se den reglas más justas y equitativas que las vigentes, para otorgar la libertad bajo caución. En efecto, actualmente basta, para reducir a prisión a una persona, que haya indicio de que es reo de un delito que tiene señalada pena corporal, aun cuando sea la de unos cuantos días de arresto. Y si bien es verdad que la detención preventiva es una necesidad social, ya para hacer cesar el temor y el escándalo causados por un delito, ya para facilitar y abreviar la averiguación de éste, y ya, en fin, para que se pueda hacer efectivo el castigo del culpable, evitando su ocultación o su fuga; es también inconcuso que cuando faltan esos requisitos no puede haber justicia en sepultar en la prisión a una persona por un delito leve, en arrancar a un hombre honrado de su hogar doméstico, ni en llenar de luto y desolación a una familia, tratándose de una persona de notorio arraigo, tal vez inocente, y que no inspira temor alguno de que quiera sustraerse el castigo, en caso de resultar culpable.

Hacerlo así, conformarse con ponerla en libertad al cabo de algún tiempo, después de reducirla a la miseria, y sin concederle la más mínima indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado, es una cosa horrible; y apenas puede concebirse cómo ha durado hasta hoy sistema semejante, teniendo como tenemos instituciones en alto grado democráticas, y cuando en ellas se ha procurado rodear de garantías la libertad individual. Es, por lo mismo, preciso y urgente reformar la legislación sobre este punto, estableciendo reglas equitativas que concilien el interés de la sociedad con la libertad de los ciudadanos, como se ha hecho en Inglaterra, en los Estados Unidos y en Bélgica”.

En verdad, la disposición contenida en el artículo 8 del Código de Martínez de Castro, revela la tendencia humanista de sus autores y sus ideas generosas, inspiradas en principios tan caros, como lo fueron la defensa de la libertad, que después de los excesos que alcanzó en el siglo XIX, en perjuicio de los más y de los débiles, que hace decir a Lacordaire, que entre el fuerte y el débil, la libertad es la que oprime y la ley la que libera, ha sido en los regímenes dictatoriales y totalitarios del Siglo XIX, la primera víctima.

8). Por lo que toca a la culpa, y siguiendo patrones de la época, que aún persisten en el Código vigente, Martínez de Castro sostiene lo siguiente:

“La mayor parte de los Códigos Penales admiten los mismos tres

grados de culpa que se admitían en derecho civil; esto es, grave leve y levisima; pero el Código de Baviera de 1813 hizo la novedad de desechar el tercero de esos grados, apoyándose en que en derecho penal importa no fijar sino líneas de demarcación simples y perceptibles para todas las inteligencias, y no todas pueden percibir entre la culpa grave y la leve el término medio de la levisima, porque es imposible marcar sus signos característicos, que dependen de un hecho psicológico muy delicado. A la comisión le pareció exacto este raciocinio, y a ejemplo de los ilustrados autores del último proyecto de Código Penal de Portugal, adoptó, en esta parte, el sistema del Código de Baviera, que además tiene la ventaja de estar en armonía con el Código civil del Distrito".

En relación a los delitos internacionales, Martínez de Castro, inspirado en el Código Español de 1848, distingue cuatro grados: 1. Conato; 2. Delito intentado; 3. Delito frustrado; y 4. Delito consumado.

El delito intentado, que según los legisladores de 71, es una novedad, por cuanto constituye una hipótesis intermedia entre el conato y el delito frustrado, se define en el artículo 25 como "el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean".

"El fundamento de esta innovación es, se dice en la Exposición de Motivos, que además de que no puede decirse con propiedad que se frustra una cosa imposible que se intenta ejecutar, no es justo aplicar la misma pena a quien se le frustra la ejecución de un delito posible, que al que intenta vanamente cometer un delito irrealizable".

"Acaso pareciera injusto que en este último caso se imponga una pena por ligera que sea: pero la Comisión ha opinado lo contrario, creyendo que se intenta un delito para su ejecución, hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no puede quedar sin castigo".

Esta disposición del Código de 71, duramente criticada por el maestro Sodi, destaca el espíritu renovador que lo inspira y la preocupación de proteger no sólo al ciudadano contra la arbitrariedad del Estado, sino a la colectividad contra los actos antisociales de sus miembros.

En esta y otras disposiciones que iremos comentando, se aprecia un adelanto en los conceptos de los legisladores del 71, respecto a las ideas dominantes en su tiempo y la aceptación anticipada de doctrinas, como la de la peligrosidad, que Martínez de Castro ya intuía y expresaba en el articulado del Código.

La tesis de Martínez de Castro, en el sentido de penar el delito imposible, es discutible; la doctrina moderna y las distintas legislaciones se

dividen, unas la aceptan y otras la rechazan, pero lo importante es señalar como Martínez de Castro y los miembros de la Comisión, se adelantaron a su tiempo y expresaron ideas y criterios no contenidos en las legislaciones vigentes en la época en que se expidió nuestro Código y que se discutieron o aceptaron en épocas posteriores.

Cierto que el problema de la punición del delito imposible se discutía ya, en teoría, entre los tratamientos europeos, pero en ninguno de los Códigos que sirvieron de antecedente al nuestro, se apunta una solución tan firme, como la que apuntan nuestros legisladores, que piensan, como había de hacerlo en el transcurso de los años, uno de los más destacados positivistas, Garofalo, cuya opinión hemos de presentar a continuación, que cuando "se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que no puede quedar sin castigo".

Cierto que Von Buri al formular en 1862 su teoría subjetiva de la tentativa y al rechazar en principio cualquier limitación objetiva a la misma, sostenía que es idónea toda acción, y por tanto punible, la llamada acción de tentativa, cuando de acuerdo con la postura subjetiva del autor podía ser eficaz para realizar su propósito.

Esta opinión de Von Buri, fue conformada en función de su teoría de la equivalencia de las condiciones, cuya fuerza y hegemonía debía dominar durante años las concepciones del Derecho Penal. "En la tentativa, nos dice Núñez Barbero, a juicio de Von Buri, no se puede hacer referencia a la noción de peligro; el peligro implica una relación de causalidad entre la acción y el resultado, que la tentativa como hipótesis normativa y realidad fenoménica excluye. Y ni siquiera se puede hacer referencia, por esta razón, al problema de la idoneidad del medio, porque también este implica una relación de causalidad que la tentativa, con la falta de producción del resultado, excluye igualmente. Si el acto fuese verdaderamente idóneo, nos encontraremos frente a un delito consumado y no frente a un delito intentado".

Consideramos poco creíble que Martínez de Castro o sus compañeros de Comisión, conocieran la opinión de Von Buri, y desde luego la posterior teoría subjetiva de Garraud, que se inclina por la punibilidad del delito imposible, pero es indudable que conocieron tanto el criterio de Ortolán, como el de Chauveau et Helié, que como todos los clásicos, con excepción de Filangieri, seguían la teoría objetiva de la tentativa y negaban que se pudiera sancionar el delito imposible.

Para Ortolán, en el caso de la imposibilidad absoluta, insuperable de la existencia de un delito cualquiera, a pesar de los actos ejecutados por el agente, no es posible sostener que pueda darse o tentativa o frustración o efecto acabado; "no hay, dice, sino el simulacro de un delito, que la justicia humana no puede castigar como realidad de ese delito o como tentativa"; sin embargo, Martínez de Castro se aparta de los objetivistas

y se acerca al criterio de los subjetivistas y del que había de dominar posteriormente entre los positivistas, que se muestran partidarios de la punibilidad del delito imposible, como lo precisara el Código Federal Suizo.

Entre los positivistas, Garofalo y Ferri, por ejemplo, sostienen esa punibilidad, siempre que el hecho revele peligrosidad en el agente; "desde el momento que no existe daño —sostiene Garofalo— no es posible castigar más que la voluntad, por tanto, poco importa que ésta se haya servido de un medio que no ofrecía posibilidades de éxito".

La razón por la cual debe sancionarse al agente, es la perversidad que su acto revele; "la cuestión de la tentativa con medios insuficientes —continúa afirmando Garofalo— no es tal desde el momento en que la medida de la penalidad está en la perversidad criminal. Si en la tentativa es bastante para revelar al delincuente, lo mismo que lo hubiera revelado la realización del delito, no hay diferencia entre una y otra, sean o no suficientes los medios. Lo que hay que investigar primero, es si la voluntad se ha manifestado en forma indudable y después, si esta voluntad es peligrosa, porque la perversidad que no lleva a la acción, no reclama represión alguna de la sociedad".

Y en confirmación de su tesis, agrega, "en efecto, la elección de los medios puede acusar la alta de energía o la torpeza del agente se imagina que se puede envenenar a un hombre con azúcar o sal común, o disparando un arma a distancia inverosímil. En estos casos no habría delito, no a causa de la insuficiencia del medio, sino porque esta insuficiencia es una prueba de que el agente no es capaz de cometer el delito, este individuo no tiene más que veleidades de delito: pero el hecho es inofensivo, en este caso y la represión penal, por tanto, sería absurda".

La tesis de Martínez de Castro se acerca, pues, más a la opinión de los positivistas que a la de los subjetivistas, e inclusive a cierto grupo de objetivistas que distinguen, como lo hace Ortolán, entre la imposibilidad absoluta y la relativa, que más que imposibilidad propiamente dicha, reúne las características de la tentativa propiamente dicha, como lo apunta la doctrina.

Martínez de Castro funda la punibilidad del delito imposible, no en la exteriorización de la voluntad criminal contraria a la norma, como lo expresan los subjetivistas, sino en la perversidad del agente, como lo afirman, con posteridad, los positivistas, si bien éstos consideran que si el hecho no es revelador de peligrosidad, no debe ser objeto de sanción.

9). También Martínez de Castro, anticipándose a su época, en el artículo 43 dispone que, "cuando haya en el delito alguna circunstancia atenuante no expresada en este capítulo (o sea el de las circunstancias atenuantes) y que iguale o exceda en importancia a las de las clases tercera o cuarta, así también cuando concurren dos o más semejantes a los de la primera y segunda, fallarán los jueces sin tomarlas en consideración, pero el tribunal que pronuncie la sentencia irrevocable, informará

de estos con justificación al gobierno a fin de que se conmute o rechace la pena si lo creyere conveniente".

Esta disposición tiene como antecedente al artículo 9 del Código Penal Español de 1850, sólo que en este Código, como en el de 1870 de dicho país, se consideran circunstancias atenuantes en las fracciones VII y VIII, las siguientes: la de obrar por motivos tan poderosos que materialmente hayan producido arrebatos y obcecación; VIII, y última, cualquiera otra circunstancia de igual calidad y análoga a las anteriores.

En la Exposición de Motivos, Martínez de Castro considera que las únicas circunstancias atenuantes que debe tener en cuenta el Juez, son las específicamente mencionadas en el Código, pero que si otras circunstancias no previstas en el mismo acompañan al delito, éste debe entenderse consumado o intentado, y la pena disminuirse o conmutarse únicamente a propuesta del tribunal sentenciador, por el Ejecutivo.

Esta idea la encontramos formando parte de la nueva política criminal, atentos los criterios de la Escuela Positiva, en códigos de los países socialistas, como el Soviético, que en el artículo 7o. del promulgado Código de 1960, en que se aceptan los lineamientos de los códigos accidentales, tan vituperados en los primeros años de la dictadura del proletariado, y se sostiene, que no se consideran como infracciones, las acciones u omisiones que si bien se comporten como tales, de acuerdo con los tipos previstos en la Parte Especial, no constituyen daño social en razón de su poca importancia. También en el Código Penal alemán, de 1975, con base en otros fundamentos, se autoriza en ciertos casos no aplicar sentencia alguna.

El maestro Macedo se muestra partidario de lo expresado en el Código de 71 en relación al precepto que estamos comentando, y lo acepta sin reparos en la revisión que le hizo al Código, tal como se desprende de las actas de la Comisión que trabajó de 1903 a 1912 para reformarlo, salvo pequeñas modificaciones de estilo, como el cambio de la palabra, poco afortunada de gobierno, por ejecutivo, y otras de poca importancia.

Sin embargo, el Código de 29, inspirado en la doctrina positiva, ni consideró el delito intentado o imposible, ni la disposición contenida en el artículo 43 que estamos comentando.

10). Entre las innovaciones que encontramos igualmente en el Código de 71, mencionaremos en primer término la pena relativamente indeterminada que acogieron los miembros de la Comisión que lo redactó.

El maestro Ceniceros hace hincapié en las innovaciones del Código de 71, al aceptar, dice, con original elaboración la pena relativamente indeterminada, "gracias, en cita de Belloni, al sistema de la retención por medio de la cual las penas privativas de la libertad de más de dos años, podían aumentarse hasta un cuarto de su duración, cuando el condenado diese motivo para ello por su conducta, con la correspondiente libertad

preparatoria o liberación condicional y por las medidas preventivas aplicables judicialmente post-delictum".

A reserva de volver sobre este tema, al estudiar las generosas ideas que inspiraron a los legisladores de 71 en cuanto a la aplicación de la pena de prisión, es oportuno recalcar que salvo en el Código de Portugal de 1852, no existía en los Códigos de su época disposición parecida.

En el artículo 1521 del Código de Portugal, se dispone que "todo condenado a prisión o degradación de segunda o tercera clase que transcurrido el tiempo marcado en la sentencia no mostrase que se ha mejorado, tendrá un suplemento de pena que será de un tercio más de aquel tiempo y podrá ser doble en los casos de reincidencia". Unico. La detención suplementaria se pronunciará por el Juez de Primera Instancia del lugar del establecimiento penal, a instancias del Ministerio Público y en audiencia del Jefe y capellán del establecimiento y del condenado".

También por lo que se refiere a la libertad preparatoria o libertad condicional, como se denomina en otros códigos, el Código de Portugal, de donde se tomó por cierto la denominación de libertad preparatoria de nuestra legislación, en el artículo 156 dispone lo siguiente: "al condenado que hubiera sufrido la mitad de las penas de prisión o confinamiento de segunda o tercera clase (o las dos tercias partes siendo reincidente) podrá concederse la libertad preparatoria con los requisitos siguientes:

Unico. La misma concesión y con las propias condiciones podrá hacerse a los condenados a prisión o confinamiento de primera que hubiera sufrido, por lo menos diez años de su pena o doce si fueren reincidentes".

Nuestro Código de 71, en los artículos 71 a 76, que forma parte del Título Tercero, Capítulo Primero, denominado "Reglas Generales Sobre las Penas", regula tanto la retención como la libertad preparatoria, en los siguientes términos:

"Art. 71. La pena de prisión ordinaria y la de reclusión en establecimiento de corrección penal, siempre que ésta exceda de diez y ocho meses, se entienden impuestas con calidad de retención por una cuarta parte más de tiempo, y así se expresará en la sentencia".

"Art. 72. La retención se hará efectiva cuando el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, cometiendo algún delito, resistiéndose a trabajar, o incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones de los reglamentos de la prisión".

Art. 73. La declaración de hallarse un reo en el caso de retención, la hará sumariamente el tribunal que pronuncie la condenación irrevocable, con audiencia del reo y vista del informe que el encar-

gado de la prisión debe rendir sobre la conducta del condenado, acompañando un testimonio de las constancias que sobre esto haya en el libro de registro".

"Art. 74. A los reos condenados a prisión y que hayan tenido buena conducta durante el tiempo necesario para pasar sucesivamente por los tres períodos que establece el artículo 130, se les dispensará condicionalmente el tiempo restante y se les otorgará una libertad preparatoria.

Los sentenciados a reclusión en establecimiento de corrección penal, por más de diez y ocho meses, podrán obtener libertad preparatoria cuando hayan tenido buena conducta continua durante un tiempo igual a la mitad del que deba durar la pena".

"Art. 75. Al condenado a prisión extraordinaria no se le otorgará la libertad preparatoria, sino cuando haya tenido buena conducta continua por un tiempo igual a dos tercios de su pena".

"Art. 76. Los requisitos de la libertad preparatoria se explican en los arts. 98 a 105".

La retención y la libertad preparatoria o condicional, no son en verdad una novedad de nuestro código, pues tanto una como otra la tomaron del código portugués de 1852; sin embargo, el mérito de nuestro código es que su aceptación se hizo en función del sistema penitenciario que establecieron, sistema que si bien en la práctica no se cumplió por falta de elementos, responde a una de las más humanas y profundas conquistas de nuestro código.

11). Es también mérito de los legisladores de 71, la inclusión en su articulado de medidas relativas a los menores infractores, sordomudos y enfermos mentales.

De acuerdo con el sistema seguido por la escuela clásica, la responsabilidad, fundada en el libre albedrío, excluía de toda pena a los inimpugnables, si éstos habían obrado sin conocimiento y voluntad.

En el Capítulo II del Título Segundo, Libro Primero, denominado "Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal", nuestro código dispone en el artículo 34, lo siguiente:

"Art. 34. Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales, son:

1a. Violar una ley penal hallándose el acusado en estado de enaje-

nación mental que le quite la libertad, o le impida enteramente conocer la ilicitud del hecho u omisión de que se le acusa.

Con los enajenados se procederá en los términos que expresa el artículo 165.

2a. Haber duda fundada, a juicio de facultativos, de si tiene expeditas sus facultades mentales el acusado que, padeciendo locura intermitente, viole alguna ley penal durante una intermitencia;

3a. La embriaguez completa que priva enteramente de la razón, si no es habitual, ni el acusado ha cometido antes una infracción punible estando ebrio; pero ni aún entonces queda libre de la pena señalada a la embriaguez, ni de la responsabilidad civil.

Faltando los dos requisitos mencionados, habrá delito de culpa con arreglo a la frac. 4a. del art. 11.

4a. La decrepitud, cuando por ella se ha perdido enteramente la razón;

5a. Ser menor de nueve años;

6a. Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.

En el caso de esta infracción y de la anterior, se procederá como previenen los arts. 157 a 159, 161 y

7a. Ser sordomudo de nacimiento o desde antes de cumplir cinco años, sea cual fuere la edad del acusado al infringir la ley penal, siempre que no haya tenido el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho por el cual se procede contra él.

Esta circunstancia, así como las anteriores, se averiguarán de oficio, y se hará declaración expresa de si han intervenido o no."

Sin duda, la denominación del capítulo y la redacción de las siete fracciones transcritas es pobre, en especial la referente a la embriaguez, si las juzgamos a la luz de los modernos descubrimientos científicos y la sistemática del Derecho Penal, pero su contenido no difiere sensiblemente de las disposiciones de los códigos que lo inspiraron y de los vigentes en esa época.

Así se desprende de los artículos 98 a 121 del Código de Baviera; 80. del Código Español de 1850; 68 a 70 del Código Portugués de 1852; 64 a 668 del Código Francés, etc.

Sin embargo, las medidas de aseguramiento o reclusión preventiva fijadas en los artículos 137 a 1666 de nuestro código, son más humanas y efectivas que las mencionadas en los códigos a que nos hemos referido; desafortunadamente, como lo señalan los comentaristas de nuestro código de 71, no fue posible cumplir las disposiciones de la ley por falta de recursos para fundar los establecimientos adecuados propuestos en ella.

Respecto a los menores, por ejemplo, siguiendo al código de 71, la ley divide las edades en cuatro períodos:

1o. Menores de nueve años, que son irresponsables.

2o. Mayores de nueve años y menores de catorce, que son responsables, y a los cuales debe aplicárseles las penas que marcan los artículos 224 a 226 y el 197 del propio Código que fija, que en caso de pena de muerte, se computará para los efectos de fijar el mínimo de la sanción entre la mitad y los dos tercios de veinte años de prisión señalados a los adultos en caso de conmutación de dicha pena.

3o. Mayores de catorce y menores de dieciocho, que tienen en su contra la presunción *juris et jure* de haber obrado con discernimiento, aunque incompleto.

4o. Mayores de dieciocho y menores de veintiuno, que pueden alegar esa circunstancia como atenuante.

De cualquier manera, nuestro código adelantándose a su tiempo, consiguió dos disposiciones que honran a nuestros legisladores al disponer:

"Art. 159. El término de dicha reclusión (para menores) lo fijará el juez, procurando que sea bastante para que el acusado concluya su educación primaria, y no excederá de seis años", medida que puede revocarse para poner en libertad al menor si se acredita que puede volver al seno de su familia sin peligro para la sociedad por haber mejorado su conducta; y

Art. 161. Las diligencias de sustanciación que se hayan de practicar con el acusado menor de catorce años, se ejecutarán precisamente en el establecimiento de educación correccional y no en el juzgado".

No obstante, la falta de establecimientos correccionales impidió dar cumplimiento a las prevenciones de la ley. "Los jóvenes sentenciados, nos dice Don Demetrio Sodi, permanecen en Belén, en el departamento llamado de "Pericos", en el que se corrompen de un modo completo, existiendo, como prueba, menores de dieciocho años que cuentan con diez y más ingresos por diversos delitos. Debemos lamentar profundamente la carencia de establecimientos adecuados para la educación y castigo de los niños delincuentes".

Tampoco en relación a los locos y sordomudos, se contó con los centros de rehabilitación u hospitales que menciona el Código, y de hecho

no contamos a la fecha con un centro de educación y reclusión de sordomudos, los que permanecen en las cárceles en un estado de abandono inconcebible, víctimas de burlas y malos tratos por parte de reclusos y custodios.

Por lo que se refiere a los enajenados o locos, como los llaman nuestros códigos, es a partir de la reforma penal de 71 que contamos, inaugurado en 76, con el primer hospital para los Reclusorios del Distrito Federal, en el que se trata a los enfermos mentales, hospital que sustituyó al Anexo Psiquiátrico de Lecumberri, fundado por su director en aquel entonces, el General Martín del Campo, hombre bueno y empeñoso, que dirigió durante varios años, con decoro, esa cárcel, que mereció el título de "Palacio Negro", por las iniquidades que en ella se cometieron.

12). Por lo que se refiere a la ebriedad, el Código de 71 no fue acertado, y las críticas que le formularon son justas y fundadas.

En efecto, el Código de 71 consideraba la ebriedad desde distintos puntos de vista: 1o. Como exculpante; 2o. Como delito de culpa, si es completa, existe el hábito de embriagarse y si ha delinquido con anterioridad en estado de ebriedad; 3o. Como atenuante de tercera clase si es accidental e involuntaria, si es incompleta y el delito de aquellos a que la ebriedad provoca; 4o. Como circunstancia calificativa, si se adquiere para cometer el delito; y 5o. Como delito especial, si se trata de un ebrio habitual que causa grave escándalo y cuando hubiere cometido con anterioridad un delito grave en estado de ebriedad (Arts. 923 y 924).

Resulta inaceptable, desde luego, que la ebriedad se considere en el Código de 71 como atenuante, y aún más, que el sujeto que hubiere delinquido en estado de ebriedad, resulte favorecido por este hecho, al aplicarle la pena de los delitos culposos, sobre todo teniendo en cuenta los dos requisitos que fija el Código: habitualidad y reincidencia.

Con razón, afirma Sodi, "no cabe duda de que ese mismo ebrio es menos culpable si, a pesar de su hábito vicioso, no ha delinquido antes; así como si delinquiró alguna vez bajo la influencia del alcohol, faltando el hábito de que nos ocupamos.

Nuestro Código, al exigir ambos requisitos, comete una injusticia y se expone a castigar con mayor pena al que aparece menos criminal y peligroso".

De cualquier suerte, es mérito indiscutible del Código de Martínez de Castro, haber distinguido en forma expresa lo referente a las penas, Capítulo II, del Título Tercero, del Libro Primero, de las que llamó Medidas Preventivas, adelantándose al Código Penal suizo del Profesor Stoops, que acoge por primera vez la distinción entre penas y medidas de seguridad.

13). Por lo que se refiere a las mal llamadas "Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal", entre las cuales se incluye la legítima defensa, estado de necesidad, coacción, furtivo, cumplimiento de un de-

ber y ejercicio de un derecho, error fundado, obediencia jerárquica, sigue los lineamientos y acepta los defectos de los códigos en que se inspiró.

En los artículos 27 a 31 se fijan las reglas relacionadas con la acumulación y reincidencia; en el 27 define la acumulación en los siguientes términos:

"Art. 27. Hay acumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por varias faltas o delitos ejecutados en actos distintos, y si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

En el 28 acepta las teorías vigentes entonces, relacionadas respecto al delito continuado y al concurso ideal; en el 29, define la reincidencia punible en los siguientes términos: "Cuando comete uno o más delitos el que antes ha sido condenado en la República o fuera de ella por otro delito del mismo género, o procedente de la misma pasión o inclinación viciosa; si ha cumplido ya su condena o sido indultado de ella, y no ha transcurrido además del término de la pena impuesta, una mitad del señalado para la prescripción de aquella".

Este concepto de reincidencia se ajusta a lo expresado por Ortolán, que como ya vimos, sirvió de guía en la redacción del Código de 71, en el sentido de reconocer como reincidencia únicamente la reiteración de la misma inclinación criminal y la fijación de un plazo entre la primera condena y el nuevo delito. "Después de cierto tiempo, dice Ortolán, la influencia de la reincidencia, por lo menos en cuanto concierne a la culpabilidad absoluta, debe cesar".

Siguiendo el criterio expuesto por Ortolán, en la Exposición de Motivos, Martínez de Castro afirma lo siguiente: "La reincidencia, en sentir de Ortolán, no cambia los elementos de hecho del delito mismo; pero si tiene una gran parte en el elemento moral y otra no menor en el social, es decir, en la necesidad pública de la represión: y de ahí deduce que debe ejercer una influencia indudable sobre ésta, tanto bajo el punto de vista de la justicia, como bajo el de la utilidad social, que son los dos fundamentos del derecho de castigar".

14). Por lo que se refiere a la acumulación, el Código de 71 se apartó de sus modelos, y considerando exagerado el concurso material del jurídico que acoge el portugués, sigue el sistema mixto que menciona Bonville, que al decir de Martínez de Castro, consiste en aplicar la pena del delito más grave a los otros delitos, con las modificaciones que se introducen en los artículos 207 a 276, en los que se regula casuísticamente la aplicación de la pena en los casos de acumulación y reincidencia.

Del concurso ideal, aun cuando se reconoce tíbiamente, no se da ninguna regla específica para la aplicación de penas; el Licenciado Lozano, al comentar lo referente a la acumulación ideal, sostiene "que tampoco

se tendrá cosa de acumulación, el que se haya violado con un solo acto, por un solo hecho u omisión, diferentes leyes penales. Entonces no hay más que un solo delito y la multiplicidad de las leyes penales violadas sólo da origen a la cuestión de determinar cual de las penas que las diferentes leyes imponen deberá aplicarse al acusado: pero la pena será única, como fue único el delito".

Solución simple que no responde a las modernas corrientes del derecho penal, y que siguen, por cierto en forma inexplicable, los códigos de 29 y 31, pues sus autores debían estar al tanto de las corrientes doctrinarias y opiniones en relación a los problemas del concurso, tanto real como ideal.

Aun cuando inspirado en la Escuela Clásica, que sostiene que la pena aplicable a los autores de un delito, debe ser igual, sin importar sus diferencias y distintas condiciones, Martínez de Castro reconoce que "por buena que se suponga una ley penal, pecará por demasiado severa en unos casos, y por muy benigna en otros, si no se deja a los jueces alguna libertad para aumentar o disminuir la pena dentro de ciertos límites fijados en la misma ley, en atención a las circunstancias que precedieron, que acompañaron y que siguieron al delito y de las personas del delincuente, para proporcionar la pena a la gravedad de aquél".

No obstante esta declaración, que mucho dice de la capacidad y de la intuición de los legisladores de 71, no se otorgó a los jueces la posibilidad de aplicar su arbitrio; no había llegado aún el momento de aceptar este sistema, pero es mucho, dadas las condiciones de su época, que el código tenga en cuenta la necesidad de no aplicar en todos los casos la misma pena y al mismo delito, sino que destaque la necesidad de tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente.

Ante esta necesidad, se preguntan los legisladores si debe dejarse a los jueces en libertad para considerar las circunstancias atenuantes y agravantes, y responden negativamente, "porque entonces, dicen, se daría lugar a que aquellos disminuyeran o aumentaran las penas a su antojo y sin causa suficiente para hacerlo, o se viera, como se ha visto en Francia, el escandaloso absurdo de que declarasen los jurados por mayoría y aún por unanimidad, que habían circunstancias atenuantes, siendo así que cada jurado había tomado en consideración una circunstancia diversa y no había habido más de un solo voto para cada una de ellas" (Bonneville, Tomo X, págs. 83 y siguientes).

La desconfianza en los jueces y la necesidad de que los hechos fueran apreciados lo más justamente posible, llevó a nuestros legisladores a preconizar un sistema, causístico en extremo, en el que se recargan atenuantes y agravantes de primero a cuarto grado, circunstancias que el juez debía sumar y restar a la pena base para determinar la que de acuerdo con este sistema, debía imponer.

En estas condiciones, la función del juez quedó reducida a la de un

simple calculista, que sin visión de la vida, en busca tan sólo de una justicia abstracta, fuera de la realidad, se limitaba mediante simples operaciones aritméticas de suma y resta, a aumentar o disminuir la pena base siguiendo los patrones establecidos respecto a las distintas circunstancias agravantes y atenuantes.

Sin embargo, es mérito del legislador de 71, como lo señalamos ya, el que percibiera que no todas las circunstancias que enumeró, cubrían el amplio e infinito devenir del comportamiento humano, y estableció "que cuando haya en el delito alguna circunstancia atenuante no expresada en este capítulo y que iguale o exceda en importancia a las de las clases tercera o cuarta, así también cuando concurren dos o más semejantes a las de la primera y segunda clase, fallarán los jueces sin tomarlas en consideración; pero el tribunal que pronuncie la sentencia irrevocable, informará de esto con justificación al gobierno, a fin de que conmute o reduzca la pena si lo creyere justo".

15). Por lo que se refiere a las personas que considera responsables de los delitos, si bien en la exposición de motivos se alude a que la Comisión sólo aceptó tres clases de delincuentes, autores, cómplices y encubridores, "porque aun cuando en alguno que otro código se hace una clasificación más numerosa", se ha creído conveniente la mencionada, "porque debe procurarse la sencillez en las leyes cuando de esto no resulte inconveniente"; lo cierto es, sin embargo, que es demasiado prolijo y abunda y repite conceptos al definir a los autores, cómplices y encubridores.

En el artículo 49, en siete fracciones, se refiere a los que considera autores de un delito; en el 50, define confusamente a los cómplices y en el 54, a los que considera encubridores, que divide en tres grupos o clases; los de la primera clase, que son los simples particulares que favorecen a los delincuentes, auxiliándoles para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él; procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito o se descubra a los responsables de él; ocultando a éstos, si tiene costumbre de hacerlo, u otra promesa dada o recibida.

Los de segunda clase, que son los compradores de cosas robadas, o sea los comprendidos dentro del llamado actualmente delito de recepción y los funcionarios públicos que si la obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto para adquirir cosas robadas u ocultar a las delincuentes, y los de tercera clase, que son funcionarios que teniendo por su empleo o cargo, el deber de impedir o de castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin acuerdo previo con ellos.

Nuestra ley penal, al decir de Sodi, en materia de autoría y participación, se inspira en las ideas de Ortolán, admitiendo la distinción entre los autores materiales, los intelectuales y los auxiliares, para llegar a la regla penal teórica: "Contra los autores, ya sean intelectuales, ya sean materia-

les, la pena del delito. Contra los auxiliares la pena del delito con una rebaja”.

También y en relación a las teorías de autor y partícipe, a pesar de sus defectos, el Código de 71 se adelantó a las ideas de su tiempo; en efecto, en los artículos que comentamos, dice Sodi, se atiende a la mayor o menor temibilidad de los que concurren a delinquir y “se procura individualizar la pena al grado que muchas de las indicaciones de Sighele, para la formación de un Código Penal, inspirado en las ideas positivas, han sido adicionadas y reducidas a preceptos en nuestra ley penal. Por esta causa llama nuestro Código autores a los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución si se valen de medios eficaces para que otros los cometan.

Por eso son, entre nosotros, “autores los que ejecutan hechos que aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente, así como lo son igualmente los que debiendo por su empleo o cargo impedir o castigar un delito se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa o a procurarle impunidad en el caso de ser acusado”.

Sin embargo, por lo que se refiere al encubrimiento, Sodi no es tan categórico; en primer término, critica y con razón, el que se confunda a los encubridores con los receptadores y por cuanto al encubrimiento, los casos en que existen en la ley española (Código de 1850), “fueron desarticulados por nuestro Código, según se estimó que eran más o menos graves para formar las tres agrupaciones que establece. Casi fue copiado el artículo 14 español, para determinar en el nuestro quienes eran encubridores de primera clase, con la diferencia de que entre nosotros son encubridores de tercera clase los que, teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o de castigar un delito, favorecen a los delinquentes sin previo acuerdo con ellos, auxiliándolos para que se aprovechen de las cosas que son objeto o efecto del delito o se aprovechan los encubridores o bien procuren impedir que el delito se averigüe o que se descubra a los responsables de él; y en el Código Penal extranjero se previene que son encubridores los que albergan, ocultan o proporcionan la fuga del culpable, si concurre la circunstancia de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor”.

16). Sin embargo, es en relación a la naturaleza y aplicación de las penas, que nuestro Código presenta los aspectos más novedosos y humanos para su tiempo.

En primer término, nuestro Código, si bien tímidamente, pero en forma precisa, distingue las penas, de las que denomina medidas preventivas, incorporadas a la legislación penal, bajo el nombre de medidas de seguridad, a partir del código suizo, obra del gran jurista Stoos.

Las penas las enumera en el artículo 92 y las medidas preventivas en el 94.

Entre las primeras, menciona las siguientes:

- I. Pérdida, a favor del Erario, de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto u objeto de él;
- II. Extrañamiento;
- III. Apercibimiento;
- IV. Multa.
- V. Arresto menor;
- VI. Arresto mayor;
- VII. Reclusión en establecimiento de corrección penal;
- VIII. Prisión ordinaria en penitenciaría;
- IX. Prisión extraordinaria;
- X. Muerte;
- XI. Suspensión de algún derecho civil, de familia, o político;
- XII. Inhabilitación para ejercer algún derecho civil, de familia o político;
- XIII. Suspensión de empleo o cargo;
- XIV. Destitución de determinado empleo, cargo u honor;
- XV. Inhabilitación para obtener determinados empleos, cargos u honores;
- XVI. Inhabilitación para toda clase de empleos, cargos u honores;
- XVII. Suspensión en el ejército de una profesión, que exija título expedido por alguna autoridad, o corporación autorizadas para ello;
- XVIII. Inhabilitación para ejercer una profesión;
- XIX. Destierro del lugar, Distrito o Estado de la residencia.”

Entre las medidas preventivas, enumera las siguientes:

- I. Reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional;
- II. Reclusión preventiva en la escuela de sordomudos;
- III. Reclusión preventiva en un hospital;
- IV. Caución de no ofender;
- V. Protesta de buena conducta;
- VI. Amonestación;
- VII. Sujeción a la vigilancia de la autoridad política;
- VIII. Prohibición de ir a determinado lugar, Distrito o Estado, o de residir en ellos.”

Don José Angel Ceniceros, al comentar la carta que le envió el profesor Belloni, publicada en la Revista Criminalia y que mencionamos en líneas anteriores, nos dice que la introducción de las medidas de seguridad, se debe pues, en opinión de tan distinguido autor “al mexicano Mar-

tínez de Castro, pocas veces citado, primero que el suizo Stoos, frecuentemente mencionado a este respecto".

Las medidas preventivas, comenta don José María Lozano, y en esto radica la importancia de la innovación de Martínez de Castro, "no son penas, aunque algunas de ellas importan algún padecimiento. Se aplican no para castigar los delitos perpetrados, sino para prevenir su ejecución en casos determinados y especiales, o bien para poner a ciertas personas irresponsables por falta de capacidad, en la imposibilidad de ejecutar ciertos actos que aunque no punibles por razón de esa misma incapacidad, causan un daño o importan un peligro para la seguridad de todos. Tal es el carácter de esas medidas preventivas que lo son para casos determinados y no hay que confundirlas con las que en un orden general aconsejan los sanos principios de la ciencia legislativa para hacer menos frecuentes los delitos y para prevenirlos".

De las penas, vamos a ocuparnos, preferentemente de las de muerte y prisión, por la importancia de las mismas, aun cuando haremos mención a otras de las mencionadas en el artículo 92.

El Código de Martínez de Castro, en el Título Cuarto del Libro Primero, se refiere concretamente a cada una de las penas que enuncia en el artículo 92, definiéndolas y regulándolas, y en el Título Quinto a sus distintas formas de aplicación, de acuerdo con su naturaleza.

La Comisión fue partidaria de suprimir la pena de muerte de nuestro Código, y así en forma expresa lo acordó en la sesión de 11 de junio de 1869. "Propuso Lafragua que no figurase en el proyecto la pena de muerte ni los demás artículos relativos por estar en contra la mayoría de la Comisión, sino que tanto sobre éstos como sobre aquella formulase Martínez de Castro su voto particular. Martínez de Castro dijo que debería figurar en el proyecto informando al Ministerio y haciendo constar en las actas quienes votaban en pro y en contra de esos artículos".

La divergencia planteada sobre la abolición de la pena de muerte se acordó someterla a la consideración del Ministerio de Justicia y el tema volvió a tratarse en la sesión de 21 de septiembre de 1869. Dijo Ortega: "Se establece en uno de los artículos que la pena de muerte no debe ejecutarse en público; yo soy partidario de la abolición de la pena de muerte y en consecuencia me parece mal que se aplique de cualquier manera que se haga; pero el que se aplique en público tiene siquiera en su abono la tradición; mientras que el que se haga en secreto tiene en su contra al asemejarse al sistema inquisitorial. Martínez de Castro contestó. Consultado el Gobierno por el Secretario si había de conservarse o no la pena de muerte, contestó que estaba decidido a conservarla aun cuando toda la Comisión estuviera en contra por lo mismo la conveniencia o inconveniencia de conservar o no la pena de muerte no está sujeta a la calificación de la Comisión. Respecto al modo de aplicarlo, el que no se haga en público, no tiene los inconvenientes que indica O. de M., por-

que en los tiempos modernos no hay mejor medio de publicidad que la prensa; y en varios países de Europa ya no se aplica esta pena en público y los mejores criminalistas aconsejan que así se haga".

En la Exposición de Motivos del Código de 1871, Martínez de Castro hace expresa referencia a esta división de criterios y después de sostener la legitimidad de la pena de muerte y argumentar en su favor afirma que no piensan así "los demás miembros de la Comisión, quienes decididamente están por la inmediata abolición de dicha pena. Así es que no figuraría en nuestros proyectos, por ser yo el único que ha sostenido ser necesario conservarla todavía, a no haber manifestado el Supremo Gobierno, por conducto de ese Ministerio, que aceptaba mi opinión, la cual no difiere substancialmente de la de mis dignos compañeros. Como estos veo con horror el derramamiento de sangre humana y anhelo como ellos vivamente que desaparezcan de entre nosotros estos suplicios sangrientos; pero a mi juicio no ha llegado este suspirado día y todo lo que debemos hacer es trabajar empeñosamente para hacer innecesaria la pena capital".

Este feliz momento sería, para Martínez de Castro, aquel en que nuestro país contara con un adecuado sistema penitenciario "que es el único, sin duda con que pueden alcanzarse los dos grandes fines de la pena, el ejemplo y la corrección moral".

Las condiciones en que se encontraba nuestro país cuando se expidió el Código, según sostiene con singular energía Martínez de Castro, no eran propicias para su abolición, pero aboga para que en lo futuro se logre, para que se limite su aplicación y se humanice su creciente ejecución. "Sea cual fuere el talento, nos dice convencido, de los hombres ilustres que defienden la subsistencia de la pena de muerte, no podrán luchar largo tiempo contra la irresistible fuerza de la civilización cristiana, que debe borrar de nuestros Códigos criminales, esa última huella del Talión. La causa de la abolición de la pena de muerte está ganada ya para el futuro y apoyándose en el progreso de la razón pública, en la dulcificación de las costumbres y en el desarrollo de la reforma penitenciaria, se libra de la temeridad de los impacientes".

Mientras tanto sugiere limitar su aplicación y hacerlo en la forma más humana posible; así en el artículo 143, se dispone que la pena de muerte se reduce a la simple privación de la vida y no podrá agravarse con circunstancia ninguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de verificarse la ejecución y en el 144 se prohíbe su aplicación a las mujeres y a los varones que hayan cumplido setenta años.

Además, en el Libro que se refiere a los delitos en particular, se limitan los casos en que se aplicará la pena de muerte, que en leyes anteriores se prodigaba, y tan sólo en los supuestos más graves de robos con violencia (Art. 404), homicidio calificado (Art. 561), parricidio (Art. 5668), secuestro (Art. 619 fracción IV) y traición (Art. 1080 fracción I y Art. 1081).

En cuanto a la ejecución de la pena de muerte, en los artículos 248 a 251, se dispone que la pena de muerte no se ejecutará en lugar público, sino en la cárcel u otro lugar cerrado; en día no feriado, previa participación al público mediante carteles que se pondrán en lugares visibles y el otorgamiento de un plazo al penado que no exceda de tres días, ni sea menor de veinticuatro horas para que se le ministren los auxilios espirituales de su religión y pueda hacer sus disposiciones testamentarias.

17). Por lo que se refiere a la pena de prisión, los miembros de la Comisión le dan una importancia suma; esperan de ella todo y confían en su bondad; que lejos estaban de participar de las modernas y casi unánimes opiniones de lo que se ha dado en llamar "la crisis de la prisión".

Para Martínez de Castro y sus compañeros, la pena por excelencia es la pena de prisión, a la que atribuyen las cualidades de ser divisible, moral, revocable y en cierto modo reparable y que, como sostiene Ortolán, tiene como fin el de ser afflictivo, ejemplar y correccional.

"Lo más importante de todas estas circunstancias, dicen, son las tres últimas, pues con ellas se alcanza el fin único con que las penas se imponen, el de evitar que se repitan los delitos que con ellas se castigan. En efecto, por medio de la intimidación se alejará a todos del sendero del crimen; y por medio de la corrección moral del condenado, afirmará éste en los buenos propósitos que la pena le haya hecho formar y que de otro modo quebrantaría muy fácilmente".

¿Pero como alcanzar ese objeto? De acuerdo con las opiniones más humanas entonces vigentes, la pena no es tan solo castigo, sino que tiene como fin corregir, y consideran además, que para cumplir su fin y evitar el contagio carcelario, los reos deben permanecer aislados, en celdas individuales, de día y de noche, por lo menos en el primer período del cumplimiento de sus sentencias; de acuerdo con su conducta, obtener privilegios o sufrir privaciones, como se apunta en el sistema irlandés.

El trabajo es requisito obligado al que deben someterse los sentenciados, de acuerdo con los reglamentos de la prisión, con excepción de los reos políticos, que pueden elegir el trabajo que quisieren, siempre que no se oponga a ello, el reglamento del establecimiento en que se encuentren.

En los términos de los artículos 81 y 82, los sentenciados a prisión, deben dedicarse, en primer término, a las obras u ocupaciones que requiera la administración y si ésta no puede otorgarles trabajo, se les debe autorizar para vender sus productos a particulares u ocuparse de los trabajadores que estos les encomienden, en la inteligencia, según el párrafo final del artículo 82 de que "nunca se permitirá que empresario o contratista alguno tome por su cuenta los talleres de las prisiones, ni especule con el trabajo de los reos."

Respecto a la distribución del producto del trabajo de los reos, aun cuando se parte del discutido principio de que pertenece al Erario, se

reconoce que por mera gracia, se aplicará el total o una parte del mismo al reo, aun cuando se trate de obras hechas para la administración pública. Del importe que corresponde al reo, se reservará un por ciento como fondo de reserva, otro para auxilios de su familia y otro, que no se cubrirá en numerario, sino en objetos que lícitamente se le puedan dar "conforme a los reglamentos de las prisiones".

Quedan exceptuados de esta distribución los reos condenados a reclusión por delitos políticos, que tienen derecho a que se les aplique todo el producto de su trabajo y los condenados a arresto menor.

En cuanto a las reglas a que debe sujetarse la aplicación de la pena de prisión contenidas en el Capítulo VI del Título Cuarto, se previene, en primer lugar, que se ajustará a tres períodos; el primero, durante el cual cada reo la sufrirá en celda con incomunicación de día y de noche, incomunicación que será bien absoluta o parcial.

En el supuesto que se trate de la incomunicación absoluta, no se permitirá a los reos comunicarse sino con algún sacerdote o ministro de su culto, con el director del establecimiento y sus dependientes y con los médicos del mismo; excepcionalmente se les permitirá comunicación con otra persona cuando sea absolutamente preciso.

Si la incomunicación es parcial, el reo que en ningún caso podrá comunicarse con otros reos, tendrá derecho a la visita de sus familiares en los días y horas que le fije el reglamento, con los miembros de las juntas protectoras de presos y con otras personas que los puedan instruir en religión o moral, ajenas al establecimiento y a juicio de la junta de vigilancia del mismo.

El primer período tendrá una duración no menor de un sexto de la condena y en dicho período, no podrá hacerse cesar la incomunicación parcial ni para recibir instrucción común.

El segundo período que comprenderá un lapso igual a un tercio de la condena, permitirá al reo recibir instrucción en común y trabajar en talleres, pero en las noches debe permanecer incomunicado en su celda individual.

En el primero y segundo período, se podrá decretar por las autoridades carcelarias la incomunicación absoluta para agravar la pena, cuando aquella no se creyere castigo bastante. Esta agravación no podrá bajar de veinte días, ni exceder de cuatro meses.

Sin embargo, esta limitación no se opone a su aplicación como medida disciplinaria, en los casos y por el tiempo que permitan el reglamento de las prisiones.

En el artículo 136, el Código menciona un tercer período, en el que se intuye la posible creación de las cárceles abiertas o sin rejas, que hoy en día vienen en auxilio del tan debatido problema, cada vez más agudo, en torno a la crisis de las prisiones y rebela, como lo veremos en la cita de la exposición de motivos, el sentido humano de nuestros legisladores.

El artículo 136, dice a la letra:

"Art. 1366. Los reos que por su buena conducta deban salir ya del segundo período de la prisión y que hayan dado pruebas de arrepentimiento y enmienda suficientes, serán trasladados al departamento del tercer período, en donde permanecerán seis meses por lo menos.

En este último departamento no habrá ya incomunicación alguna; y si la conducta de los reos fuere tal que inspire plena confianza en su enmienda, se les podrá permitir que salgan a desempeñar alguna comisión que se les confiera o a buscar trabajo, entre tanto se les otorga la libertad preparatoria.

Si la pena fuere menor de dos años, los reos permanecerán, por lo menos, tres meses en el departamento del tercer período; y si fuere la de prisión extraordinaria, todo el tiempo que les faltare para completar el término que establece el artículo 75; pero sin que la permanencia en dicho departamento pueda ser menor de seis meses".

Los legisladores contemplan el supuesto de que los reos durante el cumplimiento de su sentencia cometieren un nuevo delito o una falta grave, en cuyo caso, la autoridad penitenciaria los debe regresar al período anterior, sin perjuicio de las penas que se le fijen por el nuevo delito o falta; por lo que toca a las mujeres, su pena la deberán sufrir en cárcel distinta o departamento separado de los hombres, sin ninguna comunicación con ellos.

La influencia de las corrientes correccionalistas de Roeder y la influencia del sistema irlandés, son evidentes y su filosofía humana y avanzada se expresan en la exposición de motivos, tan sentida, tan honda, que no resisto el transcribir algunos de sus párrafos más hermosos e idealistas y por lo tanto, más dolorosamente incumplidos desde su aplicación.

¿La corrección del reo, hoy readaptación, puede conseguirse con la pena de prisión? Sí, afirman nuestros legisladores, con tal que se cumpla con los requisitos a que ya nos hemos referido y durante su cumplimiento "se les ocupe constantemente en un trabajo honesto y lucrativo y se les forme con una parte de sus productos un pequeño capital para que tengan de qué subsistir cuando estén libres; que a los que carezcan de instrucción en un oficio o arte, se les dé, así como también en las primeras letras, en la moral y en la religión; y finalmente, que por un término suficiente de prueba, den a conocer la sinceridad de su arrepentimiento, para que no haya temor de que recaigan al volver a la sociedad. He ahí las medidas que aconsejan los criminalistas filósofos, y a las que el eminente Livingston inspiraron tal confianza, que se avanzó hasta decir:

"Yo creo firmemente que muchos de los condenados, cuando vuelven a la sociedad, serán miembros más dignos de ella, que otros que, por no haber cometido un delito de gravedad, no hayan incurrido en una pena semejante".

Para hacer más efectiva la pena de prisión, la Comisión, afirma Martínez de Castro, hizo más, aumentar según vimos la duración de la misma, al establecer la retención, si el reo no da muestras de arrepentimiento, o acortarla mediante la libertad preparatoria.

"Como a pesar de todas estas medidas, a cual más racional y filosófica, podría haber algún peligro en que, sin preparación alguna, se pusiera a los condenados en absoluta libertad, entregándolos de improviso a todas las seducciones, a todos los peligros del mundo después de muchos años de privaciones y encierro, la comisión ha cuidado de que los presos estén en comunicación constante con su familia y con otras personas capaces de moralizarlos con su ejemplo y sus consejos, y de proporcionarles trabajo. Además, ha fijado como período último de prueba una de seis meses, en que poniéndolos en completa comunicación y dándoles alguna libertad, no quede ya duda de que es verdadera y sólida su enmienda".

Con estas medidas espera la Comisión conseguir la corrección del criminal y llevarlo, como afirma Bonneville, por el camino del honor.

"Esas no son vanas ilusiones, porque el resultado feliz que la comisión se promete, no solamente lo hace esperar la sana razón, sino que lo tiene acreditado la experiencia; pues Inglaterra, Irlanda y Sajonia están cogiendo hace años copiosos frutos del sistema indicado, aunque no lo han planteado todavía con todos los requisitos convenientes; lo adoptó ya la ilustrada comisión que formó el proyecto último de Código Penal de Portugal, que es en el que mejor se aplican los principios de la ciencia; se ha propuesto su adopción en Italia; y no tardará mucho en generalizarse en todas las naciones civilizadas.

El que todavía dude de los asombrosos resultados que ha producido y está produciendo en las tres primeras de las naciones citadas, se desengañará leyendo los documentos intachables que, como prueba de aquéllos, presentan Bonneville y León Vidal, y lo que dice Simonet en su juicio crítico de la excelente obra que Van-der-Bruggen dejó escrita sobre el sistema penitenciario de Irlanda."

Respecto a la incomunicación a la que ya nos hemos referido, la funda en estos términos nuestro gran jurista:

“Los diversos sistemas penitenciarios que hay, son los siguientes: 1º, el de comunicación continua entre los presos; 2º, el de comunicación entre ellos, sólo durante el día; 3º, el de incomunicación absoluta o de aislamiento total; y 4º, el de separación constante de los presos entre sí y de comunicación de ellos con los empleados de la prisión, con los sacerdotes de su culto y con otras personas capaces de moralizarlos.

El último de estos cuatro sistemas, que es el que ha adoptado la comisión, salva todos los inconvenientes que se atribuyen a los otros tres: tiene en su apoyo la opinión de los más célebres criminalistas, y es, también, el que mereció la aceptación unánime del Congreso Penitenciario que se reunió en Francfort-sur-le-Mein y en Bruselas en 1846 y 1847, compuestos de hombres de diversas naciones, todos competentes en la materia, y entre los cuales se hallaba el gran juriconsulto Mittermaier, a quien se ha considerado como el primer criminalista del siglo. Así lo acredita la primera de las declaraciones que dicho cuerpo hizo y que literalmente transcribe Ortolán en su inestimable obra ya citada.

La base de este sistema consiste en quitar a los presos toda comunicación moralmente peligrosa y en facilitarles todas las que tiendan a moralizarlos. Pues bien. ¿Puede darse mayor peligro de corrupción que el de estar en contacto con los criminales? Para Livingston ninguno le iguala, y así lo da en entender muy claramente en estas notables palabras: “El vicio es más contagioso que la enfermedad; muchos males del cuerpo no se comunican ni aun por el contacto; pero no hay un solo vicio de los que afectan el alma que no se pegue por la comunicación constante. Todavía sería menos irracional poner a un hombre en una casa apestada para curarle un simple dolor de cabeza que encerrar para su corrección a un delincuente en una prisión montada bajo el sistema común”. Esto mismo había dicho cuarenta años antes nuestro sabio compatriota, el Sr. Lardizábal, en su precioso discurso sobre las penas”.

Finalmente, hace hincapié en la necesidad de procurar la formación moral del reo, para lo cual:

“...debe dárseles instrucción moral y religiosa, y ahora agregó que esto es absolutamente preciso, porque sin esa base no puede ser perfecto ningún sistema de prisiones. Tal es el sentir de autores muy respetables y del Congreso penitenciario ya mencionado. Desechar esta opinión sería tan absurdo como no querer poner los medios para conseguir el fin a que se aspira, porque si se admite,

como es preciso admitir, que uno de los más importantes fines de las penas es la enmienda del penado, y que los Gobiernos deben procurar a toda costa conseguirlo, es inconcuso que no deben hacer a un lado el auxilio más poderoso que pueden tener en la instrucción moral y religiosa. Si ella es útil y eficaz en todas circunstancias, nunca lo es tanto como cuando se da a los presos, y a presos condenados a la soledad y al silencio. Abrumados con el peso de su desgracia, entregados a la contemplación de ella y atormentados con sus remordimientos, abren su corazón, naturalmente, a todo lo que puede proporcionarles un consuelo, a cuanto puede servir de lenitivo a sus pesares, y reciben la instrucción moral y religiosa como un bálsamo reparador, que devolviéndoles la tranquilidad y la esperanza, les hace tomar la resolución de abandonar para siempre la senda del crimen. No pocas veces quebrantarán estos laudables propósitos; mas no por eso deben despreciarse los medios de verlos realizados, pues aunque sólo se consiguiera la enmienda de unos cuantos culpables, siempre sería digno del legislador consagrar en un Código ese pensamiento tan noble y generoso”.

Desafortunadamente las ideas penitenciarias de Martínez de Castro no se consolidaron y razones de presupuesto y procesales impidieron su implantación.

18). A la vigencia del Código de 71 funcionaban en la Ciudad de México las cárceles conocidas con el nombre de cárcel de la Acordada, ubicada en las actuales calles de Humboldt, cuyas fallas y desorganización eran notorias; fallas y desorganización que persistió a pesar del nuevo código, en el que se expresaban ideas tan idealistas y humanas como las que hemos transcrito. Fue hasta el año de 1900, terminada e inaugurada la Penitenciaría del Distrito Federal, que se expidió el primer reglamento penitenciario, que se ajustó, pero sólo técnicamente, a las prevenciones del código, y que al decir de varios juristas, fue obra de don Miguel Macedo, con la colaboración de don Ricardo Guzmán.

Poco había de durar, sin embargo, la vigencia del reglamento, y la obra científica y técnica en la penitenciaría, pues las deficiencias presupuestales y la revolución, dieron al traste con todos los buenos propósitos de nuestros juristas.

Sobre el reglamento de la penitenciaría, hemos de volver con posterioridad, pues aun cuando durante la vida de nuestra Escuela no ha estado efectivamente en vigor, es un antecedente excepcional de nuestro penitenciarismo, tan ligado, en estos últimos años, a un desperdiciado y extraordinario jurista, que a su entusiasmo juvenil ha unido un profundo conocimiento y una gran visión de la vida del derecho en México; me refiero a Sergio García Ramírez, por el que tan profunda admiración y afecto profesó.

Pero además, poco valor podía tener el reglamento de 1900, si no se ha podido superar en los códigos procesales, la gran falla de nuestra justicia penal: la lentitud e indiferencia en los procesos para lograr una más expedita administración de justicia.

Vencer estos obstáculos fue el propósito de la reforma penal de 1971, pero es tanto el peso de la inercia, que a pesar de los años de vigencia de la reforma, no ha sido posible destruir la resistencia de los jueces, Ministerios Públicos y abogados para agilizar el procedimiento y hacer más breves los procesos.

El lograrlo, es requisito sine quanon para una buena administración penitenciaria que aspire a la corrección de los sentenciados, pues si los procesos tardan años, nos preguntamos ¿cómo es posible seguir un tratamiento adecuado para su readaptación?

El primer código procesal de 1880, señalaba un procedimiento dilatado, aun cuando, recomendaba, en el artículo 272, que la instrucción se practicara con toda la brevedad posible, procurando que a más tardar quedara concluida en el término de seis meses cuando se tratara de delitos de los que debía conocer el jurado; no obstante, justo es decirlo, los procesos penales de la época porfirista no sufrieron dilaciones a las que han sufrido apatía de la vigencia del Código de 1931, en que no son excepción los casos en que los procesos han durado y durante los cuales el reo ha permanecido detenido.

¿Qué tratamiento penitenciario, nos preguntamos, se puede seguir en estas condiciones, ¿Y si, como ha sucedido, se concede el amparo? ¿Y si se declara que la sentencia ya se ha compurgado? En verdad, uno de nuestros grandes males, acentuados con el tiempo, que impide además toda acción penitenciaria, es la incalificable tardanza en los procesos. ¿Valdría la pena preguntar cuánto tarda un Tribunal Unitario de la ciudad de México, en resolver una apelación? El Código de 1871, hace expresa mención en su articulado a otro tipo de penas y tanto en las actas de la Comisión, publicadas gracias al empeño del Licenciado Don Fernando Román Lugo, en edición facsimilar, como en la exposición de motivos de Martínez de Castro se hace alusión a ellas bajo el rubro de "observaciones sobre otras penas".

De estas observaciones destacamos la importancia que se le da a la pena de multa, y a la posibilidad de aplicar la sustitución y la conmutación de las penas.

Nuestros legisladores intuían la necesidad de acatar sus bondades inspirados en las legislaciones extranjeras.

Además, "siguiendo la misma idea filantrópica de evitar cuanto sea posible que los reos lleguen a entrar a las prisiones, se permite en ciertos y determinados casos substituir o conmutar la pena de arresto mayor o menor en amonestación extrañamiento, apercibimiento o multa o en caución de no ofender".

19). La Comisión insiste en la urgencia de separar a los menores de 18 años condenados a la pena de prisión, de los adultos y recomienda la creación de un establecimiento de corrección penal.

"Son tan palpables las ventajas que hay en no mezclar a los jóvenes delincuentes menores de diez y ocho años con los criminales mayores de esa edad, que sería de todo punto inútil cuanto dijera yo para recomendar la creación del establecimiento de corrección penal que consulta la comisión o para fundar las reglas que en el Proyecto se establecen".

20). En cuanto a las demás penas, cuya simple lectura, dicen, basta para comprender su alcance y sus ventajas, sólo una merece especial explicación, la expatriación, que ha desaparecido de los códigos modernos. Esta no es ejemplar "porque el pueblo no es testigo de los padecimientos de un desterrado; no es igual, porque si para algunos no importa muchas veces privación ni sufrimiento alguno, para otros es tan terrible, que preferirían mil veces una prisión perpetua en su patria, y tal vez sufrir la muerte. Persuadida la comisión de esta verdad, ha creído que no debe apelarse al destierro, sino en el raro evento de que sólo así pueda conservarse la tranquilidad pública, cuando se trate de traición o de rebelión. Pero aún para ese extremo, propone que no se lance del país, sino al cabecilla o autores principales del delito".

En el Título Quinto, del Libro Primero, se fijan las reglas para la aplicación de las penas, según se trate de delitos de culpa, consumados, intentados, frustrados; en los casos de reincidencia y acumulación; a los cómplices y encubridores; cuando concurren circunstancias atenuantes o agravantes; cuando se trate de menores de edad, etc., título que destaca la filiación a la Escuela Clásica. No obstante, en el Capítulo IX, al regular la ejecución de las penas, pone de relieve sus tendencias humanistas, como lo vimos ya, al referirnos a la pena de muerte.

Además, en el Capítulo I, se acogen principios cuya importancia es tal, que su aceptación transformó el derecho penal y cuyo rechazo, en nuestros días, nos ha llevado al llamado derecho penal de las dictaduras, que han ejemplarizado épocas de barbarie y crueldad en los países que los han sufrido.

El artículo 182 dispone:

"Art. 182. Se prohíbe imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, anterior a él y vigente cuando éste se cometa. Pero se exceptúan en favor del reo los casos siguientes:

I. Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la pena establecida en otra ley vigente al cometerse el

delito, o la sustituyan con otra menor; se aplicará la nueva ley si lo pidiere el reo;

II. Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se haya impuesto una pena corporal que no sea la de muerte, se dictare una ley que, dejando subsistente la pena señalada al delito, sólo disminuya su duración; si el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la pena impuesta, en la misma proporción en que estén el máximo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior;

III. Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se haya impuesto la pena capital, se dictare una ley que varíe la pena; se procederá con arreglo a los arts. 241 y 242;

IV. Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior les daba; se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando, y aun a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de derecho todos los efectos que éstas y los procesos debieran producir en adelante."

Al interpretar esta norma, Martínez de Castro afirma:

"Es tan justo y necesario el principio que consigna nuestra Constitución, que la mayor parte de los Códigos penales modernos lo consignan también con más o menos claridad, considerándolo como una regla tutelar de los ciudadanos. El Código portugués de 1852 no se conformó con esto, y en su art. 18 estableció las dos reglas que contiene el 182 de nuestro Proyecto; y en el 8º del que presentó la comisión portuguesa en 1864 se prohibió la interpretación extensiva y restrictiva y que se imponga pena alguna que no sea la señalada expresamente por la ley.

Estos son los principios que rigen actualmente, debidos a los adelantos de la jurisprudencia criminal y que difieren mucho de lo establecido en la antigua legislación española, que prevenía que aun la pena de muerte se aplicara por equivalencia de razón, cuando la letra de las leyes no permitiera hacerlo, porque éstas se dictaban antes atendiendo únicamente al interés del Estado y hoy se atiende también al de los ciudadanos en particular".

En el artículo 183, se dispone:

"Art. 183. No se estimará vigente ninguna ley penal que no se haya aplicado en los diez años últimos; si durante ellos hubieren ocurrido más de cinco casos, y en ninguno de ellos se hubiere impuesto la pena señalada en dicha ley sino otra diversa".

Esta disposición, que tiene viejos antecedentes en las Partidas y Novísima Recopilación, y que se repite en la mayoría de los códigos modernos europeos, no fue incluido en las legislaciones penales de 1929 y 1931 a pesar de tener un gran valor práctico, pues si con el transcurso del tiempo, un tipo no es objeto de represión penal, está revelando que las condiciones sociales han cambiado y que las mismas circunstancias y costumbres hacen innecesario penar un hecho que ha perdido relevancia, o dicho en términos modernos, que la misma no requiere protección por cuanto el hecho no tutela ningún interés jurídico.

"Una prueba, dice Martínez de Castro, irrefragable de esta verdad es la ley 11, tít. II, lib. III de la Novísima Recopilación de Castilla en que expresamente se manda que se observen literalmente todas las leyes del reino, aunque se alegue que no están en uso; pues a pesar de ella no se ha podido evitar la inobservancia de la mayor parte de esas leyes que quiso conservar siempre en vigor. ¿Ni qué juez aplicaría hoy las penas que las antiguas leyes de España señalan a los delitos? ¿Quien por obedecer la ley recopilada castigaría a los llamados hechiceros, no hay con la pena capital que las leyes españolas imponen, pero ni con otra alguna, cuando nadie cree ya en la hechicería? ¿Quién estimará justo hacer efectiva una ley penal publicada muchos años antes de que naciera la actual generación, que no tiene noticia de ella y que jamás ha visto aplicarla?

Esto basta sin duda para persuadir de que el artículo 183 contiene una declaración racional y justa; y como ella se contrae exclusivamente a las leyes penales, excusado parece advertir que no está en contradicción con lo que el Código civil del Distrito establece en sus artículos 8º y 9º sobre derogación de las leyes civiles".

21). Afirma Martínez de Castro, que aun cuando los Códigos Penales omiten comúnmente tratar lo referente a la extinción de las acciones que nacen de un delito, abandonando la materia a los códigos procesales, la Comisión consideró oportuno reunir en el Código Penal todo lo referente a la extinción de las acciones y penas por la íntima conexión que tienen entre sí.

En la legislación comparada, ciertamente existen códigos en los que no se hace referencia alguna a la extinción de la acción o de las penas, por cuanto se abandona la materia a los Códigos Procesales; en otros, se menciona únicamente la extinción de las penas, en otros también se hace referencia a la extinción de la responsabilidad penal o extinción de

la punibilidad, y en otros más, se distingue la extinción de la acción penal, de la extinción de las penas, como lo hace nuestro Código de 71.

En verdad, nuestros legisladores no innovaron al respecto, por cuanto en doctrina se reconocía ya la distinción entre extinción de la acción o del delito y la extinción de la pena; Ortolán, tan citado y seguido por Martínez de Castro, precisa que el derecho, antes de ser ejercido, así como antes de producir el resultado final de su ejercicio, perece. Tres acontecimientos pueden influir para que se entienda extinguido el derecho: la muerte, el tiempo y la remisión o renuncia, o dicho en otros términos, la acción penal se extingue por la muerte del acusado, por la prescripción de la acción, por el perdón o consentimiento del ofendido, si se trata de derechos disponibles o se trata de crímenes o delitos que se persiguen por queja de parte, amnistía o sentencia irrevocable.

Los mismos efectos, afirma Ortolán, muerte, tiempo, remisión o abandono del derecho, afectan a los resultados de la condenación o extinguen las penas.

En los términos del artículo 280 de nuestro Código de 71, son causas que extinguen la pena, la muerte del condenado, la amnistía, la rehabilitación, el indulto y la prescripción.

Se dice lo mismo que Ortolán, pero con terminología más moderna; la potestad punitiva del Estado, debe contemplarse y concretarse en los Códigos modernos, en sus tres momentos esenciales: nacimiento, modificación y muerte.

La pretensión punitiva del Estado, nace al verificarse el delito; esto supone acción, tipicidad y antijuridicidad; se modifica, de acuerdo con las circunstancias que acompañan a su ejecución y se extingue o muere, lo que puede suceder en dos tiempos: antes de la comprobación del hecho o después de comprobado por sentencia firme.

Lo que se discute es si la rehabilitación y el cumplimiento o ejecución de la pena, son causas de extinción de la pena o no.

Igualmente, la suspensión de la pena o la llamada entre nosotros, condena condicional, se reputa en algunos Códigos causa de extinción de la sanción.

De cualquier suerte, es un acierto de nuestros legisladores, el haber separado, como lo hicieron, la extinción de la acción o del delito, de la extinción de las penas, sistema seguido actualmente por numerosos códigos.

22). Los legisladores de 71 destacan de manera relevante lo relacionado con la responsabilidad civil en materia criminal, al grado de agrupar una serie de disposiciones en el Libro Segundo, divididas en VI Capítulos.

En la exposición de motivos, entre otros fundamentos de la importancia que se da a la reparación del daño, Martínez de Castro afirma:

“LIBRO SEGUNDO. Responsabilidad civil en materia criminal. El

que causa a otro daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquéllos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil. Hacer que esa obligación se cumpla, no sólo es de estricta justicia, sino de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos; ya porque así su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a contribuir a la persecución de los delincuentes, y ya porque, como observa Bentham, el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó.

Tan cierto es esto, que bien puede atribuirse en mucha parte la impunidad de que han gozado algunos criminales, a que no teniendo bienes conocidos no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído; porque faltando a los perjuicios el aliciente de la reparación, era natural que se retrajeran de hacer acusación alguna, y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hicieran perder su tiempo inútilmente.

En adelante ya no será así, si se llevan a efecto las prescripciones del libro I sobre la aplicación que debe darse a lo que produzca el trabajo de los presos; pues además de que buena parte de ese producto está destinada para el pago de la responsabilidad civil; se ha de formar otro fondo para cubrirla en los casos en que el responsable sea el Erario por los delitos de empleados públicos.

Pero ¿deberá tratarse esta materia en el Código civil, o en el penal? Esta fue la primera cuestión que había que resolver y que se resolvió adoptando el segundo extremo, de acuerdo con la comisión de Código civil, por habernos parecido más conveniente que en el Código penal vayan unidas las reglas sobre responsabilidad criminal con las de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquélla, porque así sabrán con más facilidad los delincuentes todo aquello a que se exponen por sus delitos”.

Ciertamente, no deja de ser impresionante comprobar las consecuencias económicas del delito; orfandad, miseria, incapacidad de los lesionados para el trabajo, etc.

Sin embargo, no existe uniformidad respecto a que dichas consecuencias deban ser materia de nuestra disciplina; Martínez de Castro no deja de extrañarse al no haber encontrado antecedentes sobre el particular. “La comisión, dice, hubiera querido comparar la mayor parte de las legislaciones extranjeras sobre responsabilidad civil, porque esto le habría servido de mucho auxilio; pero por desgracia no ha podido tener a la

vista sino el Código último de Veracruz, en que se insertó literalmente lo que sobre esta materia trae la ley de 5 de Enero de 1857; los pocos artículos que se leen en el Código francés de procedimientos criminales; los del Código penal español, y lo que prescribe el Código civil de Portugal, que es el que trata de este punto con mayor extensión. Mas no tando algunos vacíos, se han procurado llenar, siguiendo las doctrinas de autores franceses muy respetables, y las ejecutorias de los tribunales de Francia, que son la guía principal que hemos tenido para formar el libro II".

Los autores franceses que cita, en especial Chauveau et Helié, sostienen "que cuando un delito ha sido cometido, la aplicación de la pena no es suficiente para reparar el mal que ha causado: este delito ha lesionado la seguridad pública que la pena tiene por misión restaurar; más ha podido lesionar al mismo tiempo intereses privados y el perjuicio causado debe ser reparado: es la aplicación exacta del principio de eterna justicia recogido en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil; el artículo 10 del Código Penal hace reserva expresa".

Todos los autores están acordes en que el delito no sólo da nacimiento a la acción penal, sino a la obligación de reparar el daño que pueda haber ocasionado a la víctima o víctimas del delito; la diferencia estriba en que unos consideran que esa responsabilidad, no se rige por los principios del derecho civil y otros, partiendo de la idea de la unidad del ilícito sostiene la unidad de sus consecuencias, aun cuando se funden en razones diversas.

Es obvio que nuestros legisladores no tuvieron en cuenta, en razón de tiempo, las opiniones de Merkel, Rocco, Ferri, Garofalo, Florián, etc., pero participaron, como en otros temas, opiniones que años después serían materia de controversia.

Respecto a la responsabilidad civil, aun cuando sus opiniones no coincidan, como es lógico, en razón de tiempo, con las apuntadas por los autores que hemos citado, es indudable que se acercan a lo sostenido por Merkel, que partiendo de la unidad del ilícito, concluye sosteniendo la unidad de las consecuencias del mismo.

También Martínez de Castro, según vimos, sostiene, con mucha antelación, un criterio similar; el delito, causa a otros daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, por lo que está obligado a reparar aquellos o restituir ésta, lo que conforma la responsabilidad civil. Hacer que ésta se cumpla es no sólo de estricta justicia, sino de conveniencia pública.

Resuelto este primer problema, es el Código Penal lógicamente el que debe definir qué es lo que se entiende por responsabilidad civil, que años más tarde Rocco había de definir como derecho criminal civil; fijar las reglas que expliquen su existencia y sus requisitos, cuales son los daños y perjuicios que pueden demandarse, como se ha de comprobar su monto,

quien puede demandarlos y de quienes, como se divide la responsabilidad entre los responsables y como se extingue.

De aquí que el Libro Segundo, denominado "Responsabilidad Civil en Materia Criminal", se divide en seis capítulos, que comprenden, el primero, la "Extinción y requisitos de la responsabilidad civil"; el segundo la "Computación de la responsabilidad civil"; el tercero de las "Personas civilmente responsables"; el cuarto, de la "División de la responsabilidad civil entre los responsables"; el quinto sobre el "Modo de hacer efectiva la responsabilidad civil"; y sexto, de la "Extinción de la responsabilidad civil y de las acciones para demandarla".

El Libro Segundo de nuestro Código pudo parecer un absurdo a los juristas que distinguen con profusión de argumentos las diferencias entre la acción penal de la civil, o un acierto a los que después han sostenido la unidad del ilícito, pero lo cierto es que en el Libro en cuestión se abusa de reglas procesales y se establece como principio en el artículo 308, que no puede declararse sino a instancia de parte legítima.

23). El Código Penal de 1871 permaneció vigente hasta el 15 de diciembre de 1929, fecha en que entró en vigor un nuevo Código, motivo de controversias y apasionadas discusiones, cuya vida efímera no pudo influir en nuestra vida jurídica. De tendencia positivista, pretendía modificar radicalmente nuestro concepto de derecho penal y sobre todo, abarcar campos que, de aplicarse, iban a convertir en una supersecretaría al pomposamente llamado Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social; pero además, como lo veremos, estaba reñido con nuestra tradición y realidad jurídica, por lo que no pudo subsistir.

El Código de 71, como lo hemos visto, fue un Código con méritos indiscutibles, que al través del tiempo logró un sólido prestigio y aún hoy día, después de su vigencia, se le reconocen sus méritos científicos; el Código de 29, en cambio, fue una aventura extraña en nuestro medio, a pesar de sus innovaciones y pese al talento de su inspirador, el Lic. D. José Almaraz, cuyos merecimientos, como los del Código, no han sido debidamente reconocidos.

Tan valioso fue el Código de 71, que al nombrarse una Comisión, presidida por el insigne maestro Don Miguel Macedo, en el año de 1903 para estudiarlo, más que substituirlo, se pensó en la conveniencia de cubrir sus lagunas y remediar sus fallas, conservando estrictamente su estructura.

Antes de estudiar el Código de 29, haremos algunas reflexiones en torno a este proyecto de revisión del Código de Martínez de Castro.

24). En 1903 la Secretaría de Justicia designó una Comisión, compuesta por los abogados Don Miguel Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel, comisión presidida por el primero, y a la que se confió la remisión de revisar el Código Penal.

En este empeño, habría de plantearse a la Comisión un primer proble-

ma: elaborar un nuevo Código Penal que substituyera el Código de 71 o corregir su texto para colmar errores, lagunas y equivocaciones.

Don Miguel S. Macedo, en la exposición de motivos del proyecto, apunta con certeza que nuestro Código, inspirado en el sistema desenvuelto por Ortolán, "cuyas bases son la justicia absoluta y la utilidad social combinadas y la del doble objeto ejemplar y correctivo de la pena", si bien englobado en la corriente del pensamiento llamado clásico, combatido en el último tercio del siglo XIX por el positivismo, debía subsistir en cuanto esta nueva tendencia no había elaborado aún un sistema completo y fundado, con la solidez necesaria para tomarlo como base de una nueva legislación penal.

Por ello y ante la evidente necesidad de revisar el código para eliminar sus errores e imperfecciones, inherentes a toda obra humana, la Comisión "sin entrar en discusiones de principios filosóficos ni de doctrinas académicas, aunque cada uno pueda pensar y obrar bajo la ineludible influencia de sus creencias, "toma por base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se pueda estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente —tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección de la propiedad de la energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso— y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes y los vacíos que han podido notarse en el texto del Código, por más que no afectan al sistema".

Dentro de este orden de ideas y después de estudiar la división y el orden de las materias, adoptado por algunos códigos extranjeros, especialmente el español, italiano, argentino y el proyecto suizo del Dr. Stoos, que algo influyeron, sin embargo, en la reforma, la Comisión decidió mantener la división y el orden de materias del Código y atenta la exposición de motivos, en cuanto al fondo, se propuso:

1o. Tomar medidas prácticas para hacer efectiva la exacción de las multas (Arts. 116, 117, 123 bis-1 y 122 bis-2).

2o. Proponer la organización de colonias y campamentos penales.

## EXAMEN DE OPOSICION PARA OBTENER NOTARIAS

ROBERTO NÚÑEZ Y ESCALANTE

*(El presente trabajo es un capítulo que forma parte del Libro de Derecho Notarial Mexicano, en preparación del Autor).*

### I. PROPOSITO

Indudablemente se considera benéfico tener la certeza de que quienes van a ejercer la función notarial sean personas ampliamente preparadas, puesto que no solamente están revestidas de una función pública, como lo es la de dar fe en representación del Estado, también de acuerdo con la actual definición del notariado son profesionales que deben asesorar e ilustrar a las partes en cuanto a la forma y al fondo del negocio que va a ser motivo del instrumento notarial.

Esto supone además del conocimiento de las leyes sustantivas, primordialmente civiles y mercantiles, y del derecho registral, también el conocimiento de todas aquellas leyes administrativas y fiscales que deben aplicarse en cada caso, lo cual determina que la actividad del notario constituya una especialidad dentro del campo jurídico, cuyos conocimientos deben de ser precisos y a cuyo dominio se llega solamente por medio de un amplio estudio y de una práctica adecuada, que en ningún caso admite improvisación.

Si bien es cierto, que previamente al concurso de oposición el sustentante obtuvo ya el título de abogado, realizó una práctica bajo la dirección de un notario, y sustentó un exámen de aspirante, con lo cual ha probado tener conocimientos bastantes para el ejercicio de la profesión, como esta no es libre y el número de notarías está limitado en cada jurisdicción territorial, las plazas que resulten vacantes deben de entregarse a quienes de entre los aspirantes aprobados demuestren mayores conocimientos mediante un concurso de oposición.

El ejercicio del notariado es una verdadera carrera, lo cual queda demostrado con la estadística que comprueba que es muy reducido el número de notarios que desertan, y aun de aquellos que por razones de edad avanzada renuncian, lo cual viene a significar que una vez adquiridos los

conocimientos y la experiencia profesionales, su mejor aprovechamiento es el de continuar en el ejercicio de la notaría.

Como corolario podemos establecer que precisamente debido al procedimiento de exámenes de oposición para el ingreso al ejercicio de la función notarial, los cargos se asignan a profesionales debidamente preparados y no existen designaciones hechas por razones de oportunismo político, de amistad, o peor aún de venta de oficios.

En el Distrito Federal antes de la ley de 1946, el procedimiento seguido para la designación de notarios permitió que las notarías fuesen vendidas o traspasadas por vía hereditaria, aún cuando el notario debía ser abogado, haber presentado examen de aspirante, y haber fungido como notario adscrito por espacio de doce meses. A partir de esa fecha se estableció el examen de oposición, y podemos afirmar con todo orgullo que la preparación y la calidad de quienes han obtenido por este medio su nombramiento ha mejorado notablemente el ejercicio de la profesión.

En España la ley de 28 de mayo de 1862 estableció por primera vez en el sistema latino de notariado la exigencia del examen de oposición para la obtención del nombramiento.

Cualquier otro sistema quedará viciado de venalidad, ya que dará lugar a un tráfico de las notarías que sólo beneficia al representante de la autoridad encargado de hacer los nombramientos o a los mismos notarios ya establecidos en los casos de venta o traspaso del oficio, según sea el régimen previsto, lo cual indudablemente demerita el ejercicio de la función puesto que les da entrada a ella a personas con poca preparación y en muchos casos de dudosa moralidad.

El deterioro de la función notarial afecta gravemente a toda la comunidad, más que a la administración pública misma, pues la impreparación del notario, la falta de probidad o el descuido de su función, traen como consecuencia el desorden del sistema jurídico que rige y preserva los derechos de los particulares, de lo cual se seguiría una absoluta falta de seguridad jurídica respecto a la propiedad inmobiliaria y a las transacciones mercantiles.

Es así como todos los tratadistas de derecho notarial se expresan con el mayor desprecio respecto de los procedimientos que en otras épocas se utilizaron para el nombramiento de escribanos o notarios, y baste para entenderlo la cita de algunos de ellos:

Dice Enrique Jiménez-Arnau: "Más tarde se aprecian, sin duda, los daños que se siguen de que la posesión de unos cuantos ducados conviertan a cualquiera en Escribano; ... Apuntado queda arriba el desprestigio de la Institución por la incapacidad de los nombrados, que bastaba tuvieran los ducados necesarios y un amigo en la Corte para comprar el oficio. ... Completa este cuadro tenebroso de la concesión del cargo en esta época, aludir a la dispensa de edad (pagando cien ducados vellón por cada año que faltase para los veinticinco), las subastas de los oficios

vacantes, la facultad de ser excluidos o dispersados de visitas de inspección (que en 1653 consiguieron obtener los notarios de Salamanca) y las posibilidades de nombrar teniente o coadjutor que sustituyese al Escribano titular. Por si fuera poco todo esto, pululaban por doquiera la especie de Escribanos con Escribanía de Reino, facultados para ejercer su ministerio en todo el territorio nacional".<sup>1</sup>

De la República Argentina, tomamos la versión de Neri: "Referente a la otorgación de los registros por concurso es preciso anotar que ello importa un privilegio creado para frenar el arbitrio con que procedía el poder ejecutivo al conceder, merced a recomendaciones generalmente de tinte político, registros a notarios "acomodados", cuando no "faltos" de alguna prueba de idoneidad en lo común de las veces en el sentido moral".<sup>2</sup>

Pero como en nuestro país no existe propiamente el sistema de carreras, muchas veces la exigencia de un examen de oposición se ha considerado más como una traba al ingreso de nuevos notarios, que como un método de selección de personas capaces tendiente a mantener el servicio de un alto nivel profesional.

La única carrera que auténticamente se encuentra instituida en México, es la de la milicia, donde los grados se obtienen por riguroso escalafón y méritos, y es por ello que el Senado de la República ha llegado a negar la confirmación de algún generalato que se pretendió otorgar por razones políticas. Los ascensos están previstos en la Ordenanza y ésta se cumple.

En parte existe también la carrera diplomática, pues la Ley Orgánica del Servicio Exterior establece un examen de admisión, o más bien varios exámenes ya que son distintas materias las que debe acreditar el sustentante ante diferentes jurados.<sup>3</sup> Sin embargo, las embajadas y las comisiones de mayor importancia se han encomendado por lo general a personas de relevancia política, dejando para los diplomáticos de carrera los puestos secundarios.

La falta de una carrera judicial ha traído como consecuencia las graves deficiencias de que adolece nuestra administración de justicia, y las excepciones vienen precisamente a confirmar la regla, ya que generalmente los mejores jueces son aquellos que han permanecido por largos años en el ejercicio de su función, a pesar de la limitación que para ellos significa la ley, puesto que no les garantiza su nombramiento como vitalicio, y peor aún, no les concede derechos básicos para asegurarles su promoción a cargos judiciales de mayor jerarquía; bien sabemos que muchos ya sea local o federal.

<sup>1</sup> Enrique Jiménez-Arnau. Introducción al Derecho Notarial, págs. 76-79.

<sup>2</sup> Argentino I. Neri. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. I, pág. 520

<sup>3</sup> El autor de este libro ha concurrido en varias ocasiones como sinodal de la materia de Derecho Internacional.

ministros de la Suprema Corte de Justicia han sido designados sin que con anterioridad hayan ocupado cargo alguno dentro del poder judicial,

De todo ello concluimos que el sistema de nombramiento basado en exámenes de oposición eleva al ejercicio del notariado a la categoría de una auténtica carrera profesional de especialistas, cuyos miembros garantizan a la sociedad la seguridad jurídica de todos los negocios que se les encomiendan.

## II. FORMA DEL EXAMEN

Dos deben de ser los elementos básicos en que se funde la seriedad y calidad de los exámenes de oposición, a fin de que estos no puedan llegar a constituir un simple formalismo inútil, ni tampoco pueda llegarse a deteriorar su calidad académica, pues de lo contrario serían inoficiosos y se prestarían a corrupción. Estos elementos son: los temas a desarrollar y la composición del jurado.

El planteamiento del tema debe ser tal, que permita realmente conocer la capacidad doctrinal y técnica del sustentante en relación directa a la especialidad notarial, ya que no se trata de juzgar de sus conocimientos generales como abogado, puesto que ya ha acreditado tener título como tal, sino de su dedicación a la especialidad de la rama notarial, aún cuando podemos decir en forma genérica que debido a las circunstancias de nuestra época, básicamente, el aumento desproporcionado de quienes cursan las carreras tradicionales en las universidades y escuelas superiores, se ha demeritado la calidad de la enseñanza y del aprendizaje, pues sucede que: el número de alumnos en cada curso hace imposible al profesor darles una buena enseñanza académica; el número de maestros que se requieren hace imposible la selección adecuada de estos y han proliferado los profesores con poca preparación o demasiado complacientes que los mismos alumnos califican con el nombre de "Barcos":<sup>b</sup> los exámenes han llegado a ser un formalismo ritual sin valor académico; las presiones de fuerza, ya sean políticas, económicas y aún demagógicas, influyen sobre gran número de maestros para conceder graciosamente el pase.

Así pues, la obtención de un título a nivel de licenciatura no siempre es garantía de los conocimientos profesionales del sustentante, mucho menos, de sus conocimientos de especialización, además de que, en nuestro sistema de escolaridad, con excepción de la medicina, ningún otro título exige auténtica práctica profesional al sustentante del examen de grado, lo que en el mejor de los casos permite suponer un dominio de la teoría

<sup>b</sup> Los barcos solamente sirven para pasar el océano, y el "Maestro barco" solamente sirve para pasar la materia.

sin validez pragmática. Es por ello que en otro capítulo ( ) proponemos la exigencia del doctorado como requisito para el ingreso a las notarías de primera categoría.<sup>c</sup> Estos conceptos podrán parecer al lector común muy exigentes, pues en nuestro país pocas veces se reflexiona en que para dejar de tener esa clasificación de poco desarrollado, es indispensable que el trabajo de cualquier naturaleza que sea, se realice con mayores conocimientos técnicos y solamente se encomiende a quien demuestre tener capacidad específica para ello, eliminando todo tipo de improvisación.

El examen tal como está previsto en la Ley, se compone de dos ejercicios, uno escrito y otro oral, el primero es el desarrollo de un tema mediante la redacción de un instrumento notarial que resuelva el problema planteado, dicho tema se obtiene seleccionando uno de veinte sobres cerrados que al efecto tenga preparados el Consejo de Notarios para tal propósito, y en el caso de examen de oposición todos los sustentantes de cada concurso deberán de resolver el mismo tema, de lo cual adelante hacemos comentarios.

La prueba oral se produce ante un jurado compuesto de cinco miembros, quienes lo interrogarán, en los exámenes de aspirante precisamente sobre el tema escrito, y en el examen de oposición sobre los puntos de derecho que entrañen alguna dificultad y sean de aplicación por el Notario en el ejercicio de sus funciones o de su profesión. De esta manera el jurado tiene la posibilidad de medir la capacidad del sustentante tanto para resolver un problema concreto de orden jurídico y darle la redacción apropiada a las cláusulas que contengan el negocio como de sus conocimientos sobre las leyes aplicables y su interpretación doctrinal.

Tanto una prueba como la otra deben necesariamente versar sobre negocios jurídicos que se ubiquen dentro del área de acción del notario en ejercicio de sus funciones, ya que hemos insistido en que se trata de acreditar su capacidad como especialista en esta rama del derecho.

De preferencia los miembros del jurado debieran interrogar al sustentante sobre diferentes temas a fin de comprobar la amplitud de sus conocimientos, pero también para darle la oportunidad de sobresalir en alguno de ellos. Este tipo de examen es equivalente al que se sustenta para obtener el título de abogado o la licenciatura en derecho, tanto por el número de miembros que integran el jurado como por la forma de su desarrollo, aun cuando debe de hacerse énfasis en que las réplicas a las que se somete al sustentante deben de ser más profundas que las que corresponden a aquellos exámenes, precisamente por tratarse de personas que además de tener ya un título expedido, han demostrado tener una práctica profesional.

En cuanto a la fórmula que la ley establece para calificar estas prue-

<sup>c</sup> El autor del libro propone en su estudio que las notarías del país se dividan en tres categorías según la importancia de la población donde están establecidas.

bas, debemos de aceptar que es obsoleta, ya que las notas de "Perfectamente bien", "Muy bien", o "Bien", que la misma establece, y que en otra época cumplieron satisfactoriamente su cometido, son por hoy demasiado ambiguas y dificultan al examinador la posibilidad de determinar con mayor precisión la medida en que se sitúa la actuación del examinado.

El sistema decimal actualmente en uso en la mayor parte de las universidades es mucho más dúctil para dar verdadera precisión a la calificación, y constituye un parámetro de más fácil manejo para diferenciar la calidad de los sustentantes cuando éstos son en mayor número.

También es necesario que los miembros del jurado den una calificación oficial a cada una de las réplicas que se van produciendo, pues esta apreciación inmediata es mucho más justa que la que pueda hacerse en conjunto acerca de cinco réplicas cuando concluye el examen, y en cuyo caso el olvido acerca de los primeros temas o la resolución de los últimos pueden influir en el juzgador para hacer una apreciación de conjunto que será menos justa que la que corresponda a cada parcialidad tomada individualmente. Para ello no es necesario la interrupción del examen, bastaría que cada sinodal anote en una tarjeta la calificación de cada réplica, y que al final del examen se comparen y se promedien el total de las calificaciones emitidas.

En igual forma cada uno de los miembros del jurado deberá emitir su calificación individual sobre el trabajo escrito. Aquí también la ley es omisa, pues no establece con precisión, si la prueba escrita tiene un valor de equivalencia igual al del total de la prueba oral, que así debiera ser, o si la prueba escrita tiene el valor de una réplica más, lo cual no será justo, ya que se supone que cada una de dichas pruebas revisten igual valor por su dificultad y porque constituyen diferentes formas de comprobación de los conocimientos, dado que hay quienes tienen mayor facilidad para expresarse oralmente, y, quienes tienen mejor calidad en su redacción, por lo cual ambas son complementarias y permiten a cada sustentante probar su especial capacidad.

### III. LOS TEMAS

La ley establece dos normas acerca de ellos, la primera se refiere a los exámenes para aspirante y la segunda a los exámenes para oposición, exigiendo en ambos casos que el Consejo de Notarios deba contar previamente con veinte temas, para elegir en cada caso uno; para los de aspirante dice que: "serán discutidos y aprobados para su selección, por el Consejo de Notarios, de entre los que presenten los componentes del propio Cuerpo", y para los de oposición dice: "Temas para redacción de escrituras, elegidos de entre los casos más complejos que los consejeros hayan encontrado en su práctica".

En los dos casos, la previsión es incompleta y está establecida en forma vaga y limitativa. Reduce los temas a aquellos que presentan los miembros del Consejo de Notarios, eliminando de esta manera la posibilidad de que los demás miembros del cuerpo notarial puedan también proponer temas, y además deja al criterio de los mismos consejeros su selección. Con ello no solamente se reduce la amplitud del campo al que pueden referirse los temas por razón del reducido número de personas que los proponen y los califican, también se da el peligro de que alguna indiscreción de buena o de mala fe permita conocer dichos temas a los sustentantes antes de las convocatorias respectivas, lo cual haría inútil la previsión de los artículos 103 y 121 de tenerlos en sobres sellados y en cada caso decidir de entre 20 temas por sorteo.

Los temas para examen serán mejores si se permite que todos los notarios en ejercicio y aún los Colegios de Abogados y escuelas de Derecho puedan proponerlos, y que dentro del Colegio de Notarios exista una Comisión Técnica que se encargue de revisarlos y aceptar solamente aquellos que por su contenido y su redacción presentan a debate un caso de verdadero interés jurídico y de buena calidad doctrinal.

Por otra parte, la práctica seguida hasta la fecha ha determinado que los sustentantes para resolver el tema escrito formulen la redacción completa de un instrumento notarial, incluyendo en él la transcripción de documentos, permisos, oficios gubernamentales, y datos específicos de tipo material relativos a las cosas que son objeto de contrato; de lo cual resulta una costumbre viciosa consistente en que tanto la mayor parte de los sustentantes, como también no pocas veces los miembros del jurado, pongan mayor atención en minucias secundarias que en la solución del fondo del negocio.

Así por ejemplo, hay sustentantes que hacen gala de conocer la redacción exacta de las autorizaciones administrativas, de las boletas de pago de impuestos territoriales, y aún de la realidad material de los nombres y títulos de quienes ejercen cargos gubernamentales o representan instituciones bancarias, pero en cambio su técnica jurídica y su planteamiento para la solución del caso son deficientes, lo cual se confirma posteriormente al sustentar el examen oral.

Hay que tener presente que el examen no tiene como propósito seleccionar secretarios u oficiales para notaría, sino demostrar que el sustentante es apto para el ejercicio de la profesión notarial.

El examen práctico debiera estar mayormente reglamentado con el fin de que su desarrollo verse sobre la redacción exclusivamente de los antecedentes y cláusulas que verdaderamente resuelven el problema planteado, dejando solamente mención genérica de aquellos datos, circunstancias y cláusulas de cajón que complementan el instrumento, con el fin de que los sustentantes ocupen el tiempo previsto para el desarrollo del tema mucho más a dar un diagnóstico jurídico correcto del problema téc-

nico que deben de solucionar, que a formular un extenso instrumento que revele sus conocimientos pragmáticos como amanuense de notaría. Esto además permitiría prohibir que el sustentante sea auxiliado por persona alguna.

Por tanto los temas deberán plantear un problema jurídico de fondo, tal como los que frecuentemente en la práctica profesional se presentan a los notarios para su resolución, y no casos que solamente se refieren al desarrollo de un contrato común y muchas veces muy usual.

Los temas no deberán contener preguntas capciosas o trampas, pues no se trata de comprobar la malicia del sustentante, si no solamente su preparación profesional y su aptitud para el ejercicio del notariado.

En cuanto a los temas del ejercicio oral, también debiera existir mayor reglamentación, para comenzar deberá de proponerse un temario general que abarque todas las materias que podrán ser objeto del examen, pues como decimos en el párrafo anterior, no se trata de sorprender al examinado, ni de ponerlo a resolver acertijos, sino de presentar un examen que en razón a las calidades ya demostradas por el sustentante debe de considerarse de post-grado, aún cuando hasta hoy no se le haya concedido ningún reconocimiento académico en tal sentido.

Así también, deberán eliminarse las preguntas o temas que se constriñen a conocimientos tan elementales que no es posible suponer que sean desconocidos por un abogado, y en cambio dar mucho mayor énfasis a aquellos temas que giran sobre problemas jurídicos derivados de oscuridad o lagunas de la ley, de interpretación de la misma o de situaciones en que existen conflicto de intereses entre las partes.

Es necesario hacer una distinción importante, entre el examen de aspirante y el de oposición, ya que en el primero, el sustentante solamente va a demostrar al jurado su competencia profesional en la especialidad notarial, en tanto que en el segundo, cada uno de los sustentantes deberá esforzarse por demostrar una mayor calidad que sus competidores. El tema escrito, no presenta dificultades en este sentido, pues es el mismo tema el que desarrollan todos los aspirantes, lo cual permite al jurado hacer una comparación más efectiva, pero en cambio en el desarrollo del tema oral, los miembros del jurado, y especialmente el presidente del mismo, deberán cuidar que en las réplicas exista el mismo grado de dificultad, para que la comparación sea justa.

#### IV. EL JURADO

La integración del jurado debe de hacerse mediante el sistema que dé mayores garantías de idoneidad académica, por tanto es casi inútil insistir en que sus miembros deben de ser personas que conozcan con profundidad los temas que pueden ser objeto de desarrollo tanto en la prueba

escrita como en la prueba oral. Cada uno de ellos debe también ser persona de reconocida prudencia e imparcialidad, pues además de que no le toquen las tachas jurídicas que impiden juzgar una causa, y que deben establecerse tal como dispone el Código de Procedimientos Civiles para los casos de juicio, agregando una más, cuando el sustentante ha hecho práctica o desempeñado algún trabajo en su oficina o la de sus asociados, es necesario que tenga experiencia como maestro, conferencista o examinador, pues se da el caso muy común de personas con alto grado de conocimientos que carecen de las dotes necesarias para examinar.

Para lograr estos propósitos es indispensable que en la forma de integración del jurado se elimine toda consideración de conveniencia política o de cualquier elemento que pueda dar motivo a una actuación discriminatoria, para que las resoluciones del jurado sean emitidas siempre con el mayor apego a la justicia basada solamente en la apreciación académica y doctrinal de las soluciones que el sustentante haya dado a los temas tanto oral como escrito.<sup>4</sup>

Desde luego, y este argumento no necesita mayores explicaciones, solamente deben y pueden ser miembros del jurado quienes tienen la preparación doctrinal necesaria. Ya la Carta Magna, primer antecedente de toda norma constitucional, dejó establecido que ninguna persona debe de ser juzgada por quienes no son sus pares, pero además, es una norma primaria de carácter universitario y académico, que los jurados deben de ser personas doctas en la materia que han de examinar, pues no se trata de dar un veredicto de culpabilidad o inculpabilidad, ni tampoco se trata de conceder una gracia o favor, para lo cual bastaría la buena fe y el sentido común, es necesario valorar técnicamente los conocimientos demostrados por los sustentantes, a la luz del derecho positivo y de la doctrina.

De acuerdo con la ley, el jurado debe estar integrado por cuatro notarios en ejercicio y un delegado del Jefe del Departamento del Distrito Federal; la diferencia entre estos jurados, y los que corresponden al examen de aspirante, es solamente que en el caso de oposición, además del Presidente del Consejo de Notarios, deberá actuar como miembro un vocal de dicho Consejo, y dos notarios designados por el propio Consejo, en tanto que en el caso de aspirantes no se requiere la presencia del vocal.

Esta forma de integración del jurado, podemos considerarla buena aún cuando no óptima. El hecho de que esté integrado con un representante de la autoridad y por cuatro notarios, asegura por un lado imparcialidad y por otro lado la preparación de sus miembros, sin embargo en algunas ocasiones ha dado lugar a graves deficiencias, ya que no todos los

<sup>4</sup> De la comparación de las listas oficiales de notarios en ejercicio que anualmente publica el Colegio de Notarios del D. F., puede constatar que a partir de 1946, fecha de vigencia de la Ley, menos de un 50% de los aspirantes que obtienen una notaría por oposición tienen alguna relación de parentesco con los notarios en ejercicio.

notarios en ejercicio, por el sólo hecho de serlo están capacitados para ser examinadores, y en algunos casos el representante de la autoridad tampoco tiene experiencia y limita su función a comprobar que el jurado actúe imparcialmente.

Mejoraría mucho el sistema si se prevee la formación de listas de jurados en las que solamente se incluyan personas que en alguna forma han demostrado su capacidad específica desde el punto de vista académico, sea porque tengan o hayan tenido el carácter de catedráticos, porque posean un grado de maestría o de doctorado, porque hayan publicado algún libro de derecho o porque hayan impartido cursos de especialización en el Código de Notarios.

De esta manera podrán formarse dos listas, una de ellas solamente de notarios, para que de entre ellos el Colegio de Notarios escoja en cada caso los que integrarán el jurado, y otra de abogados que no ejerzan la función notarial, para que de entre ellos la autoridad escoja sus representantes.

En este sistema, además de mejorar la calidad académica del jurado, será mayor la imparcialidad que resulte de su integración, y por otra parte relevará al Presidente del Colegio de Notarios de una obligación que puede resultarle excesiva, cuando durante su ejercicio se presenten muchos casos de exámenes de oposición, tal como ocurrió en el año de 1958 que se significó porque en cada uno de los meses del año ocurrió un deceso de algún notario, además de que en su inicio hubo un notario que presentó renuncia definitiva al cargo.

En el supuesto que proponemos, desde luego es obvio establecer que para formular la lista de jurados que no pertenecen al cuerpo notarial, debe de contarse previamente con su aquiescencia, y para ello lo recomendable es recurrir a las escuelas de derecho y a los colegios de abogados tal como lo previene en relación a la Universidad Nacional Autónoma de México, la Ley Orgánica del Servicio Exterior.

También podemos complementar esta proposición manifestando que en este caso, el cargo de jurado debe de ser debidamente remunerado si se desea que funcione adecuadamente, no tanto por lo que pueda representar el estipendio, sino porque cuando un servicio es gratuito, la persona solicitada no se considera moralmente obligada al cumplimiento de su cometido.

Analicemos otra posibilidad de opción que hemos descartado. Integrar el jurado con funcionarios públicos (por supuesto abogados) no significa necesariamente que estén capacitados específicamente en la especialidad notarial, pero además permitiría que se perdiera la imparcialidad dándole mayor énfasis a la conveniencia política que a la preparación académica pues no debemos olvidar lo que dejamos asentado en la parte introductoria de este Tratado, en el sentido de que al analizar las conveniencias de una ley, no le basta al jurista con ajustarla a la teoría más excelsa del

derecho, debe también compararla con la realidad social, pues es en este medio donde va a tener su aplicación.

Durante un largo tiempo fue práctica viciosa del Departamento del Distrito Federal, designar como representante del Jefe de esa dependencia a alguno de los notarios en ejercicio, con lo cual se le quitaba heterogeneidad al jurado, y podía dar lugar a que se pensara que se trataba de proteger intereses de grupo.

#### V. SU VALOR LEGAL

Hemos visto que el notario ejerce por delegación del estado una función pública, y que por tanto el estado es el único que puede extender nombramiento o patente al notario para el ejercicio de la función, sin embargo al reconocer la misma ley que el estado delega la fe pública en profesionales del derecho, y debiendo de seleccionarse de entre estos a los más capacitados para otorgar esa delegación, el triunfo en el examen de oposición es un requisito sine qua non para que el estado pueda extender la patente.

Al igual que para el ejercicio de ciertos cargos públicos es indispensable que el nombrado cuente con un título profesional, ya sea de médico, de abogado, de ingeniero, etc., y en el otorgamiento de estos títulos el estado no tiene intervención directa, pues se trata de certificados o comprobantes de capacitación académica, no corresponde al estado intervenir como tal en los exámenes de oposición y sin embargo, la obtención de la mayor calificación en el concurso condiciona al estado a aceptar dicha calificación como requisito para otorgar la patente de notario.

Por otra parte la persona que previamente ha justificado llenar todos los requisitos que la ley exige para obtener el nombramiento de notario, al someterse voluntariamente al examen de oposición y haber obtenido la mayor calificación en la prueba, adquiere un derecho incontrovertible para que el estado le otorgue la patente.

Este derecho nos lleva a considerar el caso que ocurre con frecuencia de que existan varias notarías vacantes, en el que contrariamente a la práctica seguida hasta la fecha debiera hacerse una convocatoria para ocupar dos o más como resultado de un mismo examen de oposición.

Para que esta situación no se preste a fraudes que permitan el ingreso de personas no idóneas deberá establecerse que independientemente del número de concursantes, una o más notarías podrán declararse desiertas, y a tal fin, estas sólo se adjudicarán a quienes obtengan una determinada calificación mínima; de esta manera no habrá casos de reprobación injusta de quienes no obtuvieron triunfo, ya que la calificación de reprobado los priva por un año del derecho de participar en nuevas

oposiciones; ni tampoco dará lugar a que quienes están medianamente capacitados puedan fácilmente obtener el nombramiento.

El dictamen del jurado deberá ser siempre inapelable como lo son todas las decisiones académicas de este tipo de jurados y dan firmeza a su valor académico.

Así pues, al igual que las leyes que rigen la educación pública y las universidades conceden plena validez a las resoluciones académicas de los jurados o maestros ante quienes se presentan los exámenes previstos, y estas obligan al estado a su reconocimiento y registro; la ley del notariado concede la misma fuerza a la resolución de los jurados, que deciden en los casos de exámenes de oposición.

## EL DERECHO A LA INFORMACION

JUVENTINO V. CASTRO

En octubre de 1977 el Presidente de la República envía a la Cámara de Diputados una trascendente iniciativa para reformar a la Constitución, que después del procedimiento constitucional previsto se transforma en modificaciones y adiciones, en vigor desde el 7 de diciembre del propio año de 1977, las cuales son conocidas generalmente como "Reforma Política".

Entre las adiciones sugeridas y aprobadas se encuentran las del artículo 6o. constitucional, que a la fecha se lee en la siguiente forma, en la inteligencia de que la parte subrayada es precisamente el establecimiento del derecho a la información: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; *el derecho a la información será garantizado por el Estado*".

El dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, al referirse a la adición propuesta, la comenta y maneja en los siguientes términos textuales: "Lo escueto de la expresión: '*...EL DERECHO A LA INFORMACION SERA GARANTIZADO POR EL ESTADO*', puede originar la crítica de que no se precisa lo que debe entenderse por 'derecho a la información', ni a quién corresponde su titularidad, ni los medios legales que hará valer el Estado para hacerlo respetar. No debe olvidarse sin embargo, que 'la característica esencial de la Constitución debe ser su máxima brevedad posible'; y que, en rigor jurídico, sólo le corresponde el enunciado y principios de las normas imperativas cuyas formas de operatividad serán objeto de la ley reglamentaria respectiva. No se atenta contra la *sindéresis* si en el mismo precepto coexisten un derecho público subjetivo individual y otro colectivo o social, porque, *strictu-sensu*, no debe hablarse de garantías individuales y garantías sociales, sino únicamente de garantías. De donde, las Comisiones dictaminadoras concluyen que es oportuna y pertinente la adición del artículo 6o. que propone en su iniciativa el depositario del Poder Ejecutivo Federal".

Por razonamiento lógico natural, y además porque como se ha observado inclusive las Comisiones dictaminadoras así lo expresan textualmente, se requiere forzosamente que la ley reglamentaria indique el contenido

de los alcances de la nueva garantía constitucional que se refiere al derecho a la información, y este trabajo se dirige no tanto a clarificar puntos tan delicados, sino tan sólo en forma muy restringida a proporcionar elementos y reflexiones para que llegado el momento oportuno la ley reglamentaria pudiera conformarse exitosamente en virtud de que los interesados en la reglamentación anunciada proporcionen material que pudiera entenderse al menos como interesante para los trabajos legislativos futuros.

Se nos ocurre —por razón de Método— que el primer punto a reflexionar es el contenido general de esa ley reglamentaria que resulta imprescindible expedir.

Es bien conocido que el artículo 6o. constitucional, en donde se establece la garantía constitucional de la libre manifestación de las ideas o de la libre expresión del pensamiento —que en ambas formas es conocida y enunciada—, y el artículo 7o. constitucional subsecuente que establece la libertad de prensa, en realidad forman una unidad que pareciera prudente se reglamentaran conjuntamente, ya que son el género y la especie de un derecho que puede ejercitarse por medio de la palabra escrita y publicada, o por medio de cualquier otro medio o manera de la exteriorización de las ideas.

Pero igualmente existen opiniones en el sentido de que —por su importancia y características especiales—, es preferible dividir las para expedir una ley reglamentaria de la libertad de imprenta o de prensa, dejando para un ordenamiento separado el reglamentar la libertad general, en la cual por supuesto tendría que hacerse una remisión a la ley correspondiente separada cuando la manifestación de las ideas se lleve a cabo utilizando la imprenta o la prensa.

De hecho este es el camino que tomó Venustiano Carranza cuando el 9 de abril de 1917 expidió la Ley de Imprenta, publicada en el Diario Oficial de 12 de abril del mismo año bajo el rubro textual que se transcribe: "VENUSTIANO CARRANZA, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y entre tanto el Congreso de la Unión reglamenta los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República, he tenido a bien expedir la siguiente... LEY...".

No es el caso, y desviaríamos totalmente la atención de quienes nos la otorgan, el discutir aquí —como sí lo hemos hecho en otro lugar—, si esta Ley puede ser o no considerada vigente, no tanto por su carácter preconstitucional (la Constitución de 1917 entró en vigor el 1o. de mayo de 1917, con excepción de las disposiciones relativas a las elecciones de los Supremos Poderes Federales y de los Estados que entraron en vigor desde luego), sino por el hecho de que los requisitos de las facultades

otorgadas a Venustiano Carranza no se cumplimentaron en su totalidad, y deja en predicamento la vigencia de la actual Ley de Imprenta.

Pero lo que se desea subrayar tan sólo es que Venustiano Carranza optó por expedir separadamente una Ley de Imprenta, mientras se reglamentaban en bloque los artículos 6o. y 7o. constitucionales.

A esta opción dual, tendríamos que añadir ahora un tercer punto de opción en el sentido que si resulta conveniente y deseable el que se expida por separado una ley reglamentaria que se refiera al derecho a la información, para que otra ley reglamentaria u otras leyes reglamentarias se refieran, conjunta o separadamente, al resto de lo dispuesto por los artículos 6o. y 7o. constitucionales.

En segundo lugar, tanto las Comisiones dictaminadoras, como muchas otras fuentes de opinión se preguntan por el contenido de la nueva garantía. Inclusive se han escuchado voces alarmadas en el sentido —absurdo en nuestro concepto—, de que existe la posibilidad de que con el pretexto de la expedición de esa ley reglamentaria no nata, pudiera restringirse la libre manifestación de las ideas, en cualquiera de sus formas, incluyendo los medios masivos de información, todo lo cual hace titubear sobre la conveniencia o inconveniencia de que esa ley reglamentaria llegue a nacer. Esta última afirmación contiene igualmente un absurdo en nuestro concepto porque los mandatos constitucionales deben cumplimentarse y no sujetarse a tratar de obtener un consenso más o menos estimable para cumplir o no con lo mandado por el Congreso Constituyente Permanente.

En nuestro concepto, y quizá con exceso de ingenuidad, no puede haber duda de la titularidad y contenido general de una garantía constitucional. Los derechos públicos subjetivos (contenido y esencia de las garantías constitucionales), corresponde a *todos*, salvo cuando la propia disposición los limite para *algunos*.

Todos los derechos públicos subjetivos se establecen en favor de las personas y tienen a las autoridades como sujetos pasivos y obligados de ellos; si bien habría que aclarar en obvio de malas interpretaciones que en muchas ocasiones las garantías constitucionales obligan a las autoridades no solamente a "soportar pasivamente" el ejercicio de los derechos por parte de las personas, sino a "hacer" algo para facilitar o dar base a dichos derechos.

Pero la adición constitucional inclusive es especialmente clara a este respecto, sin necesidad de manejos conceptuales, ya que con claridad determina un "hacer" a cargo del Estado para que "todos" puedan disfrutar de los beneficios de la información.

Lo que sí es verdad es aquello de que cuál es el contenido de ese derecho a la información (a cargo del Estado, por supuesto) que reconoce la reforma constitucional.

En nuestro concepto —y esta es una opinión muy personal—, el derecho

a la información debe desdoblarse en sus dos aspectos lógicos: el "derecho a informar", y el "derecho a ser informado".

El derecho a informar no es ninguna novedad de la adición constitucional, porque al garantizar la parte primera del artículo 6o. desde hace mucho tiempo una libertad de manifestar ideas, independientemente de las motivaciones personales del informador, en su esencia está una manifestación de ideas aunque sólo sea para relatar y comentar acontecimientos que han ocurrido, o están ocurriendo.

Nuestra primera conclusión, por lo tanto, es que el derecho a informar no puede ser la novedad que se nos propone, porque el derecho ya existía en forma genérica.

Creemos por lo tanto que la novedad está en el derecho de las personas "a ser informadas". Muchos se empeñan en que debe entenderse ésto en el sentido de que se ha adquirido un derecho a ser informado "verídicamente", "imparcialmente", "objetivamente", "totalmente", "no distorsionadamente", y otros conceptos parecidos o de mayor profundidad.

Pero eso no dice la disposición constitucional, y en nuestro concepto si se hubiera dicho habríamos adquirido un derecho con limitaciones, con obstáculos, con pretextos para maniobrar, ya que cualquiera podría entender el que para que yo reciba una información veraz se debe limitar a quien me proporciona la información para que un "censor" podría afirmar que el Estado tiene la obligación de limitar los derechos del informador a informar porque en su concepto no se produce con veracidad. Y en este caso la adición en vez de "enriquecernos" nos "empobreció" porque la censura o inquisición judicial o administrativa prohibida en la primera parte —existente hasta la fecha—, se acaba de limitar en el sentido de que la manifestación de las ideas es permisible solamente si se informa ajustándose a "la verdad". En la misma forma podríamos examinar el resto de las calificativas que algunas personas o sectores pretenden introducir dentro de la futura ley reglamentaria, aparentemente para mejorar lo escueto del pronunciamiento, pero en la realidad para "satanizar" de antemano a "lo que pudiera venir".

Es mucho más relevante, creemos, el cómo manejar reglamentariamente la nueva garantía. Si el derecho a la información tiene como sujeto activo a cualquier persona, y como sujeto pasivo al Estado (y de ninguna manera cualquier otra persona o entidad distinta al propio Estado, porque estamos manejando derechos públicos subjetivos), con mucha simplicidad tendríamos que formular la ley reglamentaria en el sentido de que el Estado debe proporcionar *cualquier* información que le solicite un individuo. Y es en este momento en donde resalta la problemática que mantiene perplejos a todos los sectores y al Estado mismo.

Es nuestra creencia que la adición debe manejarse no sólo partiendo de los artículos 6o. y 7o. constitucionales, sino igualmente del artículo 8o. constitucional subsiguiente, que se refiere al derecho de petición.

En la misma forma en que se ha resuelto —inclusive jurisprudencialmente, y en forma abundante—, que el derecho de pedir se traduce en una obligación de las autoridades a contestar en breve plazo, y de ninguna manera a obtener lo pedido simplemente porque se pide, consideramos que una ley reglamentaria sabia del derecho a la información debe establecer que el Estado debe contestar en breve plazo al cuestionante, pero que no siempre podrá proporcionarse la información que un individuo solicita del Estado.

Podrá argumentárenos que "ya apareció el peine", porque si el derecho a ser informado se limita en la ley reglamentaria, entonces ningún derecho hemos adquirido, y nuestras peticiones de información serán contestadas con gran frecuencia, (inclusive utilizando "formularios"), que la información pedida está *clasificada*, y no es conveniente proporcionarla al público.

¡Y ésta es precisamente la grave problemática de la reglamentación del derecho a la información!

Como la garantía es nueva no nos es posible encontrar antecedentes claros y precisos para fundamentar la posible resolución del punto. Por ello nos vamos a permitir utilizar un importante precedente manejado por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Nos referimos a la sentencia dictada el 30 de junio de 1971 por ese tribunal, en relación a la petición de los periódicos The New York Times y The Washington Post contra los esfuerzos del Gobierno Federal para prohibir la publicación de artículos y documentos basados en un estudio del Pentágono sobre la guerra de Vietnam. La controversia se planteaba para combatir el injuncion (mandato suspensivo que se utiliza en ese país), en contra de los periódicos antes citados en relación a la información ya precisada que ellos ponían en conocimiento de sus lectores. La sentencia definitiva resolvió que el procedimiento seguido en contra de los periódicos era inconstitucional porque se oponía a la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana que establece en su parte procedente: "El Congreso no pasará ninguna ley... que limite la libertad de palabra de la prensa", y esta resolución no fue tomada por unanimidad.

Probablemente el Juez Stewart fue el que más destacó en la oposición a que se tomará la decisión que finalmente se votó por mayoría. De acuerdo con él en la estructura gubernamental creada por la Constitución norteamericana —y la nuestra es similar a ella—, el Ejecutivo está revestido de un poder enorme en dos áreas fundamentales referentes a la defensa nacional y a las relaciones internacionales. Siguió afirmando que por mucho tiempo las ramas legislativa y judicial no han supervisado a ese poder, el cual ha aumentado desde el advenimiento de la era de las armas nucleares. Para bien o para mal, el hecho simple es que el Presidente de los Estados Unidos posee una muy grande independencia en esas dos áreas vitales del poder.

Admite que en ausencia de una estructura balanceada, que sí aparece en otras áreas, la única restricción efectiva sobre la política del Ejecutivo y de sus áreas de poder en materia de defensa nacional y de negocios internacionales, descansa en una ciudadanía ilustrada por una opinión pública informada y crítica, única que puede proteger los valores de un gobierno democrático; razón por la cual es ahí donde una prensa alerta, despierta y libre sirve a los propósitos básicos de la Primera Enmienda, ya que sin una prensa informada y libre no podría existir un pueblo ilustrado.

Pero contra tal reconocimiento Stewart reflexionaba que es elemental el que un comportamiento con éxito en materia de diplomacia internacional y para el mantenimiento de una defensa nacional efectiva, está requerido tanto de la confidencialidad como del secreto, ya que otras naciones difícilmente podrían negociar con la suya bajo una atmósfera de desconfianza mutua, y que a otras naciones no se les podría asegurar el que sus confidencias van a ser guardadas. Extiende aun más su argumentación en el sentido de que los propios departamentos administrativos norteamericanos, para el desarrollo de políticas inteligentes en lo internacional, tendrían una tarea imposible si los encargados de su formulación no pudieran comunicarse con otros libre, franca y confidencialmente. Añadía que en el área de la defensa básica nacional es evidente la necesidad frecuente de un secreto absoluto. Finalmente que la responsabilidad debe estar en donde el poder está, y que si la Constitución concede al Ejecutivo un alto grado de poder, no compartido, en la conducción de los negocios extranjeros y en el mantenimiento de la defensa nacional, entonces constitucionalmente el Ejecutivo debe tener un amplio, y no compartido, deber de determinar y preservar el grado de seguridad interna necesaria para ejercitar ese poder con éxito; y que debe suponerse que un sistema efectivo de seguridad internacional requiere de la afirmación al máximo posible de un reconocimiento en el sentido de que el secreto será preservado en la mejor forma; solamente si la credibilidad es verdaderamente mantenida.

Otros Jueces coincidieron con Stewart en el sentido de que los puntos de partida por él expuestos eran concretos, y constitucionalmente estructurados, si bien en el caso concreto puesto en su conocimiento la seguridad no estaba en predicamento porque los acontecimientos a los cuales se referían los periódicos, con base en un material que en forma ignorada habían obtenido, ya no representaban ningún peligro puesto que la guerra había concluido, y en cambio el pueblo norteamericano tenía el derecho a saber cómo se había manejado esa guerra con fundamento en documentos provenientes de los propios protagonistas.

El Juez Black insistió en que la palabra "seguridad", contiene una generalización amplia y vaga cuyos perfiles no debieran invocarse para abrogar la ley fundamental incorporada en la Primera Enmienda. Ade-

más, argumentaba, que la guarda de los secretos militares y diplomáticos a expensas de la información que debe existir dentro de un gobierno representativo, en realidad no provee de seguridad real a los Estados Unidos.

Por su parte el Juez White expuso que la responsabilidad del ejecutivo en la conducción de los negocios exteriores y en la seguridad de la nación, es tan básica que evidentemente el Presidente tiene derecho a obtener una suspensión contra la publicación de relatos periodísticos en aquellos casos en que pueda convencer a los tribunales de que la información que va a revelarse amenaza con grave e irreparable daño al interés público; y debe concederse aunque el material a publicarse esté o no clasificado, y aunque la publicación se encuentre o no prevista legalmente dentro de estatutos relevantes expedidos por el Congreso, y sin importar las circunstancias mediante las cuales el periódico obtuvo la posesión de la información. Y añadía, como reflexión final, que si quedaba la duda en que un material planteara un peligro sustancial a los intereses nacionales, razón por la cual igualmente se toma el riesgo de ser sancionado penalmente, una prensa responsable podría resolver no publicar jamás materiales sensitivos.

Hemos hecho la anterior síntesis —evidentemente incompleta—, tan sólo para poner de manifiesto el tipo de problemas que plantea el derecho a la información frente al Estado. La seguridad y conveniencias nacionales no son los únicos ejemplos a normar en una ley reglamentaria consecuente, pero probablemente son dos de los indispensables a ser tratados en unión de otros.

Quisiéramos concluir estas reflexiones simplemente exponiendo que en verdad la ley reglamentaria que se medita tiene graves problemas que resolver en beneficio tanto de las garantías constitucionales de las personas, como de los intereses nacionales; y que podemos colaborar para resolver esta problemática al menos puntualizando cuáles son en nuestro concepto los extremos opcionales dentro de los cuales deben enmarcarse disposiciones ilustradas y congruentes.

Marzo de 1979.

## LA EVOLUCION DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

*Plática dada en el cursillo de actualización de la Escuela Libre de Derecho, el 14 de mayo de 1979 por MIGUEL VILLORO TORAZNO.*

Si uno tratar de buscar un calificativo que distinguiera a los juristas de la tradición anglosajona de sus colegas de la tradición continental, creo que no estaríamos muy lejos de dar en el blanco si empleamos el adjetivo "pragmático", opuesto al adjetivo "teorizante". Esa es la actitud que tomó el Juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Oliver Wendall Holmes (1841-1935) cuando dijo: "Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que yo entiendo por Derecho".<sup>1</sup>

Yo creo que es precisamente esa actitud pragmática la que ha impulsado a la mayor parte de los juristas norteamericanos a aceptar espontáneamente, casi como una verdad evidente que no necesita demostración, los postulados filosóficos de la Escuela Analítica, fundada en Inglaterra por John Austin (1790-1859). Como se sabe, la Escuela Analítica es la cara anglosajona del Positivismo Jurídico. La otra cara, la latino continental, la presenta la Escuela de la Exégesis, en tanto que en Alemania el Positivismo Jurídico es defendido por los pandecistas. Los dos postulados filosóficos básicos del Positivismo Jurídico son que, respecto del Derecho, sólo hay que entender por tal lo mandado por las autoridades competentes y, respecto de los derechos subjetivos, que éstos sólo existen en la medida que son reconocidos y otorgados por el Derecho Positivo.

El objetivo de mis reflexiones es examinar la suerte que ha corrido el Positivismo Jurídico o más exactamente, la Escuela Analítica en el desarrollo del pensamiento filosófico jurídico norteamericano. Voy a referirme necesariamente en forma breve a algunos de los pensadores más notables y a algunos de los argumentos que han expuesto. Pero debo hacer una aclaración sobre el impacto que los debates filosófico jurídicos tienen aun la totalidad del pensamiento jurídico norteamericano. Lo más probable es que la mayoría de los juristas norteamericanos queden muy

<sup>1</sup> O. W. Holmes, *El sendero de la ley (The Path of Law)*.

poco afectados por ellos, si es que en algo son afectados. Yo creo que la inmensa mayoría de los juristas norteamericanos siguen aceptando, sin ningún resquemor de conciencia, los postulados filosóficos del Positivismo Jurídico. Y eso se debe, además de la ya mencionada actitud pragmática propia de su temperamento, a un hecho: la filosofía del derecho no es una materia obligatoria en la mayor parte de las Universidades de los Estados Unidos. El contenido del curso sobre Jurisprudencia, que sí es obligatorio en el primer año de la carrera, versa generalmente sobre las técnicas del manejo de las fuentes jurídicas y no suele comprender, como lo hace entre nosotros la introducción al Estudio del Derecho, una explicación filosófica de lo que es el Derecho. Allí se dan por supuestos los postulados filosóficos del Positivismo Jurídico. Los alumnos así formados no suelen desarrollar una preocupación por criticarlo y más tarde, ya en el ejercicio de su profesión, ni se sienten capacitados para llevar a cabo esa crítica ni, la más de las veces, sienten la necesidad de iniciarla. Esto no quiere decir que no existan en los Estados Unidos muchos cultivadores de la Filosofía del Derecho, algunos de ellos eminentes. Luis Recaséns Siches los describe así: "Pero los más entre ellos son francotiradores que han llegado a la Filosofía del Derecho por la necesidad que de ella han sentido en el ejercicio de la profesión jurídica, y trabajan por su cuenta, puesto que apenas existe una organización académica o universitaria de esta disciplina. Unos son jueces ilustres a quienes el ejercicio de su profesión les ha hecho sentir la necesidad de aclaraciones y orientaciones filosóficas sobre el Derecho. Otros son profesores de ramas concretas del Derecho, a los cuales el cultivo de su disciplina particular les ha incitado a plantearse interrogantes filosóficos jurídicos, y dan cursos libres o voluntarios sobre esta materia. Claro que esto determina que su vocación filosófica tenga un *ejemplar carácter de autenticidad*, porque fueron a la Filosofía del Derecho no porque se enamoraron, por así decirlo, de un género de estudios que estaba ya ahí reclamando atención, sino que fueron en busca de ella, porque sintieron su ausencia insoportable".<sup>2</sup> El carácter de francotiradores convencidos de la valía de su causa tiene una ventaja y un inconveniente. La ventaja es que sus reflexiones no nacen como consecuencia de sistemas filosóficos preconcebidos, sino como una necesidad de la misma vida y práctica del Derecho. Eso las hace especialmente valiosas. No son reflexiones de filósofos profesionales, elaboradas en la asepsia de cuartos de estudio. Son las exigencias pragmáticas de juristas que quieren dar pleno y auténtico sentido a su actividad profesional. El inconveniente es muy claro: quienes han llegado así a la Filosofía del Derecho son, salvo excepciones muy notables, autodidactas en esa

<sup>2</sup> Luis Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Tomo II, Porrúa, México, 1963, pág. 586 y sig.

disciplina. Eso se refleja en imprecisión en el lenguaje que emplean y en obscuridad en la argumentación. Sin negarles méritos de originalidad, a veces dan la impresión de caminar a ciegas por senderos que desde hace ya mucho tiempo fueron trazados por la Filosofía. Y luego, llegan por fin con mucho esfuerzo a conclusiones que son moneda corriente en sistemas filosóficos jurídicos estructurados desde hace mucho tiempo. Más aún, a veces no se atreven a explicar esas conclusiones y menos aún a sacar de ellas todas las consecuencias posibles; sólo las apuntan tímidamente. Esas reflexiones son mucho más claras y coherentes cuando denuncian las limitaciones del Positivismo Jurídico que cuando proponen algo para reemplazarlo. Pero eso no les quita su valor: es el valor de un testimonio personal de quienes se han esforzado por vivir auténticamente una doctrina y la han encontrado insuficiente.

Creo que estas críticas del Positivismo Jurídico siguen siendo una minoría entre los juristas norteamericanos, pero es una minoría muy activa que va engrosando sus filas, sobre todo a partir de la década de los sesentas, y una minoría muy influyente, pues a través de sus escritos y enseñanzas contribuye a dar nuevas trayectorias a la jurisprudencia de los triunfanales y a formar nuevas generaciones de abogados. Es la minoría que apunta hacia el futuro, y ese futuro se vislumbra como cada vez más alejado del Positivismo Jurídico y cercano a una forma de *iusnaturalismo*. Pero esto es precisamente lo que vamos a examinar a continuación.

Voy a dividir mis reflexiones en dos partes. La primera va a versar sobre el marco filosófico jurídico que sirve de fondo al pensamiento actual. La segunda se va a referir a éste, pero en la imposibilidad de examinarlo en su totalidad —lo que supera con mucho a mis conocimientos— se va a concentrar en el pensamiento de un autor que está teniendo especial impacto en los Estados Unidos. Me refiero a Ronald Dworkin. De él escribía hace poco la revista *Time*: "Una medida de la extensión del impacto que ha tenido Dworkin en estimular a sus colegas, ya sea positiva o negativamente, es la experiencia que ha tenido la *Georgia Law Review*. Cuando los editores pidieron artículos para un número especial sobre la ciencia del Derecho, se encontraron con que virtualmente todas las colaboraciones versaban sobre el pensamiento de ese yanki que enseña en Oxford".<sup>3</sup>

## I

El primero en criticar al Positivismo Jurídico fue el ya mencionado ministro de la Suprema Corte de Justicia, Oliver Wendell Holmes. De sus acerbos diatribas se puede decir lo mismo que de las críticas de los que le han de seguir; son muy certeras respecto del blanco al que apuntan

<sup>3</sup> *Time*, 5 de septiembre de 1977, pág. 41.

pero indecisas respecto de donde provienen. Si recordamos la conocida teoría de los tres círculos de García Máynez, en el primer círculo, el de la validez extrínseca, debe situarse la teoría de Austin. Pero hay que advertir que la Escuela Analítica evoluciona desde el voluntarismo impecable de su fundador hacia un racionalismo un tanto disfrazado detrás del voluntarismo. Es Derecho y sólo es Derecho —decía Austin— aquella norma que esté mandada por la autoridad competente. Los mandatos podrán darse directamente o por delegación, pero todas las normas jurídicas —o, si se prefiere, todos los mandatos— de un mismo sistema tienen que provenir en último término de la misma autoridad, que será soberana en cuanto que ya no tiene otra autoridad por encima de ella y en cuanto que es el origen de toda la juridicidad que baja desde la voluntad soberana y cubre todos los actos jurídicos. Los individuos sólo poseerán aquellos derechos que los conceda esa voluntad soberana o la voluntad de alguna otra autoridad menor convalidada por la voluntad soberana. Pero un planteamiento del Derecho tan vigorosamente voluntarista como el de Austin pronto se demostró insuficiente para explicar los fenómenos jurídicos. Se observó que, por lo menos en el sistema democrático, la voluntad soberana está fraccionada en muchas otras voluntades (la del Presidente, las de las dos cámaras del Congreso, las de los Tribunales) que, lejos de pronunciarse en el mismo sentido, se oponen y contradicen entre sí. ¿Cuál será entonces la voluntad soberana? ¿La del Congreso que manda una Ley? ¿O la de la Suprema Corte de Justicia que declara inconstitucional esa misma Ley? ¿O la del Ejecutivo sin cuya actuación la ley permanece como letra muerta? Sólo apunto por dónde van las críticas. Otras que no carecen de fuerza son las siguientes: ¿Cómo explicar las normas constitucionales que imponen limitaciones o reconocen derechos a los poderes soberanos? No pueden derivar de una autoridad superior, pues entonces los poderes ya no serían soberanos. Entonces tendrían que ser meras limitaciones de hecho de los poderes soberanos y no serían Derechos, y esta otra: ¿Cómo explicar la permanencia de lo jurídico cuando cambian los titulares de los poderes soberanos? Si sólo es Derecho lo mandado por el soberano, cuando éste cambia, toda la juridicidad estaría en suspenso en espera o de una confirmación o de una abrogación por la nueva voluntad soberana, pues el nuevo titular de la misma bien puede tener otra opinión que la que tuvieron sus predecesores.

Estas y otras críticas hicieron que la Escuela Analítica evolucionara hacia un planteamiento que se puede afirmar con verdad que una norma es jurídica sólo cuando corresponde a la lógica de lo mandado por la autoridad competente. Los estudios de la teoría de Kelsen reconocerán sin dificultad esta posición. Kelsen nos da la siguiente definición:

“Norma es el significado de un acto por el cual una determinada conducta es mandada, permitida o autorizada”.<sup>4</sup> Para Kelsen el derecho si-

<sup>4</sup> Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*. Trad. al inglés de la segunda edición en

que siendo órdenes reguladoras de la conducta humana<sup>5</sup> y, por cierto órdenes respaldadas por sanciones. Por eso este planteamiento no abandona el Positivismo Jurídico. Pero ya es un plantamiento racionalista, porque el acento deja de ponerlo en la palabra “mandado” y lo coloca en el pronombre “lo”, es decir en el contenido lógico o, según Kelsen, en el significado que es resultado de lo mandado. Así nos aclara: “La norma, en cuanto significado específico de un acto dirigido a la conducta de alguien, debe ser cuidadosamente diferenciada del acto de la voluntad cuyo significado (*meaning*) la norma es”.<sup>6</sup> He estado utilizando citas de Kelsen porque presupongo que el pensamiento de este autor es conocido por mis lectores, pero debo advertir que seguramente Holmes no dirigió sus críticas contra éste, al que si llegó a conocer no sería sino al final de su vida. Holmes criticó el planteamiento positivista racionalista del cual se alimentó Kelsen. Y en cuanto a los críticos sucesores de Holmes, hay que recordar que la mayoría ignora a Kelsen. Dworkin no lo cita ni una sola vez. La teoría pura del Derecho no tiene en los Estados Unidos ni de lejos la influencia que tiene en México y en otros Países de América Latina. Los actuales juristas norteamericanos, cuando se refieren al Positivismo Jurídico, más bien seleccionan como su representante al Profesor de la Universidad de Oxford H. L. Hart, el cual ya nos presenta una forma muy aminorada de Positivismo Jurídico, una forma racionalista y ya no voluntarista de esa corriente. Y es esta forma contra la cual se dirigen las críticas de Holmes y de sus sucesores. Esta forma sigue situando al Derecho dentro del primero de los tres círculos de García Máynez. Este ilustre iusfilósofo, al que tanto debe la cultura mexicana, coloca a los enfoques voluntarista y racionalista en el mismo círculo, porque ambos enfoques tienen un criterio extrínseco o externo para juzgar la validez de las normas jurídicas, pero ese criterio no es el mismo; para el voluntarismo, es la voluntad de la autoridad competente; para el racionalismo, es la coherencia lógica de lo mandado por la autoridad competente. La diferencia de criterios implica técnicas diferentes. La del voluntarismo consiste en verificar si la norma ha sido mandada por la autoridad soberana o por alguna otra autoridad derivada de ella. La del racionalismo, en la cuidadosa elaboración de algunos conceptos jurídicos fundamentales para que formen un todo lógico armónico y en la introducción de una regla de reconocimiento, por la cual se señalan la o las condiciones que debe cumplir una norma para ser válida jurídicamente en un sistema de Derecho determinado. Una de esas condiciones puede ser el que derive de una autoridad competente; otra el que sea coherente con otras normas del mismo sistema; otra más que cada norma

alemán por Max Knight., University of California Press, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1970, pág. 5.

<sup>5</sup> *Id.*, pág. 31.

<sup>6</sup> *Id.*, pág. 5.

tenga su lugar en la pirámide jerárquica, tal como lo propone Kelsen, y que, por lo tanto, no contradiga las normas de jerarquía superior; etc. Claro que, si entre las condiciones señaladas como necesarias por la regla de reconocimiento se encontrara el que la norma fuera justa o simplemente que esté en concordancia con la dogmática jurídica propia del sistema, entonces ya se habrá abandonado un planteamiento de criterios puramente de validez intrínseca, es decir, se habrá ampliado tanto el primer círculo que ya comprende el segundo círculo de los tres propuestos por García Máynez. Anunque autores muy serios, tales como Luis Recaséns Siches, W. Friedman y Ronald Dworkin, parecen situar a la teoría de Hart simple y llanamente en el primer círculo, en lo personal me inclino a pensar que debe situarse si en el primer círculo pero en forma tal que comprenda ya el segundo. Lo que quiero decir es que para mí Hart desborda el Positivismo Jurídico y comprende elementos de una visión de la justicia como necesaria para la validez de la norma jurídica. Si menciono esto no es que, por el momento esté interesado en explicar la teoría de Hart, sino porque ella me da pie a apuntar, antes de proseguir mis observaciones por donde creo está la respuesta correcta. Yo creo que cualquier jurista contemporáneo, para verificar la existencia de las normas jurídicas, debe comenzar aplicando criterios de validez extrínseca: ¿tal conducta es verdaderamente mandada? ¿quién la manda es verdaderamente autoridad? ¿esa autoridad tiene jurisdicción para mandar lo que manda? ¿el significado de lo mandado es coherente? ¿No hay contradicción entre ese significado y el de las normas jerárquicamente superiores? etc. Si las respuestas a las preguntas de validez extrínseca han sido positivas, entonces ese mismo jurista debe plantearse preguntas de validez intrínseca ¿está de acuerdo lo mandado con los principios axiológicos de la dogmática jurídica? O, en otras palabras, ¿es justo lo mandado?

Toda esta digresión tiene como razón de ser el proporcionar una base teórica que nos permita situar el sentido de las críticas que muchos notables juristas norteamericanos han dirigido contra el Positivismo Jurídico. Así, por ejemplo, volviendo al pensamiento de Holmes, observamos que se rebela contra la teoría jurídica positivista imperante en su tiempo, porque "excluía del ámbito del Derecho y de la teoría sobre éste, todas las consideraciones sobre la bondad o maldad del Derecho, sobre su justicia o injusticia, sobre su servicialidad o no servicialidad al bienestar general".<sup>7</sup> Cuando así procede, está criticando la insuficiencia del círculo A (no su verdad), porque no incluye elementos del círculo B. Pero no son esas críticas las que más afectaron a la tradición iusfilosófica norteamericana, sino otras originadas en su famosa parábola del mal hombre. Se pregunta Holmes: ¿cómo ve el Derecho un hombre común y corriente, o mejor aún un mal hombre? Ciertamente esas teorías y especulaciones,

que tanto atraen a los juristas, no le dicen nada, no son para él el verdadero Derecho. Este se encuentra en las normas que se aplican, las normas que constituyen el Derecho eficaz, el Derecho vivo, es decir, aquel que conforma el tercer círculo de García Máynez. Lo que le interesa saber a ese mal hombre es cómo reaccionará todo el aparato coercitivo del Estado ante determinada conducta que se propone realizar y eso es lo que le pregunta, ¿qué harán los funcionarios públicos? Y, por favor, que no le vaya a contestar su abogado con una explicación teórica de la juridicidad o antijuridicidad de la conducta que se propone realizar, y menos aún con su opinión sobre la justicia o injusticia de esa conducta. El abogado debe contestarle con una predicción de lo que más probablemente harán los jueces y demás funcionarios. Y concluye Holmes: "la vida real del Derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia". Y luego su famosa definición ya mencionada. "Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que yo entiendo por Derecho".

Este planteamiento ha impactado profundamente a la cultura jurídica norteamericana. Sobre él se levanta toda una corriente de pensamiento que recibe el nombre de Realismo Jurídico Norteamericano, cuyas figuras más notables son Karl N. Llewellyn (n. 1893), Jerome Frank (1889-1957), Joseph W. Bingham y Thurman Arnold. Para Llewellyn, lo que los órganos y funcionarios públicos hacen respecto de las disputas es el derecho y al jurista no le deben preocupar las normas que están escritas en las leyes o que elaboran los teóricos a partir de ellas; esas no son más que "reglas en el papel". Lo que debe investigar son las "reglas efectivas", que son aquellas, declaradas o no por la autoridad, según las cuales los jueces deciden realmente el litigio.

Antes de proseguir, quiero subrayar la peligrosidad de este planteamiento. Llevado a sus últimas consecuencias, significa acabar para siempre con la licencia del derecho y reemplazarla por la Sociología Jurídica; significa y eso es mucho más grave, la aprobación de todas las corruptelas y desviaciones que se han introducido en la práctica del Derecho. Claro que al mal hombre eso es lo que le interesa cuando un jefe de la mafia consulta a su abogado y éste le predice que el crimen proyectado podrá quedar impune porque se podrá cohechar al juez, el mal hombre quedará muy complacido, declarará que su abogado es el mejor del mundo y lo recompensará de acuerdo con el éxito real que obtenga. La cuestión es: ¿el punto de vista del jurista sobre el derecho es el mismo punto de vista que tiene sobre él el mal hombre, el de una realidad que en unos casos hay que soportar y en otros se puede flexionar para que se conforme a los propios intereses,

Ya planteada así la cuestión, no creo que ningún jurista, ni siquiera Llewellyn que es el más radical de todos, se atrevería a contestarla en sentido afirmativo. Es verdad que todos ellos quieren bajar a la realidad ese

<sup>7</sup> Luis Recaséns Siches, *op. cit.*, pág. 595.

Derecho que algunos juristas habían elevado a las nubes de las teorías y conceptos abstractos; quieren bajar ese Derecho a la vida real, pero no a la vida real del mal hombre sino a la vida real del juez que trata de desempeñar su labor con responsabilidad. De allí que las reflexiones de estos juristas no son respuestas a la pregunta sociológica: ¿cuál es la vida corrupta del derecho. Son más bien críticas que ponen de manifiesto la importancia que tiene la realidad como fuerza limitadora de las teorías y conceptos abstractos (círculo A) y de los más elevados ideales de justicia (círculo B). En otras palabras lo que quieren decir esos juristas pero no lo dicen, porque ignoran la teoría de los tres círculos de García Máynez es que el Derecho de Jurista no puede ser sin más el derecho del teórico del derecho o el derecho del filósofo sólo preocupado en una justicia también teórica; debe ser un derecho, ciertamente elaborado en teorías abstractas coherentes y además animados de principios de justicia, pero teorías capaces de funcionar en la realidad. Las críticas desde el círculo C no deben excluir los círculos A y B sino completarlos. Por eso la pregunta que contestan es: ¿Cómo de hecho proceden los jueces? Pero no se trata de cualquier juez, y menos de un juez corrompido; se trata de un juez responsable, concededor de teorías y de la jurisprudencia de los tribunales, un juez tan responsable que, por motivos de justicia, es capaz de construir nueva jurisprudencia.

Quiero aclarar que estas distinciones son más. Están destinadas a situar el profundo sentido de las críticas formuladas al Positivismo Jurídico por autores norteamericanos. La mayoría de estos las formula probablemente creyéndose situados sin más en el tercer círculo, aunque esto último tampoco crea que son capaces de verlo. Por su actitud pragmática se sienten muy afines al sociólogo del Derecho y rechazan instintivamente todo exceso teorizante. Pero son autodidáctas en Filosofía, y eso les impide llegar a la visión más universal que supone la teoría de los tres círculos.

Hart, que además de jurista es filósofo, rechaza explícitamente la visión que tiene del derecho el mal hombre. Es una visión externa al derecho, como es la que tiene el sociólogo. El jurista debe tener del Derecho un punto de vista interno, que consiste en ver a las normas jurídicas, no como quien las observa desde lejos sin preocuparse por su valor, sino "como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta".<sup>8</sup> El juez ciertamente no ve a las normas jurídicas desde afuera. "El juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones, aunque un espectador podría considerarla precisamente de esta manera. El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el *status* de ella como guía y justificación es esencial".<sup>9</sup> "Los

<sup>8</sup> H.L.A. Hart, *El concepto del Derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pág. 111.

<sup>9</sup> *Id.*, pág. 13.

conceptos jurídicos y políticos... implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás".<sup>10</sup> Y es este punto de vista interno el que adoptan los juristas norteamericanos. No se preguntan cómo procede el juez corrupto, sino cómo procede el juez responsable que acata las normas y principios filosóficos de su sistema.

Voy a examinar brevemente las reflexiones de tres iusfilósofos norteamericanos: Benjamín Cardozo (1870-1938), Roscoe Pound ((1869-1964) y Jerome Franck (1889-1957). Los dos primeros forman con Oliver Wendell Holmes las tres eminencias de la escuela de pensadores conocidos como "Jurisprudencia Sociológica". El último suele ser clasificado entre los miembros del ya mencionado Realismo Jurídico Norteamericano.

De las dos palabras que forman el nombre de "Jurisprudencia Sociológica", hay que poner el acento en la primera. Lo que pretende esta escuela de pensadores es hacer sólida ciencia del Derecho. Sin embargo, el adjetivo "sociológica" no está de más; indica la reacción contra el formalismo rígido y el conceptualismo abstracto construido lejos de la realidad sociológica del derecho y de la práctica judicial. Benjamín Cardozo (1870-1938), como el juez de la Suprema Corte que fue, sintió la necesidad de una jurisprudencia realista. En su más importante libro, la naturaleza del proceso judicial,<sup>11</sup> analiza los métodos que él y los demás jueces aplican para llegar a las conclusiones de sus sentencias. Son éstos cuatro, que emplean diversas disciplinas para abordar los problemas" 1) el método lógico, que deduce las conclusiones a partir de las leyes y de la jurisprudencia en vigor; 2) el método histórico que busca la inspiración en el desarrollo de las instituciones jurídicas; 3) el método sociológico que estudia las costumbres y las convicciones sociales vigentes; y el método filosófico que parte de puntos de vista de justicia y de bienestar social. El más importante es el último, pues es él el que decide cuál de los otros métodos debe emplearse y lo sigue orientando en su desempeño; pero no se emplea aislado de los otros métodos: de ningún modo se opone el método lógico; sólo muestra sus limitaciones y aclara que la congruencia lógica no es el valor supremo del Derecho sino que tiene su razón de ser en un principio de justicia: el que manda fallar de manera igual los casos iguales. La principal limitación del método lógico deductivo la plantean los hechos del caso, cuando en el estudio de los mismos se ve que se pueden elaborar fallos diferentes deducidos de principios diferentes. El ejemplo que nos da es el caso Riggs vs. Palmer. En 1889, en el Estado de Nueva York, un heredero asesinó a su abuelo para obtener

<sup>10</sup> *Id.*, pág. 122.

<sup>11</sup> Benjamín Cardozo, *The nature of the judicial process*, Yale University Press.

la herencia; fue procesado penalmente y sentenciado a cumplir una pena de cárcel; pero reclamó el derecho de entrar en posesión de su herencia. Fundaba su petición en dos principios jurídicos en vigor: el principio de la fuerza obligatoria de un testamento válido y el principio de que no es función de los tribunales civiles el incrementar los castigos impuestos por los tribunales penales. Sin embargo, la Corte dedujo su fallo de un tercer principio, que por cierto se encuentra en el Digesto:<sup>12</sup> *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem fucere potest*; nadie debe beneficiarse de su propio delito. En otras palabras: es el estudio de los hechos valorado conforme a justicia el que decide cuál deducción debe aplicarse. Después veremos la importancia que cobra cada uno de estos métodos en el pensamiento de Ronald Dworkin.

Roscoe Pound (1869-1964) ha sido clamado por Giorgio del Vecchio "el más grande jurista norteamericano"<sup>13</sup> y por Luis Recaséns "el príncipe de los iusfilosóficos norteamericanos".<sup>14</sup> "Su máxima preocupación es averiguar cómo se puede llegar a la elaboración de sentencias justas".<sup>15</sup> De su amplia y fecunda obra seleccionaré algunas ideas. Para él, la aplicación de un método histórico al modo como procedía la Escuela Histórica del Derecho, nos ata inexorablemente al pasado e impide al juez la búsqueda de soluciones más justas y más concordantes con las necesidades sociales actuales. El mismo resultado se obtiene de la aplicación de un método deductivo a partir ya sea de principios inmutables al modo de la Escuela Racionalista del Derecho Natural o de principios inmutables del Derecho Positivo. En ambos casos se excluye el estudio crítico de los efectos reales producidos por las normas o principios inmutables en la vida real de la sociedad. Tanto el enfoque racionalista como el enfoque historicista nos impiden usar el Derecho como lo que verdaderamente es: un instrumento de solución de problemas sociales. Una sociedad cambiante como la nuestra hace más patente la necesidad de hacer de la Ciencia Jurídica una verdadera "ciencia de ingeniería social, que estudie la ordenación de las relaciones interhumanas mediante la acción de la sociedad política organizada".<sup>16</sup> Para ello propone un método que conjuga el enfoque sociológico con el filosófico. Primero deben conocerse las necesidades e intereses de los diferentes individuos y grupos. Luego debe ordenarse las satisfacciones de esos intereses conforme a los "postulados jurídicos de una sociedad civilizada".<sup>17</sup> Pound elaboró toda una tabla de

<sup>12</sup> *Digesto*, L. 50, T. 17; L. 134, párrafo 1o.

<sup>13</sup> Giorgio del Vecchio. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Trad. de la ed. italiana revisada por Luis Legaz y Lacambra Bosch, Barcelona, 1960, pág. 196.

<sup>14</sup> L. Recaséns Siches, *op. cit.*, pág. 587.

<sup>15</sup> *Id.*, pág. 611.

<sup>16</sup> *Id.*, pág. 612.

<sup>17</sup> *Id.*, pág. 615.

esos postulados o principios y propuso una aplicación de los mismos en la línea de la filosofía utilitarista de Jeremy Bertham.

Terminaré esta plática con una breve referencia al pensamiento de Jerome Frank (1889-1957), el actual también fue juez, como Holmes y Cardozo. El método deductivo a partir de normas o reglas fijas sólo es posible en una sociedad relativamente estática, una sociedad muy complacida en su propio sistema y que tenga tiempo para elaborar todo un sistema de reglas omnicomprendivas, que contengan respuestas para todas las cuestiones posibles. Yo añadiría que también es posible en una sociedad totalitaria, que señale un modelo ideal como único válido para las conductas de los miembros de esa sociedad. Es verdad que ese sistema y la aplicación deductiva de sus normas produce certeza. Pero, ¿por qué empeñarse en que las soluciones jurídicas poseen todas ellas esa certeza que produce el método deductivo? Mucha de la incertidumbre del Derecho no es tan sólo un accidente infeliz, no es sólo el resultado de un accidente o de una falla, sino que, por el contrario, tiene un inmenso valor social.<sup>18</sup> Abogados, jueces y teóricos del Derecho parecen avergonzarse de esa incertidumbre y hasta tratan de ocultarla. En realidad se debe al "carácter esencialmente plástico y notable del Derecho".<sup>19</sup> La vida es algo notable y está formada por circunstancias que cambian y forman nuevas situaciones impredecibles. Igual que un individuo humano, a medida que crece y madura, se va enfrentando a nuevas situaciones, la sociedad humana tiene que encarar nuevos problemas y buscarles nuevas soluciones. Pretender certidumbre para todas esas nuevas soluciones es perpetuar el anhelo infantil de hallar una fuente segura de omniscencia. El niño cree en la infalibilidad y omniscencia de su padre. Cuando se hace hombre, se da cuenta que ni su padre ni él mismo tienen respuestas para todo. El jurista que pretende hacer de la Ciencia Jurídica un sistema de respuestas ciertas y seguras está buscando en el Derecho un sustituto del padre infalible. Pero, también como el niño, se está negando a asumir la responsabilidad de tomar la decisión de sus actos. Y no siempre se toman las decisiones morales con plena certeza. Lo mismo acontece con el Derecho. Se tiene que enfrentar a realidades inquietantes y desagradables, para las que con frecuencia no hay soluciones fáciles y ciertas. Pero sería peor el negarse a buscarles solución, por imperfecta e insegura que ésta sea.

Todo esto no lleva a Jerome Frank a concluir que no existan reglas jurídicas que deban ser aplicadas sino a rechazar una visión del Derecho que consista exclusivamente en la aplicación a casos concretos de normas generales y abstractas. En otras palabras: "el problema de la decisión judicial está mucho más allá de los límites de la lógica formal; porque

<sup>18</sup> *Id.*, pág. 629.

<sup>19</sup> *Id.*, pág. 630.

este problema de la decisión judicial consiste sobre todo en la elección de las premisas".<sup>20</sup> "La lógica formal trata solamente de la corrección de la inferencia, pero no suministra criterio para elegir entre las varias premisas posibles".<sup>21</sup>

Con esta conclusión de Jerome Frank podemos dar por terminado nuestro breve recorrido de la evolución de la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica. Tenemos el marco de fondo que nos ayudará a entender los desarrollos iusfilosóficos de la última década. Estos serán el tema de nuestra siguiente plática.

Creo que no es exagerado el afirmar que, a partir de la década de los treinta, se ha ido produciendo en los Estados Unidos una verdadera revolución en la visión filosófica del Derecho. Dada la importancia que tiene la Suprema Corte de Justicia en el sistema jurídico norteamericano, es allí donde hay que observar esa revolución. Pero la Suprema Corte de aquel país nunca ha actuado con total independencia de las corrientes de pensamiento y de las fuerzas políticas. Aunque ejerce un auténtico papel de liderazgo en la búsqueda y proposición de nuevas soluciones jurídicas, el gran prestigio de que goza se debe en gran parte al hecho que ha sabido tomar la iniciativa cuando las circunstancias sociales estaban maduras para poder asimilar las nuevas soluciones. Llámese prudencia o pragmatismo, el hecho es que esa actitud de la Suprema Corte permite que sus decisiones tengan un impacto en toda la vida jurídica norteamericana que no alcanzarían si el ambiente cultural y social no hubiera madurado lo suficiente para aceptarlas, aunque sea a regañadientes. En este contexto, la Filosofía del Derecho desempeña un doble papel. Por una parte contribuye a racionalizar las nuevas exigencias de justicia y así es un instrumento en el proceso de maduración cultural. Por otra parte, elabora a partir de las decisiones judiciales nuevas una teoría coherente, que sirve para legitimarlas ante el tribunal de la razón filosófica. En ambos casos se trata de una Filosofía del Derecho muy cercana de la problemática jurídica, la cual le da un valor peculiar: el de ser un pensamiento filosófico elaborado a partir de los hechos, que no se impone abiertamente a partir de teorías metafísicas discutidas. El horror a la metafísica sigue presente en la mayoría de los iusfilósofos norteamericanos y nos ayudará a entender algunas de las cosas que vamos a decir.

Decíamos que esta revolución en la visión filosófica del Derecho se produce a partir de la década de los treinta. Lo que vino a sacudir profundamente a la sociedad norteamericana fue la crisis económica de la depresión. La filosofía del *laissez faire* se demostró incapaz de sacar al país de la depresión. Franklin Delano Roosevelt propuso, en su famoso *New Deal*, una serie de medidas de intervención estatal en la economía,

<sup>20</sup> *Id.*, pág. 633.

<sup>21</sup> *Id.*, pág. 635.

que pronto fueron tildadas de socialistas no sólo por los baluartes tradicionales del capitalismo liberal sino también por juristas acostumbrados a interpretar la Constitución conforme al método del Positivismo Jurídico. En efecto el tropiezo más serio que encontró Roosevelt para llevar a cabo su programa legislativo fue la resistencia de la Suprema Corte. Esta concluía, no sin razón, que la intervención del Estado en la economía era una idea que habría repugnado a los constituyentes norteamericanos. Holmes, tan crítico en teoría del Positivismo Jurídico, no titubeaba en aplicarlo en la práctica para combatir cualquier medida de intervención estatal en la economía, como el Sherman Act promulgado en 1890 para lidiar contra los monopolios. Holmes creía en el darwinismo social, según el cual las fuerzas naturales de la economía, dejadas en libertad, deberían restablecer un equilibrio razonable de las cosas. No fue sino hasta que la Suprema Corte fue integrada por algunos nuevos miembros bajo la presidencia de Charles Evans Hughes que se inició esa revolución jurídica de la que veníamos hablando. Esto se hizo posible por la aplicación de un nuevo método de interpretación: los valores defendidos en el texto constitucional y en sus enmiendas empezaron a interpretarse, ya no conforme a la mentalidad de los constituyentes históricos, sino conforme al sentido moral importante en el tiempo de las decisiones judiciales. Así, por de pronto, se hizo posible la aplicación del New Deal y, a la larga, se abrieron las puertas a las decisiones protectoras de los derechos civiles de la minoría negra y de otras minorías. Se puede resumir el nuevo método con las siguientes palabras de Eugene V. Rostow, profesor de la Universidad de Yale, referidas primordialmente a la Carta de las Naciones Unidas (1945) pero aplicables a todo texto de Derecho Positivo.<sup>22</sup> "La Carta no agota el contenido del Derecho Internacional, como una constitución escrita o una ley no son todo el Derecho de las materias de que tratan. Como cualquier ordenamiento de Derecho Positivo, la Carta debe ser entendida en un firme contexto de costumbres, prácticas, historia, expectativas y esperanza. Y, como cualquier otro ordenamiento de Derecho Positivo, su significado evoluciona continuamente como respuesta a los cambios sociales y morales, y también a los cambios de los ideales defendidos como aspiraciones en el mismo documento". En otras palabras, se adopta el método de interpretación defendido desde Von Ihering y Gény y que es conocido como el de la libre Investigación Científica. Este método de ningún modo prescinde de los ordenamientos escritos pero defiende que deben ser interpretados, ya no conforme al pensamiento fijo de los legisladores que les dieron origen, sino conforme a la dogmática jurídica imperante en el tiempo del intérprete.

El método abrió la puerta a que pudieran ser incorporados como so-

<sup>22</sup> Eugene V. Rostow, *The Ideal in Law*. University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, pág. 275.

luciones jurídicas principios morales, con tal que éstos tuvieran alguna aceptación por lo menos en minorías suficientemente activas para hacerlos valer. En los años treinta empezó a crecer el número de sentencias protectoras de los derechos civiles, no sólo en materia de discriminación racial, sino también en problemas que iban desde la libertad de palabra y de la prensa hasta los derechos de voto y de un debido proceso (*due process of law*) en materia penal. Pero fue sobre todo la vuelta de los veteranos de la Segunda Guerra Mundial lo que aceleró el proceso de reforma y protección de los derechos humanos. Se hizo cada vez más patente que era absurdo pedir a los negros que expusieran su vida en los campos de batalla y negarles la plena igualdad jurídica cuando volvían a casa. En 1954, el caso *Brown vs. Board of Education* eliminó el principio hasta entonces vigente, según el cual la educación no era discriminatoria por darse en escuelas diferentes para blancos y negros. Se había dicho que la igualdad de oportunidades se mantenía en escuelas *separated but equal*. Tras muchas otras sentencias, siguieron dos famosas leyes: el *Civil Rights Act* de 1964 y el *Voting Rights Act* de 1965. Desde entonces no se ha interrumpido la corriente de soluciones jurisprudenciales protectoras de diversas facetas de los derechos humanos: el derecho de la privacidad, el de la libertad frente a los abusos de la policía o de la administración, el de tener un ambiente ecológico sano, para mencionar algunos temas.

Lo que me interesa ahora es examinar cómo se han introducido esos cambios. El cómo de algunos de ellos ha sido muy visible: protestas estudiantiles, *sit-ins*, negativas públicas a obedecer leyes o mandatos. Quiero más bien concentrarme en aspectos menos conocidos y más académicos. No todo son protestas públicas. Hay toda una reflexión muy seria que impulsa a los cambios. Dónde me parece más lograda esta reflexión es en los problemas médicos que atañen a la vida jurídica, tales como las drogas, la manipulación del cerebro, las decisiones para prolongar o acortar la vida, las investigaciones sobre inseminación artificial y sobre manipulación genética así como sobre las diversas técnicas de control de la natalidad. Existe por lo menos una asociación médica dedicada al estudio de tales problemas: la *Society for Health and Human Values*, que publica *The Journal of Medicine and Philosophy*. Pero el estudio más completo de los problemas surgidos en una sociedad de rápidos cambios se debe al Institute of Society, Ethics and Life Sciences, más conocido como el Hastings Center. Fundado en 1969, está compuesto de once miembros dedicados tiempo completo a la investigación y de muchos otros académicos colaboradores, que se reclutan entre médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, psicólogos, antropólogos y —claro está— juristas. Su característica es el estudio interdisciplinario de las cuestiones. Publica una revista trimestral, otra mensual y libros. Además fomenta y organiza jornadas y semanas de estudio en diferentes universidades. Por último, tiene

cursos para prepara profesores de ética especializados en la problemática moderna.

Al mencionar estos esfuerzos tan serios de investigación, mi intención es señalar el cambio en el ambiente universitario. Hasta hace poco, se consideraba poco científico el abordar en las universidades problemas morales. Estos se dejaban a la conciencia individual o a las iglesias. Hoy ya no se rechaza como no-universitario el planteamiento del alcance moral de lo científico. Todo este esfuerzo tiene impacto en las soluciones legales, prepara futuras leyes y educa a la opinión pública. La moral ya no es desterrada sin más de las universidades. Cada vez se la ve como necesaria para elaborar nuevas soluciones jurídicas. Algunos filósofos del Derecho, como el mencionado Eugene V. Rostow y Edgar Bodenheimer, lo reconocen explícitamente. Otros, como Ronald Dworkin también lo reconocen pero con escrúpulos de conciencia, formada en el positivismo y en el horror de la metafísica. Lo interesante de la teoría de Dworkin es que se puede ver en ella una mente positivista abriéndose a la exigencia de admitir principios supra positivos. Es una teoría que condena explícitamente al Positivismo Jurídico, pero que no acaba de abrirse al Iusnaturalismo. Vamos a dedicarle los últimos minutos de nuestra reflexión.

El planteamiento del pensamiento de Dworkin es típicamente norteamericano: ¿cómo de hecho razonan los juristas para llegar a sus conclusiones? y él se contesta: aplican reglas, principios o políticas. Las reglas de Derecho (*legal rules*) son los patrones de conducta que hay que seguir porque están mandados por la autoridad competente. Se aplican en todo o en nada: si los hechos están incluidos en la regla, ésta se aplica sin más; si no lo están, la regla no se aplica. Ejemplo de regla: "un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos". Las reglas pueden tener excepciones, las cuales completan la definición de la regla. En el ejemplo anterior, se podrían añadir las palabras: "excepto en el testamento dado en alta mar, para el cual son suficientes dos testigos". Los principios (principles) jurídicos son, en cambio, directivas de conducta que deben de ser respetadas porque implican alguna exigencia moral de justicia o de equidad. Los principios no pueden ser aplicados mecánicamente: inclinan una decisión hacia un sentido, pero deben ser evaluados en contraposición con otros principios; si un principio no prevalece, sobrevive intacto. Por lo tanto, los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas: la dimensión de su mayor o menor peso o importancia. "Pero no podemos decir que una regla es más importante que otra en el mismo sistema de reglas, de tal suerte que cuando dos reglas entraran en conflicto la una superaría a la otra en virtud de su mayor peso".<sup>23</sup> Lo que nos está diciendo Dworkin aunque no lo formula

<sup>23</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, pág. 27.

explícitamente— es que el razonamiento del jurista procede en las reglas a aplicar la lógica deductiva o, si se prefiere, la lógica matemática, mientras que respecto de los principios aplica lo que Luis Recaséns Siches llamó “lógica de lo razonable”. Tomar en serio a los derechos —y ese es el título de su principal obra—<sup>24</sup> significa reconocer que los individuos gozan de la protección de principios morales que están por encima del Estado y que regulan incluso la aplicación de las reglas del Derecho Positivo. A veces los principios se aplican como si fueran reglas. Por ejemplo, la primera enmienda de la Constitución norteamericana establece que el Congreso no coartará la libertad de palabra. Aplicada esta disposición como regla, significará que cualquier norma, ley o acto que coarte la libertad de palabra; será considerado sin más como inconstitucional; en cambio, aplicada como principio, habrá que balancearla con otros principios, tales como el de la seguridad nacional o el del derecho a la privacidad, y entonces tal vez se resuelva que es procedente alguna limitación a la libertad de palabra. Los principios afectan también la interpretación de las reglas. Por ejemplo, si hay una regla que declare inválidos los contratos leoninos, el principio “es de equidad que se tenga en cuenta en los contratos la buena fe”<sup>25</sup> puede dejar en pie algunos efectos del contrato atendiendo sobre todo a quien participó en él de buena fe.

Otra importante diferencia entre reglas y principios consiste en que las primeras, una vez que nacen, deben aplicarse sin más por el juez, mientras que la aplicación de los principios depende del arbitrio judicial. Es decir, el juez no puede ignorar la existencia de las reglas pero sí la de los principios. Las reglas nacen por el acto de voluntad de la autoridad competente; en tanto que los principios permanecen latentes en la tradición moral del grupo, a veces sin producir resultados durante largo tiempo, hasta que el sentido de justicia de un juez los llama a la vida. Dworkin reconoce que la mayoría de las veces el juez decide en función de reglas y que la invocación a los principios es propia de excepcionales (*hard cases*), es decir “cuando las reglas vigentes no dictan la decisión en uno u otro sentido”. Esta diferencia resulta en que las reglas producen siempre derechos concretos, en tanto que los principios sólo originan derechos “de fondo” (*background rights*), es decir, la fundamentación moral sobre la cual el juez tendrá que erigir los derechos concretos. En otras palabras, el juez extrae de la tradición moral del grupo aquellas exigencias de justicia, latentes en los principios, que le van a permitir formular nuevos derechos concretos, hasta ese momento no contenidos en las reglas vigentes. Y esto nos lleva a la distinción entre principios y políticas. Los principios siempre expresan exigencias insoslayables de jus-

<sup>24</sup> Ver nota precedente.

<sup>25</sup> “Bonam fidem in contradictibus considerari aequum est” (*Códe Just.*, L. IV, T. X, ley 4a.

ticia, en tanto que las políticas (*policies*) formulan metas (*goals* y también *political aims*) que en un momento dado se propone realizar la comunidad. Las políticas significan una distribución de beneficios y de cargas que tiene su fundamento, no ya en exigencias absolutas de justicia, sino en la implementación de un bien colectivo. Por ejemplo, la política del desarrollo económico puede traducirse en un momento dado en una mayor tributación por parte del sector industrial y en una ayuda económica del sector agrario. Los derechos y deberes concretos originados en una política podrán ser exigidos mientras ésta dure, mientras que los nacidos de un principio siempre seguirán siendo válidos, aunque su forma concreta podrá variar de acuerdo con las nuevas circunstancias.

Al llegar aquí, se podría pensar que Dworkin está simplemente repitiendo, de acuerdo con un planteamiento y palabras muy personales, la famosa distinción aristotélica entre justicia natural y justicia legal. Pero Dworkin se defiende de la tal confusión; él no quiere hacer metafísica, sólo propone un modelo de cómo puede operar el razonamiento del juez o del jurista. Hay algunos, como el iusfilósofo John Rawls,<sup>27</sup> que opinan de acuerdo con lo que se podría llamar “un modelo natural”,<sup>28</sup> según el cual las instituciones de justicia, implícitas en los principios, describen “una realidad objetiva moral” y la van descubriendo del mismo modo como se descubren las leyes de la física. “El principal instrumento de este descubrimiento es una facultad moral poseída por lo menos por algunos hombres, que produce instituciones concretas de moralidad social en situaciones particulares, tal como la intuición que la esclavitud es mala”.<sup>29</sup> Dworkin propone un “modelo constructivo”, según el cual el empleo de los principios sólo presupone “que los hombres y mujeres tienen la responsabilidad de adecuar sus juicios particulares de acuerdo a los cuales actúan con un programa coherente de acción, o que por lo menos los funcionarios que ejercen poder sobre otros hombres tienen tal responsabilidad”.<sup>30</sup> El modelo constructivo no requeriría un planteamiento ontológico, ni tampoco presupone el escepticismo o el relativismo. Sólo propone una forma coherente de razonar: observa convicciones morales en la comunidad y, sin pronunciarse sobre el valor objetivo de las mismas, pide coherencia entre el pensar y el actuar.<sup>31</sup> Si se rechaza una determinada convicción no será porque sea injusta sino por carecer de coherencia.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Dworkin, *op. cit.*, pág. 83.

<sup>27</sup> Véase John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.

<sup>28</sup> Dworkin, *op. cit.*, pág. 160.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Id.*, pág. 162 y sig.

<sup>32</sup> *Id.*, pág. 168.

Como se ve, el pensamiento de Dworkin gusta de distinciones sutiles. El hecho es que Dworkin termina aceptando a la moral en el corazón mismo de su teoría. Creo que ningún auténtico iusnaturalista rechazaría su planteamiento metodológico; tal vez le pediría que fuera coherente con su propia teoría y que no tuviera miedo de sacar de ella conclusiones ontológicas.

Mucho más se podría comentar sobre el pensamiento de Dworkin y sobre el de otros notables iusfilósofos. Nuestro vistazo general se podría resumir en la siguiente conclusión: la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica ha ido evolucionando desde el Positivismo Jurídico hacia posiciones muy cercanas al Iusnaturalismo.

## PRACTICAS ILEGALES O INCONVENIENTES EN LA CONSTITUCION DE SOCIEDADES ANONIMAS Y EN SUS REFORMAS

IÑIGO LAVIADA A.

La constitución o reforma de una sociedad anónima se realiza mediante un contrato entre particulares que de acuerdo con las tesis liberales conviene que sea libre, sin restricciones impuestas por el Estado. Sin embargo, el bien común exige limitar la libertad de contratación en la creación y reformas de sociedades anónimas, por cuanto las acciones de éstas son cosas mercantiles destinadas a circular y a servir de instrumento de captación de recursos del público, en cantidades tales, que la ineficacia, los errores o la mala fe de los creadores y administradores de la sociedad, pueden ocasionar graves perjuicios a un gran número de inversionistas y a la economía nacional. La Ley General de Sociedades Mercantiles establece normas imperativas que limitan la libertad de contratación para la creación o reformas de sociedades anónimas. Sólo puede constituirse o reformarse una sociedad anónima, dentro de los términos establecidos por dicha Ley.

Además, los artículos 260, 261 y 262 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establecen que la inscripción de la constitución o reformas de una sociedad mercantil, en el Registro Público de Comercio, estará condicionada a una resolución judicial sobre los documentos en que conste, oyendo al Ministerio Público —representante del interés nacional—. El juez puede negar el registro. Procede la negativa, con el fin de proteger el interés de los inversionistas, cuando la escritura constitutiva o de reformas contenga violaciones a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Conforme a principios generales, si una sociedad mercantil no se inscribe en el Registro Público de Comercio, no surte efectos contra terceros. Conforme al artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los títulos o certificados provisionales de acciones deben contener los datos de la inscripción de la sociedad emisora en el Registro Público de Comercio. Pero los artículos 2o. y 3o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, otorgan personalidad jurídica tanto a las sociedades inscritas como a las no inscritas que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros y sólo establecen la nulidad y la liquidación para las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos

ilícitos. Además, no se sanciona la expedición de títulos o certificados provisionales de acciones sin alguno de los datos que exige el artículo 121 citado. De manera que parece poco eficaz la defensa de los intereses de los inversionistas frente a las sociedades cuyos estatutos contravienen la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otra parte, la resolución judicial y la intervención del Ministerio Público, prescritas en los artículos 260, 261 y 262 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no ejercen la función prevista, pues es frecuente se acuerde favorablemente la solicitud y se ordene el registro solicitado, respecto de escrituras constitutivas o de reformas que contienen claras estipulaciones incompatibles con lo dispuesto en la misma Ley. La aprobación judicial y la intervención del Ministerio Público se han transformado en un simple formalismo sin utilidad alguna, pues se aprueban todas las solicitudes, a consecuencia de la presión ejercida en la práctica por el enorme número de escrituras de constitución o reforma de sociedades.

En consecuencia, son poco eficaces las normas que limitan la libertad de contratación para la creación y reforma de sociedades anónimas y he conocido casos de estipulaciones contenidas en escrituras públicas, incompatibles con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles. A continuación menciono algunos de estos casos que considero importantes y frecuentes:

#### 1. Deficiencias de forma en las actas de emisión

La Ley General de Sociedades Mercantiles establece una serie de requisitos y limitaciones para la celebración de las asambleas y para la validez de sus acuerdos. Es necesario que el cumplimiento de tales requisitos conste en documentos con fe pública, inscritos en el Registro de Comercio. Sin embargo, este principio se viola con frecuencia, por deficiencias formales en la redacción de las actas de las asambleas.

- a). Los requisitos legales de asistencia de accionistas, de convocatoria y de voto mínimo, establecidos por los artículos 193, 186, 187, 189, 190 y 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, plantean la necesidad de hacer constar en las actas de las asambleas que acuerden reformas de estatutos, aumentos de capital y emisiones de acciones, los datos de quien hizo la convocatoria, cuál fue la Orden del Día y la fecha y nombre del periódico de su publicación. Sólo así puede confirmarse la legalidad de tal asamblea y de los acuerdos que de ella emanan, por los accionistas o los inversionistas que deseen evitar riesgos. La fórmula tradicional ha sido transcribir en el acta la convocatoria y mencionar además la fecha y el nombre del periódico en que se pu-

blica. Los requisitos legales de los mínimos de asistencia y de voto implican la necesidad de asentar en el acta los nombres de los accionistas asistentes, el número de las acciones representadas y su porcentaje respecto del número total de acciones. Sin estos datos, es imposible que los interesados —accionistas o inversionistas— puedan confirmar si la asamblea, sus acuerdos y la emisión de acciones fueron válidas, quedando por consiguiente desprotegidos. En las sociedades con gran número de accionistas presentes en la asamblea es usual la elaboración y firma de una lista de asistencia por separado, para hacer constar con las firmas de los asistentes, el cumplimiento de los requisitos. En tales casos debe asentarse en el acta que se elaboró y firmó la lista, la constancia sobre el número de acciones representadas en la asamblea y sobre el porcentaje de tal número sobre el total de las acciones suscritas de la sociedad. Además, en estos casos es necesario que la escritura pública que formalice el acta de la asamblea, contenga además la transcripción de la lista de asistencia, para mayor seguridad.

- b). Es frecuente que en las actas de asambleas de aumento de capital y emisión de acciones se dediquen largos párrafos a expresar las proposiciones de la administración de la asamblea, sus explicaciones y motivos y, en contraste, la resolución sea muy escueta, al grado de solo mencionar en muchos casos, que "la asamblea aprobó la proposición". En principio, las proposiciones no tienen interés alguno para efectos del asiento en el acta. Lo único que interesa es que conste, en detalles, el texto de los acuerdos y de los hechos ocurridos en la asamblea.

La mención de que sólo se aprobó la proposición, puede dar lugar a dudas y conflictos cuando las proposiciones son varias o parecen alternativas, o una de ellas parece principal y las demás accesorias. También puede dar lugar a oscuridad y conflictos, cuando la administración sugiere que los accionistas renuncien al derecho preferente de suscripción que establece el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, respecto de las acciones que la asamblea acuerda emitir, o cuando propone, por el contrario, que los accionistas suscriban y paguen en el mismo acto dicha nueva emisión de acciones. Si el acta sólo dice que se aprobó la proposición, no puede interpretarse en el sentido de que los accionistas renunciaron al derecho preferente de suscripción, en uno de dichos casos, o que los accionistas suscribieron y pagaron la emisión, en el otro caso. Si no se hace constar expresamente que todos los accionistas presentes o una parte concreta de ellos renunciaron a su derecho preferente de suscripción, o, por el contrario, que suscribieron y pagaron las acciones emitidas, no es po-

sible, conforme a la lógica jurídica, presumir la existencia de la renuncia o de la suscripción.

c). En algunos casos esta omisión se complica por tratarse de asamblea ordinaria y extraordinaria, simultáneamente, en la cual se trata el tema de la distribución de utilidades correspondiente a la asamblea ordinaria y los temas del aumento del capital con emisión de acciones y la reforma de los estatutos, correspondientes a la extraordinaria. El Presidente del Consejo propone que se decrete un dividendo en efectivo y otro dividendo en acciones. Como es un punto correspondiente a la asamblea ordinaria, ésta sólo acuerda el dividendo en efectivo y la otra proposición queda sin resolución alguna. Inmediatamente después, en funciones de asamblea extraordinaria, acuerda la reforma de los estatutos en la cual se hace constar un capital superior. Esta fórmula es claramente ineficaz, pues no hubo acuerdo de aumento de capital, ni acuerdo de emisión de nuevas acciones. Es indispensable que el orden del día contenga dichos puntos, que la asamblea los acuerde favorablemente y que el acta contenga con claridad dichos acuerdos.

En consecuencia las actas redactadas en tales términos, son posibles fuentes de conflictos, por falta de claridad respecto de los acuerdos tomados y de los hechos ocurridos en la asamblea.

## 2. Reforma total o parcial de estatutos conforme a textos no incluidos en el acta de la asamblea que la acuerda.

Algunos prominentes despachos de abogados —generalmente atentos a fórmulas extranjeras— han creado la costumbre de reducir las actas de las asambleas que acuerdan reformas de los estatutos, para dejarlas en insustanciales datos circunstanciales sobre la fecha, el lugar, los asistentes, el quórum y la mención del acuerdo tomado sobre un cambio total o parcial de los estatutos, cuyo texto no forma parte del acta y se encuentra contenido en otro documento. Por consiguiente, la esencia del acuerdo y sus datos fundamentales, o sean las estipulaciones que en su conjunto constituirán los estatutos —las normas de la sociedad, sólo subordinadas a la ley— que se aplicarán a todos los socios y a los futuros inversionistas que ingresen como socios y que afectarán a los acreedores, no se encuentran en el acta, ni se asientan en el libro de actas de la sociedad. El documento complementatorio en que constan los estatutos aprobados, suele estar firmado por el Presidente y el secretario. Pero en muchos casos no se mencionan tales firmas en el acta, ni existe elemento alguno de identificación.

De cualquier manera, la existencia de un documento independiente del acta implica un riesgo mayor de cambio respecto de lo más importante

en la sociedad que es el texto de sus estatutos. Entre la fecha de la asamblea y la fecha de la elevación del acta a escritura pública, puede ser cambiado el documento en que consta el texto de los nuevos estatutos, sin que los accionistas puedan evitarlo. También es posible que en el curso de la asamblea sólo se mencionen tales estatutos contenidos en documento aparte, sin que se conozcan y discutan sus textos concretos, pues al fin de la asamblea sólo se da lectura al acta que no contiene tales textos, para su aprobación por los asistentes. Ciertamente que en cualquier caso puede haber riesgos semejantes; sin embargo, con la separación del texto de los estatutos en documento aparte, tal riesgo es mayor.

El artículo 194 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice que “las actas de las asambleas generales de accionistas se asentarán en el libro respectivo ... Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta ley establece”. Estas actas de la asamblea necesariamente tienen que contener lo acordado por la asamblea, especialmente en el caso de reforma estatutaria. El acuerdo no es sólo de reformar los estatutos sino que es de establecer nuevos textos concretos que regirán la vida de la sociedad. Si no se asientan tales textos, no es una verdadera acta de la asamblea. El mismo artículo sólo autoriza que se agreguen a las actas los documentos que justifiquen la publicación de las convocatorias. Considero irregular, inútil y peligrosa la costumbre de no incluir en el acta el texto de los nuevos estatutos acordada por la asamblea.

Tal práctica es tan absurda como sería un acta de asamblea ordinaria que acordarse la elección de consejeros y comisario, sin incluir los nombres de los electos.

Esta costumbre perniciosa a que me refiero puede llegar y ha llegado en algunos casos, a extremos graves: Actas de asambleas de sociedades anónimas, protocolizadas en escritura pública e inscritas en el Registro de Comercio, donde aparece que la asamblea acuerda reformar total o parcialmente los estatutos de la sociedad y modificar la escritura constitutiva, autorizando a varios funcionarios para que firmen las escrituras o documentos que fueren necesarios, sin referirse a cuales son tales reformas o modificaciones. Los funcionarios redactan después a su gusto los nuevos estatutos. Así renunció la asamblea a su soberanía contractual. En tales escrituras públicas se ha transcrito el acta de la asamblea, y el texto elaborado a su leal saber y entender por las personas comisionadas y con éstos datos se reforman los estatutos, violando lo dispuesto en la fracción XI del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que otorga a la asamblea extraordinaria la facultad exclusiva de modificar el contrato social y contraviniendo el espíritu de toda la ley citada.

### 3. La constancia del capital pagado en las sociedades de capital fijo

El artículo 60. de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la escritura constitutiva debe contener el importe del capital social y la expresión de lo que cada socio aporte. El artículo 91 de la misma ley exige que además la escritura constitutiva de la sociedad anónima exprese la parte exhibida del capital social, la naturaleza de las acciones y la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones. En casos repetidos he visto que las escrituras sociales consignan que aún no se ha pagado todo o parte del valor nominal de las acciones emitidas, pero en el texto de la cláusula correspondiente al capital, en los estatutos de la sociedad, la misma escritura asienta que el capital está íntegramente suscrito y pagado, con notoria incongruencia y peligrosidad.

Sin embargo, ocurre con frecuencia —hasta en empresas de gran inversión de acciones, así como las escrituras públicas que las protocolizan, omitan la mención del número de acciones presentes, el porcentaje que representan respecto del capital social, la transcripción de la convocatoria, la mención de quien convocó la asamblea, la orden del día contenida en la convocatoria y la fecha y nombre del periódico en que se publicó. En estas condiciones, el sistema formal establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles para protección del público, resulta inoperante y las emisiones pueden prestarse a toda clase de ficciones y fraudes.

Estos casos abarcan distintas situaciones:

a). En la constitución o el aumento de capital social, se paga exclusivamente al 20% del valor nominal de las acciones —u otro porcentaje superior—, quedando el saldo insoluto para cuyo pago se fija una fecha límite y acto seguido, se asienta en los estatutos que el capital y las acciones que lo representan, están suscritos y pagados, en los términos de la cláusula que dice que no están pagados. En ninguna parte de los estatutos dice que las acciones son pagadoras.

Al exigir el artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que la escritura constitutiva de la sociedad anónima contenga el dato de la naturaleza de las acciones, se refiere necesariamente entre otros datos, a la distinción entre acciones liberadas y acciones pagadoras a que se refieren los artículos 116 y 117 de la misma ley. Si no se hace esta distinción y en los estatutos se hace constar que las acciones están pagadas, sin estarlo, se crea un grave riesgo de error o fraude, de los cuales pueden ser víctimas los inversionistas, aunque en otra parte

de la escritura se asiente que no se han pagado totalmente el capital y las acciones.

Para evitar todo ésto, es necesario que las escrituras constitutivas o de aumentos de capital, se ajusten a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, de manera que los estatutos expresen con claridad que una parte del capital y del valor nominal de las acciones se encuentra insoluto y que las acciones son pagaderas. Posteriormente, al ser pagado el saldo insoluto, podrán cambiarse los títulos por acciones liberadas.

b). En otros casos, la asamblea extraordinaria de accionistas decreta un aumento de capital y establece que las acciones emitidas para representar tal aumento serán suscritas y pagadas dentro del plazo que establece el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles o frecuentemente dentro de otro plazo más largo. Ambos plazos comienzan a partir de la fecha de la publicación del acuerdo de aumento, en el Diario Oficial del domicilio de la sociedad. Sin embargo, de inmediato la asamblea acuerda reformar la cláusula de los estatutos correspondiente al capital y a las acciones, estableciendo que el aumento y las acciones están íntegramente suscritos y pagados en efectivo. De inmediato se protocoliza en escritura pública el aumento de capital y la reforma de los estatutos, antes de que transcurra el plazo estipulado para el pago y por consiguiente antes de haberse pagado cantidad alguna. Es evidente que en el momento de la escrituración y del registro, el capital y las acciones no están pagados y por consiguiente es falso lo asentado en el sentido de que estén íntegramente suscritos y pagados.

Puede darse el caso de que los accionistas no ejerzan su derecho preferente de suscripción, dentro del plazo previsto y que después los inversionistas no se interesen en suscribir y pagar tales acciones. En tal caso, quienes suscribieron y pagaron pueden ser víctimas de un engaño, pues el capital pagado no es el que consta en las escrituras sociales y en los títulos de las acciones. Además, la emisión completa de los títulos de las acciones se prestaría a que por fraude o extravío se crearán complejas situaciones conflictivas.

La única solución a este problema es que los aumentos de capital y las correspondientes emisiones de acciones se formalicen en escritura pública después de que hubiesen sido totalmente suscritos y pagados, el capital y las acciones que lo representan, haciendo constar este dato por declaración expresa de los administradores de la sociedad.

En cuanto a la emisión de acciones para ser colocadas mediante oferta pública, cuyas operaciones sean inscritas en Bolsa, la necesidad de contar previamente con una escritura en que conste que las acciones emitidas fueron íntegramente suscritas y pagadas, para basar la con-

fianza de los inversionistas, exige que las acciones que serán objeto de la oferta pública sean suscritas y pagadas en el acto mismo de la asamblea o en otro momento anterior a la oferta, por la Casa de Bolsa colocadora, siempre que se trate de sociedades de capital fijo, salvo los casos a que se refiere el punto 4o.

- c). Otro caso semejante al mencionado en el inciso b), es el de una sociedad en cuya acta de emisión de acciones representativas del aumento del capital social, se hizo constar que dicho capital social sería suscrito y exhibido después de protocolizar en escritura pública la mencionada acta de emisión y de inscribirla en el Registro de Comercio. Además se hizo constar que los accionistas tendrían derecho a suscribir las acciones que les correspondan en el aumento de capital, en proporción a su tenencia, dentro de los 15 días siguientes a la publicación en el periódico oficial que se realizaría después de la mencionada protocolización e inscripción. En el acta se hizo constar la reforma a los estatutos, modificando la cláusula relativa al capital para incluir la cifra correspondiente al aumento acordado, considerándola capital íntegramente suscrito y pagado.

Es evidente en este caso que en el momento de la redacción y firma de la escritura pública, el capital no estaba ni podía estar suscrito y pagado, pues la propia escritura dispone que después de su redacción y firma debe publicarse el aviso a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y suscribirse y pagarse dentro de los 15 días siguientes. Además, como el acta de emisión y la escritura que la contiene establecieron que una casa de Bolsa suscribiría para su colocación las acciones no suscritas por los accionistas anteriores al término de los 15 días, el dato de la suscripción y pago necesariamente tuvo que ser con mayor posterioridad a la fecha de la escritura.

#### 4. Reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles por aplicación del artículo 81 de la Ley de Mercado de Valores

Por decreto publicado en el Diario Oficial del 12 de mayo de 1978 se adicionó a la Ley del Mercado de Valores con un capítulo 6o. sobre el Instituto para el Depósito de Valores, cuyo artículo 81 modifica el sistema general de las sociedades anónimas de capital fijo, establecido por los artículos 6o., 91, 116, y 117 y demás relativos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues establece que "previa autorización expresa de la Comisión Nacional de Valores, y cuando así lo prevengan los estatutos, las sociedades anónimas de capital fijo podrán emitir acciones

no suscritas, para su colocación entre el público, siempre que se mantengan depositadas en el Instituto (para el depósito de valores) y que se cumplan las ... condiciones" que fija tal artículo.

Estas son, entre otras, que la emisión debe hacerse con propósito de oferta pública, que el depósito se realice por conducto de agentes de valores personas morales, que "el importe de las acciones no suscritas no podrá exceder al 25% del importe del capital pagado" que "las acciones que no se suscriban y paguen en el plazo fijado por la Comisión" se considerarán anuladas, sin que se requiera declaración judicial y se procederá a su cancelación. La emisora procederá a reducir el capital social autorizado en la misma proporción".

Además, en la asamblea extraordinaria de acciones que decreta la emisión de acciones no suscritas, deberá hacerse renuncia expresa al derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y tal acuerdo surtirá efectos para los accionistas que no hayan asistido a la asamblea. Cuando una minoría no menor del 25% del capital social, vote en contra de la emisión de acciones no suscritas, deberá hacerse renuncia expresa al derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y tal acuerdo surtirá efectos para los accionistas que no hayan asistido a la asamblea. Cuando una minoría no menor del 25% del capital social, vote en contra de la emisión de acciones no suscritas, dicha emisión no podrá llevarse a cabo.

Cualquier accionista que vote en contra de las resoluciones adoptadas durante la asamblea, tendrá derecho a exigir de la sociedad la colocación de sus acciones, al mismo precio que en el que se ofrezcan al público las acciones materia de la emisión. La sociedad tendrá obligación de colocar en primer lugar las acciones pertenecientes a los disidentes.

#### 5. Omisión de la declaración sobre cuál es el capital suscrito y pagado, en las actas de las asambleas de aumento de capital y emisión de acciones de Sociedades Anónimas de capital variable y en las escrituras públicas en que se protocolicen

En las sociedades anónimas de capital variable, en las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas y en las sociedades de inversión, es normal la existencia de una diferencia entre el número de las acciones emitidas y el número de las acciones suscritas y pagadas, pues las leyes aplicables las autorizan para emitir acciones que se conservan en tesorería, hasta que sus órganos de administración acuerden que se pongan a disposición de sus accionistas o, en su caso, de los inversionistas en general, para que sean suscritas y pagadas. Lo mismo ocurre con cualquier sociedad anónima que emita acciones no suscritas, para cubrir una emisión simul-

tánea de obligaciones convertibles en acciones, en los términos del artículo 210 Bis. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Es muy importante que los accionistas de la sociedad conozcan con certeza el dato de las acciones suscritas y pagadas, además del dato de las acciones emitidas, pues del primero de dichos datos depende el porcentaje del derecho al voto y el importe de las utilidades que corresponde a cada acción.

También para los acreedores de la sociedad es muy importante saber qué parte del capital se encuentra suscrito y pagado, para conocer la solvencia de la sociedad.

El artículo 217 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prohíbe a estas sociedades "anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado, sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo". La fracción 1a. del artículo 91 de la misma ley dice que "la escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá contener ... la parte exhibida del capital social". La fracción VI del artículo 60. de la misma ley dice que "cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije" en la escritura. Parece evidente que estas normas deben aplicarse también a las escrituras de aumento de capital. La fracción 1a. del artículo 80. de la Ley General de Instituciones de Crédito exige la suscripción y pago total del capital mínimo y cuando el capital social exceda del mínimo exige que esté pagado cuando menos el 50% del capital suscrito. Esto implica necesariamente que en las actas de emisión y en las escrituras correspondientes, se haga constar cuál es el capital mínimo, el capital suscrito y el capital pagado, para demostrar el cumplimiento de lo dispuesto en dicho artículo.

En todos los casos de estas sociedades de capital variable e institucionales, las leyes correspondientes exigen la fijación de un capital mínimo que no puede ser disminuido.

Sin embargo en algunos casos las escrituras de estas sociedades que se refieren a los aumentos de capital y emisión de acciones, no contienen el dato del capital mínimo legal, ni el dato del capital suscrito y pagado. Es posible que tal deficiencia se deba al conocimiento del dinamismo característico del capital de tales sociedades y por consiguiente de la transitoriedad del capital suscrito y pagado. Sin embargo, como la escrituración e inscripción que la ley exige para la constitución de sociedades y para sus reformas, tienen por objeto otorgar publicidad o información pública, disponible para los accionistas, los inversionistas en general y los acreedores de la sociedad y como los textos contenidos en los títulos de las acciones se complementan o se rectifican, en su caso, con el contenido del acta de emisión que les dio vida, la omisión del dato del capital suscrito y pagado en el momento de la emisión significa un riesgo de daños irreparables para accionistas, inversionistas y acreedores.

## 6. Acciones pagadas en especie

La fracción VI del artículo 60. de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que en la escritura constitutiva debe hacerse constar el valor atribuido a los bienes distintos del dinero que un socio aporte a la sociedad en pago de sus acciones y el criterio seguido para su valoración. Esta norma se viola cuando se asienta en las escrituras exclusivamente que el socio paga las acciones que suscribe, mediante la aportación de tales o cuales bienes.

Además conforme a la misma fracción y artículo, en las escrituras de sociedad debe constar si el capital se aporta en dinero ó en otros bienes. Esto es necesario por cuanto la ley establece normas distintas para ambas formas de pago y los textos de las actas pueden sugerir situaciones ilegales que es necesario aclarar con la simple mención de la forma de pago.

El artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prescribe que las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años y si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor de un 25% del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad y esta obligación está garantizada por las acciones depositadas. Sin embargo, suele suceder que en la escritura de emisión de tales acciones, no se haga constar el depósito obligatorio durante dos años, ni se realice en la práctica tal depósito, de manera que la sociedad queda sin garantía de la recuperación de la diferencia que pudiera resultar a su favor, por una valuación incorrecta o fraudulenta, ya que carece de los datos de la valuación y de la prenda sobre las acciones correspondientes.

Se argumenta que no tiene justificación alguna la mención del criterio seguido para la valorización, ni la constitución del depósito en garantía por dos años, cuando los bienes aportados son acciones cotizadas en el Mercado de Valores o cuando son inmuebles que por ley, para el perfeccionamiento de la aportación se requiere un avalúo formulado por institución de crédito. Sin embargo, tanto la cotización bursátil como el avalúo bancario pueden ser impugnados por deficiencias o simulaciones, incluyendo maquinaciones de carácter penal.

Conforme al texto del artículo 141 citado, no es posible liberar del depósito obligatorio a las acciones pagadas en especie, mediante la garantía de un tercero que se obligue solidariamente a cubrir la diferencia íntegra que en su caso pudiere resultar entre el valor de aportación de los bienes en especie y su valor real.

Además, el artículo 141 es categórico, a pesar de lo cual, las autoridades competentes en el mercado de valores han autorizado anteriormente la oferta pública de acciones pagadas mediante aportaciones en especie

que conforme al mencionado artículo 141, deben quedar depositadas en garantía durante dos años. Es claro que si tales acciones están depositadas en garantía y son al portador, no pueden ser vendidas al público, pues tal venta se perfecciona con su entrega; si son nominativas, pueden ser endosadas, pero no entregadas al inversionista. Nada de esto se men-

7. *Violación del artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Emisión de nuevas acciones sin haberse pagado íntegramente las anteriores*

cionó en la autorización de la oferta pública.

El artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que no podrán emitirse nuevas acciones hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas. Sin embargo, es frecuente que las sociedades en cuyas escrituras públicas consta que se encuentra insoluto el capital social, celebren asambleas extraordinarias, acuerden aumentos de capital por emisión de nuevas acciones y tales acuerdos se formalicen en Escritura Pública y se inscriban en la Sección de Comercio del Registro Público de la Propiedad, sin aclarar que las acciones de la emisión anterior fueron íntegramente pagadas antes de la celebración de la asamblea que acordó el nuevo aumento de capital.

Como toda escritura de aumento de capital incluye una relación de antecedentes que muestran la secuencia de la constitución y reformas de la sociedad, si no se menciona el pago del saldo insoluto de las acciones anteriores, la escritura en que se formaliza el nuevo aumento de capital necesariamente refleja un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aún cuando puede darse el caso de que el saldo insoluto esté ya pagado, pero no conste en las escrituras sociales citadas en los antecedentes de la nueva emisión. Si no se ha efectuado el pago del saldo de las emisiones anteriores, se viola lo dispuesto en el citado artículo; si ya se efectuó el pago pero no se hizo constar en alguna escritura, aunque se han cumplido con lo dispuesto en tal artículo, formalmente aparece un claro indicio de su violación. En cualquiera de los dos casos, esto puede ser fuente de conflictos. Para evitarlos, es necesario que en la escritura de aumento de capital y de la emisión de acciones, se incluya una declaración sobre el pago del saldo de la emisión anterior, su forma y fecha.

Si la deficiencia respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se dio en emisiones anteriores, también conviene aclararlo en la nueva emisión, mencionando los datos del pago del saldo, antes de dichas emisiones anteriores.

También se produce la situación de incumplimiento del artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en los casos de incongruencia

entre la constancia del capital pagado a que se refiere el punto segundo y la constancia de que se abre un plazo posterior para su suscripción y pago. Este incumplimiento puede ser con carácter simplemente formal y aparente, si el capital fue cubierto en su totalidad con anterioridad a la asamblea o con carácter de fondo, si el capital se encuentra parcialmente insoluto, a pesar de que los estatutos afirmen que si está pagado. Como en la escritura de la emisión anterior consta que se otorgó un plazo para el pago, si se protocolizó el acuerdo antes de dicho plazo, aún cuando los estatutos digan que está íntegramente pagado el capital, es necesario que en el acta de emisión posterior se haga constar cuándo y cómo fue pagado el capital anterior, mediante declaración de la sociedad, pues en caso contrario, en los textos de las escrituras anteriores aparece que no hay constancia alguna de que se hubiese pagado. En caso de conflicto, las irregularidades de este tipo pueden ocasionar perjuicios a los inversionistas.

Estos planteamientos se complican más en el caso de las Instituciones de Crédito porque la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros ha autorizado las emisiones de acciones acordadas por estas instituciones sin la previa suscripción y pago del saldo de acciones de la emisión anterior, quizá por considerar que se excluye la aplicación del artículo 133 por lo dispuesto en la fracción III del artículo 80. de la Ley General de Instituciones de Crédito que establece que éstas "podrán emitir acciones no suscritas que conservarán en la caja de la sociedad y que serán entregadas a los suscriptores contra el pago total de su valor nominal y de la prima...". Sin embargo, dicha Comisión ha sido consultada al respecto y no ha expuesto en qué norma se basa su costumbre de autorizar nuevas emisiones antes de haberse pagado totalmente las anteriores. Parece claro que la fracción III del artículo 80. de la Ley General de Instituciones de Crédito no libera de la obligación contenida en el artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como tampoco están liberadas de tal obligación las sociedades de capital variable que de acuerdo con el artículo 216 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pueden emitir acciones que se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción. De manera que las emisiones de nuevas acciones acordadas antes de haberse pagado totalmente las acciones anteriores, contravinieren lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aún cuando la Comisión Nacional Bancaria convalide con su autorización dicha anomalía.

En cualquier caso de aumento de capital y emisión de acciones en que no conste en el acta de asamblea extraordinaria la suscripción y pago total de las acciones liberadas, es necesario que en la escritura pública correspondiente se haga constar la fecha y periódico de la publicación que exige el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y la suscripción y pago de las acciones, con la fecha en que concluyó. Sin

tales datos, no se puede conocer el cumplimiento de los artículos 132 y 133 y los inversionistas quedan sujetos a riesgos de conflictos.

8. *Estipulación sobre la publicación de los aumentos de capital en periódicos distintos del oficial, para los efectos del artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.*

En algunos casos se ha estipulado en los estatutos de sociedades anónimas que el derecho preferente de suscripción deberá ser ejercido por los accionistas dentro del plazo que fije el Consejo de Administración, que no será menor de 15 días naturales siguientes a la fecha de publicación del acuerdo respectivo en el periódico oficial o en alguno de los de mayor circulación del domicilio de la sociedad. El artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles exige que tal publicación se haga en el periódico oficial y no menciona la posibilidad alternativa de su publicación en otro periódico. En este aspecto dicho artículo 132 contrasta con lo dispuesto en el artículo 186 de la misma ley que establece la disyuntiva de publicar las convocatorias en el periódico oficial o en uno de los periódicos de mayor circulación. De manera que el artículo 132 muestra una intención de excluir la posibilidad de sustituir la publicación en el periódico oficial por otra publicación. Claro está que cabe la estipulación de que tal publicación se haga en el periódico oficial y además en otro, para mayor conocimiento de los accionistas. Pero en ese caso el texto estatutario debe usar la *y* copulativa en vez de la *o* disyuntiva incluida en el texto que comento. La autorización contraactual de publicación alternativa en otro periódico, distinto del oficial, puede dar lugar a conflictos dañinos para la sociedad y para los accionistas.

9. *Publicación del acuerdo para realizar la suscripción de las acciones de tesorería de las sociedades anónimas de capital variable*

El artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que otorga a los accionistas el derecho preferente de suscripción de las acciones que se emitan en caso de aumento del capital social, obliga literalmente a publicar el "acuerdo de la asamblea sobre el aumento del capital social" en el periódico oficial de domicilio de la sociedad. De manera que no se refiere al caso del acuerdo del consejo de administración, del administrador único o de la asamblea que ordene la colocación o sea la suscripción y pago de las acciones emitidas por las sociedades anónimas de capital variable y no suscritas, (o sea de las acciones llamadas de tesorería). En consecuencia, gran parte de las sociedades anónimas de capital variable, de las instituciones de crédito, seguros y fianzas y de las sociedades

de inversión, no contienen en sus estatutos estipulación alguna que obligue a la sociedad a publicar en el periódico oficial el acuerdo sobre la colocación de las acciones de tesorería que haga posible el ejercicio del derecho preferente de suscripción, por el conocimiento de dicha suscripción.

En vista de la omisión de la ley y de la omisión estatutaria, puede darse el caso de colocación de las acciones de tesorería sin hacer publicación alguna y por consiguiente sin que los accionistas tengan conocimiento de la colocación y sin que puedan ejercer su derecho preferente de suscripción. Esta abstención de la sociedad sin violar la segunda frase del artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, priva a los accionistas de su derecho preferente consignado en la primera frase del mismo artículo y además puede dar lugar a conflictos de difícil solución entre los accionistas que no pudieron ejercer el derecho preferente de suscripción, la sociedad y los inversionistas que suscribieron las acciones mencionadas. En consecuencia, conviene evitar tal riesgo, incluyendo en los estatutos de todas las sociedades anónimas de capital variable, instituciones de crédito, de fianzas y de seguros y sociedades de inversión, una cláusula relativa a la obligación de publicar en el periódico oficial el acuerdo de colocación de las acciones de tesorería.

10. *División de la emisión de acciones en una parte para el ejercicio del derecho preferente de suscripción y otra parte para colocación en Bolsa.*

Se han dado casos de sociedades anónimas que aumentan su capital y emiten acciones, destinando una parte importante de éstas a la colocación entre el público inversionista, mediante operaciones registradas en la Bolsa de Valores y otra parte destinada a la colocación entre sus accionistas, por aplicación del artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Los accionistas presentes en la asamblea renuncian al derecho preferente de suscripción que les otorga el citado artículo, respecto de las acciones destinadas a su colocación en Bolsa. Si se encuentran representadas en la asamblea la totalidad de las acciones que integran el capital social, dicha fórmula de emisión es correcta. Pero si la asamblea es sólo mayoritaria y se encuentran ausentes algunos de los accionistas, no puede darse por renunciado el derecho preferente de suscripción de tales accionistas ausentes, respecto de las acciones destinadas a su colocación en Bolsa y no es suficiente la publicación del aviso relativo al acuerdo sobre la suscripción de la otra parte de la emisión para dar por renunciado dicho preferente, después de transcurridos los 15 días.

Para resolver este problema se requiere la renuncia de todos los accionistas en la asamblea; o la renuncia escrita de los accionistas ausentes; o la

a su derecho preferente, tanto sobre las acciones destinadas a su colocación renuncia expresa de los accionistas mayoritarios presentes en la asamblea, en Bolsa, como sobre una parte de las que les corresponda, suficiente para dejar suficientes acciones disponibles para los accionistas ausentes, sin afectar las destinadas a la colocación bursátil; o la publicación del acuerdo de la asamblea sobre el aumento de capital, en los términos de la segunda frase del artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin hacer distinciones entre acciones destinadas a ser colocadas en Bolsa y acciones destinadas a los socios. En este último caso, sólo puede hacerse la colocación en Bolsa, después de transcurrido el plazo de 15 días a que se refiere tal artículo y por la cifra de acciones que resulte después del ejercicio del derecho preferente de suscripción, sobre las acciones destinadas a la colocación en Bolsa. Si no se aplica el citado artículo 132 en cualquiera de las fórmulas mencionadas, se crea un grave riesgo de conflictos, entre los accionistas que no tuvieron oportunidad de ejercer el derecho preferente de suscripción, la sociedad y los inversionistas que adquirieron dichas acciones.

#### 11. Acciones preferentes no participantes

Ha sido frecuente en nuestro país la emisión de acciones preferentes de voto limitado que únicamente otorgan a sus tenedores el derecho de recibir un dividendo fijo y acumulativo en caso de que la sociedad obtenga utilidades, sin derecho a participar en las utilidades que excedan de dicho porcentaje fijo. Tales accionistas llamados preferentes son en realidad accionistas perjudicados, pues se encuentran en una situación de grave inferioridad respecto de los demás accionistas de la sociedad, de los obligacionistas de la misma y de todos sus acreedores. Los obligacionistas y los acreedores de la sociedad tienen derecho a recibir un rendimiento fijo, aunque la sociedad no tenga utilidades, mientras los accionistas preferentes no participantes, no reciben cantidad alguna; además tienen derecho a que se apliquen los bienes de la sociedad al pago de sus créditos, en caso de quiebra o liquidación con prelación al pago que reciban tales accionistas preferentes de voto limitado o sea que éstos últimos sólo podrán cobrar su capital, después de haberse pagado a los acreedores, incluyendo a los tenedores de obligaciones, si existe un remanente. Si bien las acciones preferentes no participantes tienen derecho en caso de liquidación de la sociedad, al reembolso antes que las acciones ordinarias, éstos últimos están compensados con creces por el hecho de poderse beneficiar en exclusiva con las utilidades que reparta la sociedad por encima del rendimiento fijo y acumulativo de las preferentes no participantes. Además, el llamado accionista preferente no tiene derecho de voto en las asambleas ordinarias, ni en algunas de las extraordinarias y por

consiguiente no participa en la administración de la sociedad, en la designación de sus administradores, ni en el acuerdo sobre distribución de dividendos.

Esta situación de inferioridad es profundamente injusta y no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles pues ésta autoriza pactar en el contrato social que una parte de las acciones tengan el voto limitado en los términos antes mencionados, con la condición de que "no podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a las de voto limitado un dividendo de cinco por ciento. Cuando en algún ejercicio social no haya dividendos o sean inferiores a dicho cinco por ciento se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada. Al hacerse la liquidación de la sociedad las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las ordinarias".

El dividendo fijo y acumulativo del 5%, fijado por la Ley, es un mínimo legal. Puede ser pactado en el contrato social un dividendo fijo y acumulativo de un porcentaje superior. Así se hace frecuentemente. En realidad tal dividendo mínimo no es por sí mismo "el dividendo", pues ésto por definición es el resultado de dividir entre las acciones el importe de las utilidades que se acuerda repartir. Este porcentaje es un mínimo que necesariamente debe fijarse a favor de los accionistas de voto limitado, en calidad de compensación por el perjuicio que les causa la limitación del voto; pero de ninguna manera puede significar que tales accionistas de voto limitado, sufran además de tal desventaja, otra más grave aún que es la limitación máxima de los dividendos que pueden recibir. En el caso de las acciones preferentes de voto limitado, no participantes, en vez de compensar al accionista de voto limitado con una preferencia, se le castiga con otra limitación adicional más grave, como es la limitación del porcentaje de los dividendos a un porcentaje máximo sobre el capital, o sea, una renuncia al disfrute de las utilidades que excedan de tal porcentaje.

Las acciones preferentes de voto limitado, no participantes en las utilidades que excedan del dividendo fijo y acumulativo, vienen a ser valores de renta fija en el mejor de los casos, pues su rendimiento no puede exceder del porcentaje fijado, pero están sujetas a la posibilidad —propia de los valores de renta variable— de no recibir dividendo alguno o de recibir uno inferior, si no hay utilidades o éstas son insuficientes. Esto es claramente ilegal pues el artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice que "no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación de las ganancias". Las acciones preferentes de voto limitado, no participantes, violan lo dispuesto en el artículo 17 citado, pues nunca participan de las ganancias sociales, sino que se les atribuye un interés, sujeto a la condición de que

existan ganancias suficientes para cubrirlo. La Bolsa Mexicana de Valores no admite la inscripción de acciones preferentes no participantes.

12. *Aumentos de capital y emisión de acciones por capitalización del superávit resultante de revaluación de activos.*

El capital social, o sea el valor nominal total de las acciones de una sociedad anónima, es el importe de lo que han aportado a la sociedad sus socios, en dinero o en especie. La ley no prevé otra forma distinta de aportación e integración del capital social. Sin embargo, son usuales en nuestro país los aumentos de capital de sociedades anónimas, por capitalización de utilidades repartibles, por capitalización de reservas o por capitalización del superávit resultante de la revaluación de los activos sociales.

En el caso de aumento de capital y emisión de acciones por la capitalización de utilidades reportables, es evidente su validez jurídica, pues tales utilidades estaban destinadas a salir del patrimonio de la sociedad e ingresar a los patrimonios de cada uno de los socios, por lo cual cabía la posibilidad de entregar los dividendos a los accionistas y que éstos, inmediatamente después, entregasen su importe a la sociedad como aportaciones para el aumento de capital. La capitalización directa de las utilidades reportables evita una duplicación absurda de operaciones y, en última instancia, viene a ser la capitalización por renuncia del derecho de los accionistas a retirar del patrimonio social los dividendos a que tienen derecho.

En cuanto al aumento de capital y emisión de acciones por la capitalización de reservas legales o contractuales, éstas se justifican por el objetivo de la ley al crear la reserva legal obligatoria y de los accionistas al crear las reservas contractuales: dar mayor seguridad a los accionistas y a los acreedores de la sociedad mediante un incremento del patrimonio que garantice solidez y cobertura de riesgos imprevistos. La capitalización de las reservas aseguran y aumentan la realización de tales objetivos, pues una vez capitalizada la reserva, las cantidades que anulamente deben separarse de las utilidades para integrar la nueva reserva, serán mayores, por aplicarse el mismo porcentaje sobre una base mayor. Además, la capitalización de la reserva y la reiniciación de su creación, implica iniciar de nuevo la acumulación hasta el tope máximo legal. De manera que si dicho límite superior se había alcanzado anteriormente o estaba próximo a ser alcanzado, con la capitalización de reservas la acumulación vuelve a comenzar desde cero, hasta alcanzar de nuevo el límite.

En circunstancias teóricas normales, los activos de cualquier sociedad integrados por toda clase de bienes, distintos del dinero, se deprecian con el transcurso del tiempo. Pero en la realidad contemporánea, la pérdida

creciente del valor adquisitivo de la moneda —llamada inflación— produce constantemente una plusvalía de tales activos sociales. A consecuencia del mismo fenómeno económico, los dividendos que paga la empresa pierden constantemente su valor numérico relativo. La inflación distorsiona los balances, por cuanto esconde el valor real actualizado de los activos sociales. Los accionistas y los acreedores ven una imagen distorsionada de las finanzas sociales y pueden ser movidos a engaño, por tales balances. Por esto, las circunstancias inflacionarias que viven nuestro país y el mundo, exigen que en los balances se hagan constar valores de los activos sociales, superiores a los de su adquisición, resultantes de valúos practicados por peritos. Sólo así puede reflejar el balance la situación financiera de la sociedad y ser una base lógica para los cálculos de tributación fiscal. En tiempos de inflación, como los actuales, es indispensable la revaluación de activos en los balances de las sociedades.

La revaluación de activos en los balances condujo a la idea de aumentar el capital social y emitir nuevas acciones, supuestamente pagadas con el superávit resultante de la revaluación de los activos. Con ésto se obtiene una reducción de la diferencia numérica entre el valor nominal de las acciones —estático por naturaleza— y el precio de mercado de las mismas acciones, que crece a medida que aumenta la inflación. Estos aumentos de capital y emisiones de acciones mediante la capitalización del superávit resultante de revaluación, han sido muy frecuentes en la historia reciente de México y constituye un peligro por su efecto psicológico sobre los accionistas, por cuanto propician que las sociedades inflen con datos ficticios el capital nominal de la sociedad. Tal falsificación del valor nominal que debe ser el importe de lo recibido por la sociedad de sus accionistas, sólo puede tener por objeto influir con el impacto psicológico de la cifra asentada en el título con el impacto psicológico de la cifra asentada en el título de la acción, sobre la decisión de inversión de quien adquiera la acción. De manera que puede ser un instrumento de fraudes o abusos.

Si el balance de la sociedad ya refleja los nuevos valores de los activos, resultantes del avalúo, no hay necesidad ni utilidad para los accionistas, en hacer que tal superávit se refleje en el valor nominal del capital social y en un mayor número de acciones. La capitalización de tal superávit sólo representa riesgos y es incompatible con la Ley General de Sociedades Mercantiles. Sin embargo, desde hace muchos años la Comisión Nacional de Valores ha conocido y aprobado los aumentos de capital y emisiones de acciones por capitalización del superávit resultante de revaluación de activos, tanto en términos generales como en casos concretos. En vista de tal aprobación oficial, considero necesario reducir al mínimo los riesgos que significa tal práctica ilegal, exigiendo que en todos los casos la revaluación se funde en un avalúo practicado por expertos, cuya capacidad técnica debe ser certificada y vigilada por el Estado, que conste

en un documento en que se explique detalladamente las razones y bases del cálculo de la valuación y que un tanto de dichos avalúos se deposite en algún archivo o Registro Público oficial.

Además, considero necesario que las actas de las asambleas extraordinarias de accionistas que acuerden el aumento de capital y la emisión de acciones por capitalización del superávit resultante de revaluación hagan constar el dato del autor y la fecha del avalúo, así como las bases técnicas fundamentales de la valuación, anexándose al acta un ejemplar firmado de dicho avalúo, tal como lo exige la Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C. V., para la inscripción en Bolsa de las acciones correspondientes. Además considero necesario que el texto del acta de asamblea que se refiere a los datos del avalúo, se transcriba en la escritura pública, pues sólo así puede contar con documentación fehaciente del avalúo, los accionistas futuros de la sociedad emisora.

Considero necesario también que esta materia sea objeto de una reglamentación, para evitar el riesgo que significan los cientos de casos de aumentos de capital y emisiones de acciones que se han realizado recientemente, con la sola mención en el texto del acta del acuerdo de la asamblea en el sentido de que tales aumentos y emisión son por revaluación de activos, sin precisar cuáles activos, porque se revalúan, quién los valuó, cuándo y cómo. En la forma incontrolada, cualquier sociedad puede multiplicar su capital nominal hasta los límites que alcance la imaginación picaresca, sin riesgo alguno para la empresa y con graves riesgos para el público inversionista.

La práctica de la capitalización del superávit resultante de revaluación de activos ha tenido su aplicación extrema en los casos de asambleas extraordinarias que acuerdan tal capitalización y escrituras que la formalizan, pocos días después de la constitución de la sociedad. Es evidente que los activos de una sociedad no pueden haber cambiado su valor en grado notable, por el transcurso de tres o cuatro días en que no ha ocurrido ningún fenómeno económico extraordinario. Sin embargo, la revaluación y la capitalización del superávit que arroja, son expresión de una fórmula para evitar parcialmente el pago de impuestos. En estos casos, el capital de la sociedad se integra por la aportación de bienes en especie que son valuados en el momento de la constitución social en cifras menores de su valor real, para disminuir así el importe de los impuestos que se causan; tal ahorro fiscal implica una minusvaluación del capital social que puede ser desalentadora para los inversionistas que deseen invertir en sus acciones; en consecuencia se capitaliza la supuesta plusvalía, para que el capital corresponda al valor real de los bienes en el momento de su aportación. Esta fórmula es ilegal desde los puntos de vista de la Ley General de Sociedades Mercantiles y de las leyes fiscales. Sin embargo, se han dado casos de autorización fiscal concedida previamente para reali-

zar tales movimientos, en cuyo caso, la gravedad de los riesgos disminuye si resulta aplicable lo mencionado en los párrafos anteriores.

### 13. Incumplimiento de los requisitos de fusión de sociedades

El artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que: "Los acuerdos sobre fusión se inscribirán en el Registro Público de Comercio y se publicarán en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse. Cada sociedad deberá publicar su último balance, y aquella o aquellas que dejen de existir, deberán publicar, además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo". El artículo 224 de la misma Ley añade que: "La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior. Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente, en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas".

A pesar de tan claras normas sobre la fusión de sociedades, en épocas recientes se han dado varios casos de fusiones formalizadas en un solo acto, sin satisfacer los requisitos citados, ni esperar el transcurso del plazo exigido. La escritura pública se ha formalizado de inmediato, como protocolización de la asamblea extraordinaria que acordó la fusión. Tal escritura fue inscrita de inmediato en el Registro de Comercio y la fusión surtió efectos desde el momento de la inscripción, sin haberse hecho las publicaciones y sin haberse efectuado la inscripción del acuerdo de fusión que exige el texto transcrito, y, obviamente, sin haber transcurrido el plazo de tres meses. Tales requisitos tienen por objeto proteger a los acreedores que, por quedar desprotegidos, pueden demandar la nulidad de la fusión, creando un conflicto dañino para la emisora y para sus accionistas.

Una fórmula usada para aparentar fundamentación jurídica del ilegal efecto inmediato de la fusión consiste en un acuerdo de las asambleas extraordinarias de ambas sociedades fusionadas, considerando vencidos todos los adeudos a cargo de ambas y obligándose la fusionante a liquidar dichas deudas en el momento en que los respectivos acreedores exigiesen el pago. Sobre tal base, la fusión se realiza sin satisfacer el requisito del plazo de tres meses establecido por el artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, fundándose indebidamente en el artículo 225 de la misma ley establece las excepciones al artículo anterior. Dicho acuerdo de vencimiento anticipado no es suficiente para evitar la espera de tres

meses que establece el citado artículo 22i, pues el artículo 225 sólo establece tres excepciones: a) Que se pacte el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse; b). Que se constituyere el depósito de su importe en una Institución de Crédito; c). Que constare el consentimiento de todos los acreedores para dar efecto a la fusión en el momento de la inscripción. Inmediatamente después, el artículo 225 añade que en cualquiera de los tres casos de excepción, "las deudas a plazo se darán por vencidas". En el caso se dan por vencidas las deudas a plazo, pero no se pacta con todos los acreedores el pago de tales deudas, ni se constituye el depósito de su importe, ni se hace constar el consentimiento de todos los acreedores. Por consiguiente no se puede dar efectos inmediatos a la fusión y es necesario legalmente esperar el plazo de tres meses para darle efectos mediante otra escritura pública que se inscriba en el Registro de Comercio, inmediatamente después de vencido tal plazo, si no hubo oposición de acreedores. El único objeto de los artículos 224 y 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es proteger a los acreedores. El hecho de dar por vencidas las deudas a plazo no los protege.

Solamente las instituciones de crédito están exentas de cumplir el plazo de los tres meses para que surta efectos la fusión, por aplicación de la fracción XIII del artículo 8o. de la Ley General de Instituciones de Crédito.

## LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES DE LEYES EN MATERIA DE CONTRATOS

CARLOS ARELLANO GARCÍA

SUMARIO: 1. Conceptos; 2. Solución a los conflictos internacionales de leyes; 3. Subdivisiones de la materia de contratos; 4. Las normas conflictuales en la codificación interamericana; 5. Las normas conflictuales en el Derecho Comparado; 6. Las normas conflictuales en el Derecho vigente de México; 7. Las normas conflictuales que se proponen.

### 1. Conceptos

Cuando una situación concreta está vinculada con las normas jurídicas de dos o más países estamos en presencia del llamado conflicto internacional de leyes.

La situación concreta vinculada con normas jurídicas de más de un Estado puede ser sencilla o *compleja*. Será sencilla cuando la situación concreta presente un sólo aspecto cuya regulación jurídica haya de determinarse y será compleja cuando *sean varios los aspectos* que requieran la elección de la norma jurídica aplicable.

Para Jules Valery,<sup>1</sup> las leyes de dos diferentes países están en presencia de razones que existen en favor de la aplicación de cada una de ellas y es necesario escoger la que deba aplicarse. Estas razones que posteriormente se denominaron "puntos de conexión", pueden definirse como las circunstancias de hecho o de derecho que vinculan a una situación concreta con la norma jurídica de uno o varios Estados.<sup>2</sup>

El ilustre tratadista español Adolfo Miaja de la Muela<sup>3</sup> considera que en el conflicto de leyes existen *dos o más relaciones jurídicas en potencia*, tantas como leyes tengan contacto con las personas, cosas o actos que figuren en el supuesto de hecho, pero mientras no se señale exactamente la ley aplicable, lo único que tenemos es una relación humana, fáctica, propia de la vida y sostiene que la relación jurídica sólo se podrá determinar cuando esté fijada la legislación destinada a regular aquella re-

<sup>1</sup> Manuel de Droit International Privé. París 1914, pág. 466.

<sup>2</sup> Véase Carlos Arellano García. Derecho Internacional Privado. Porrúa, México, 1976, 2a. edición, pág. 11.

<sup>3</sup> Derecho Internacional Privado. Introducción y Parte General, Madrid, 1954.

lación humana. Aceptamos que la situación concreta, antes de la determinación de la norma jurídica que le es aplicable, es ambigua en lo que hace al alcance de los derechos y obligaciones de los sujetos de esa situación concreta. Los derechos y deberes de los sujetos se puntualizarán adecuadamente en cuanto se fije la norma jurídica aplicable.

En lo que atañe a los conflictos de leyes, Foignet<sup>4</sup> les atribuye dos elementos: 1. Una conexión jurídica, es decir, algún acto jurídico, contrato, apertura de sucesión, etc; 2. *Ciertas circunstancias* que produzcan la aplicación de varias leyes.

Es conveniente que obtengamos mayor precisión en el concepto de conflictos de leyes mediante el enunciado de los elementos que, en opinión nuestra, concurren, a saber:

1. Una situación concreta que debe regularse jurídicamente;
2. Circunstancias de hecho o de derecho de las que puede derivarse la realización de los supuestos previstos en dos o más normas de diversos Estados;
3. Dos o más normas jurídicas de países distintos que podrían regular jurídicamente la situación concreta.

Si se trata de precisar el concepto de los conflictos internacionales de leyes, aparece muy claro el pensamiento de Martin Wolf<sup>5</sup> cuando establece que el Derecho Internacional Privado se propone determinar qué ordenación jurídica, entre varias vigentes a un tiempo, debe aplicarse a una relación determinada de la vida real.

En el esclarecimiento de nociones sobre los conflictos internacionales de leyes, el jurista mexicano Eduardo García<sup>6</sup> marca como supuesto ineludible de los conflictos de leyes en el espacio, la coexistencia de preceptos legales relativos a los mismos hechos, pero pertenecientes a sistemas jurídicos que, en principio, poseen ámbitos espaciales de vigencia distinta.

A su vez, por ser motivo de este trabajo, recogemos el concepto de contrato que nos proporciona el conspicuo civilista Rafael Rojina Villegas,<sup>7</sup> al decir que es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Considera al contrato como una especie del género de los convenios y, define el convenio como un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales.

## 2. Solución a los conflictos internacionales de leyes

La elección de la norma jurídica competente para regir la situación

<sup>4</sup> Manuel Elementaire de Droit International Privé, París 1912, pág. 161.

<sup>5</sup> Derecho Internacional Privado. Editorial Labor, S. A. Barcelona 1936.

<sup>6</sup> Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México 1949, pág. 404.

<sup>7</sup> Compendio de Derecho Civil, Tomo IV. Antigua Librería Robledo, México 1962; pág. 7.

concreta, cuando cabe la posibilidad de aplicación de normas jurídicas de países diversos, es tarea ardua. La dificultad reside en la falta de una norma jurídica superior a las presuntas normas aplicables que regulara esa elección y también en la carencia de un tribunal con jerarquía supranacional que escogiera la norma aplicable.

Tal precariedad normativa y la dicha falta de órganos jurisdiccionales superiores, ha propiciado una exagerada especulación doctrinal que no ha llevado a las deseadas soluciones convenientes. Por supuesto que excede a los límites de este breve estudio el análisis de las más variadas corrientes exegeticas, de allí que nos limitaremos a exponer sintéticamente algunas premisas orientadoras hacia la solución de los conflictos internacionales de leyes.<sup>8</sup>

I. Ante el conflicto de leyes, la persona interesada en su solución, debe acudir a las fuentes formales para determinar si existe norma jurídica conflictual que elija la norma jurídica aplicable.

II. A falta de norma jurídica conflictual internacional que resuelva el conflicto, ha de acudirse a las fuentes de Derecho interno del Estado bajo cuya jurisdicción se planea el conflicto de leyes.

III. Si existe una laguna legal porque el conflicto no se haya previsto en la fuente internacional, ni en la interna, tendrá que realizarse una labor de integración y el juzgador deberá de crear la norma individualizada conflictual.

IV. En la creación o perfeccionamiento de las normas conflictuales, de solución del conflicto de leyes internacional, se propenderá a la realización de los valores jurídicos y a la mejor satisfacción de las necesidades humanas.

V. Cuando el legislador *desempeña su tarea creadora o perfeccionadora* de normas jurídicas, *necesariamente clasifica* previamente las materias sobre las que pretende legislar. En el Derecho Internacional Privado ocurre lo mismo, debe haber una clasificación por materias, tal y como lo hicieron los postglosadores, en la forma en que lo hizo Savigny, como se ha hecho en la codificación iusprivatista y de la manera como lo hacen todos los autores que han desarrollado la llamada parte especial del Derecho Internacional Privado. Por tanto, hay normas conflictuales sobre: forma de los actos, bienes muebles, bienes inmuebles, estado civil de las personas, capacidad, obligaciones convencionales, etc.

VI. No debe prevalecer un prejuicio territorialista o extraterritorialista en la elaboración o perfeccionamiento de las normas conflictuales ya sean internacionales, internas o individualizadas. De las normas en conflicto se elegirá la nacional o la extranjera según se realicen con una u otra, de mejor manera, los valores jurídicos y se satisfagan mejor las necesidades humanas.

<sup>8</sup> Para el examen de las corrientes doctrinales nos remitimos a nuestra obra de Derecho Internacional Privado, pp. 520-581.

### 3. Subdivisiones de la materia de contratos

Ante un contrato, que es una *situación concreta compleja, por estar integrada de factores intervinientes que pueden requerir un pronunciamiento acerca de la norma jurídica aplicable a esos dichos factores, es preciso hacer una subdivisión como paso preliminar antes de la elección de la norma jurídica aplicable.*

Conforme a lo anterior, en la figura jurídica del contrato, podríamos extraer, enunciativa y no limitativamente, en una subdivisión, los siguientes aspectos y factores:

- A) Forma de contrato.
- B) Capacidad de los contratantes.
- C) Efectos de los contratos.
- D) Alcance de la voluntad de los contratantes.
- E) Elementos de existencia y de validez de los contratos.
- F) Naturaleza del contrato.
- G) Diversos tipos, de bienes a los que se refiere el contrato.
- H) Cada contrato en particular.

Esta es la clasificación previa que es menester realizar antes de inquirir por la norma jurídica aplicable, según indicación hecha en el punto quinto del apartado anterior.

Si nuestro deseo fuera el trato exhaustivo del tema de los contratos en cuanto a sus implicaciones iusprivatistas, tendríamos que encontrar una norma jurídica conflictual para cada uno de los aspectos y factores de subdivisión mencionados. Por resultar *ello sumamente extenso*, sólo realizaremos un análisis parcial y no total.

### 4. Las normas conflictuales en la codificación interamericana

En opinión de Jean Derruppé<sup>9</sup> el reto de la codificación internacional exige conciliar los intereses de la colectividad nacional y las necesidades de la vida internacional. Como consecuencia, en el orden de ideas del propio autor, la pobreza de las fuentes internacionales lleva a que sea la legislación interna la que pretenda esa conciliación de intereses.

A pesar de los escollos que presenta la tarea codificadora, ya se han iniciado importantes prolegómanos en el ámbito interamericano. Nos referiremos a las reglas contenidas en materia de contratos en las Convenciones interamericanas.

<sup>9</sup> Droit International Privé. 3a. Edición. Dalloz, París, 1973, pág. 52.

#### A) *Tratados de Montevideo de 1889.*

En el artículo 32 del Tratado de Derecho Civil Internacional se da vigencia a la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse para determinar si deben hacerse por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Por su parte, el artículo 33 del mismo Tratado establece que la misma ley rige lo relativo a existencia, validez, naturaleza, efectos, consecuencias, ejecución y, en suma, todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea.

El artículo 34, elige normas jurídicas después de tomar en cuenta las cosas a las que aluden los contratos. Si el contrato se refiere a cosas ciertas o individualizadas, es aplicable la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. Si son cosas determinadas por su género, se regirá el contrato por la ley del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados. Los contratos referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración. Los contratos que versen sobre prestación de servicios: a) si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; b) si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos; c) fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.

El artículo 35 se refiere en especial al contrato de permuta y contempla supuestos varios.

Respecto a contratos accesorios, el artículo 36 le da vigor a la ley de la obligación principal.

Para los contratos por correspondencia o mandatario, el artículo 37 elige la ley del lugar del cual partió la oferta.

#### B) *Tratados de Montevideo de 1940*

El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, en el título XI, relativo a los actos jurídicos, establece varios dispositivos que, mediante las divisiones y subdivisiones que requiere la parte especial del Derecho Internacional Privado, elegirá las normas aplicables en caso de conflicto de leyes sobre contratos.

De esta manera, el artículo 36 escoge la ley de celebración u otorgamiento del contrato para las formas y solemnidades que correspondan. Los medios de publicidad se rigen por la ley de cada Estado.

La ley del lugar donde el contrato debe cumplirse, rige, por preceptuarlo así el artículo 37: a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

Si los contratos recaen sobre cosas ciertas e individualistas, según el artículo 38, se rigen por la ley del lugar en donde ellas existían al tiempo de su celebración. Si son cosas determinadas por su género, los contratos están regidos por la ley del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración. Para los contratos que recaen sobre prestación de servicios, se dan las mismas soluciones ya apuntadas en la convención de 1889.

Si no puede determinarse el lugar de cumplimiento, el artículo 40 le da aplicación a la ley del lugar de su celebración.

El artículo 41 reproduce la regla del anterior tratado en el sentido de que los contratos accesorios se rigen por la ley del contrato principal. Lo mismo sucede respecto a los contratos por correspondencia o mandatario que en el artículo 32 se rigen por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.

### C) Código Bustamante

El Código de Derecho Internacional Privado, producto de la VI Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana, en 1928, dedica el título IV del Libro Primero a las obligaciones y contratos. Consagra un capítulo para las obligaciones en general y otro para los contratos en general. Posteriormente dedica once capítulos a contratos en particular.

El artículo 175 hace una prevención muy importante sobre orden público al determinar que, son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.

Para la capacidad de los contratantes, determina el artículo 176 que dependen de la ley de cada contratante, las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento.

Los vicios del consentimiento, error, violencia, intimidación y dolo se rigen por la ley territorial, según el artículo 177.

El artículo 178 se inclina por la ley territorial respecto de prohibiciones de que sean objeto de los contratos, servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio.

Se juzga, por el artículo 179, que son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos.

Para la forma, el artículo 180, menciona que se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito.

En forma especial y con fines tutelares, el artículo 181 le da compe-

tencia a la ley personal del ausente o incapacitado para la rescisión de los contratos por incapacidad o ausencia. Las demás causas de rescisión y su forma y efectos se subordinan a la ley territorial como lo determina el artículo 182.

Las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetarán a la ley de que la causa de la nulidad dependa, así lo regula el artículo 183.

La regla sobre interpretación de los contratos es la ley que los rijan. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y debe resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso, se determina en los artículos 186 y 187, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de las interpretaciones de la voluntad (artículo 184).

En los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara (artículo 185).

En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y, en su defecto, la ley del lugar de la celebración (artículo 186).

Los artículos del 187 al 219 inclusive, del Código de Bustamante, establecen reglas conflictuales referentes a contratos en particular.

### 5. Las normas conflictuales en el derecho comparado

La precariedad de las normas internacionales se cubre con las normas jurídicas conflictuales internas. Al decir del ilustre jurista brasileño Haroldo Valladao<sup>10</sup> los legisladores de América no se apegaron a teoría o sistemas, ni siguieron intransigentemente determinadas orientaciones doctrinales. Atendieron de preferencia, en su concepto, a las tradiciones propias, a las necesidades y conveniencias de sus pueblos.

La legislación interna de los Estados marca la tendencia que se ha aceptado para la solución de los conflictos internacionales de leyes, por lo que se refiere a su régimen jurídico propio. Las inclinaciones nacionales pueden ser tan severas que pueden conducir al rechazo de una propuesta internacional.

La cita de disposiciones de legislación extranjera puede tener algún vicio de información anacrónica o inexacta. Serán los juristas de los respectivos países los que nos podrán ilustrar en caso de muy probable error.

En Argentina, el artículo 1209 del Código Civil determina que los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deben ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

<sup>10</sup> Direito Internacional Privado. Tomo I. Biblioteca Universitaria Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1968, pág. 135.

Complementariamente, el artículo 1210 expresa que los contratos celebrados en la República para tener cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

En el Brasil, en la Ley de Introducción al Código Civil, respecto a obligaciones, se determina en el artículo 9o. que para calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en que se constituyeren. Si la obligación está destinada a ejecutarse en el país, se admitirá la ley extranjera en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto. La obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar en que reside el proponente.

El artículo 17 niega eficacia en Brasil a las declaraciones de voluntad que ofendieren la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres.

En cuanto a Colombia, el destacado jurista colombiano José Joaquín Caicedo Castilla<sup>11</sup> resume las normas del Derecho colombiano y precisa que la ley obliga a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de éstos los derechos concedidos por los tratados públicos.

Particularmente, respecto de contratos, si el contrato se celebra en Colombia por extranjeros, la capacidad de las partes se rige pro la ley colombiana. Si el contrato se celebra en país extranjero para cumplirse o producir efectos en territorio colombiano, si el contratante es colombiano, su capacidad se rige por la ley colombiana. Si el contratante es extranjero su capacidad se rige por la ley del lugar de su celebración.<sup>12</sup>

En cuanto a efectos de los contratos, si el fin principal del contrato es el de producir efectos en Colombia, los efectos se rigen por la ley colombiana, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil.<sup>13</sup>

El Código Civil de Costa Rica, por lo que hace a contratos establece en el artículo 6o. que la prescripción y todo lo que concierne al modo de cumplir o extinguir las obligaciones que resulten de cualquier acto jurídico o contrato que haya de ejecutarse en Costa Rica, se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros, y aunque el acto o contrato no se haya ejecutado o celebrado en ese país.

Respecto a la interpretación del contrato para la fijación de sus efectos mediatos e inmediatos, en los términos del artículo 7o, se atenderá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato. Si los contratantes tuvierén una misma nacionalidad, se atenderá a las leyes de su país.

La forma y solemnidades externas de un contrato con efectos en Costa

<sup>11</sup> Derecho Internacional Privado. 6a. edición. Editorial Temis, Bogotá 1967, pp. 303-305.

<sup>12</sup> Véase a José Joaquín Caicedo Castilla, obra citada, pág. 319.

<sup>13</sup> Idem. pág. 321.

Rica, según el artículo 8o., pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre. Si las leyes de Costa Rica exigen instrumento público, no valdrán escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país donde se hubieren otorgado.

En el artículo 11 del Código Civil de Cuba, en lo que atañe a formas y solemnidades de los contratos, se establece la vigencia de las leyes del país en que se otorguen. Si los contratos son autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares cubanos en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes cubanas.

Las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones dictadas en el extranjero.

En Chile tiene vigencia el Código de Bustamante pero, resulta de interés hacer referencia a la reserva hecha por ese país en el sentido de que los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros.

El Código Civil de Chile de 1855 establece una disposición general muy territorialista en el artículo 14, al disponer que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso para los extranjeros.

Para los chilenos residentes en el extranjero les son aplicables sus leyes que regulan las obligaciones y derechos civiles, conforme al artículo 15, en lo relativo al estado civil y a la capacidad para ejecutar actos con efectos en Chile, y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país de su otorgamiento. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento. La forma se refiere a las solemnidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresase (artículo 17).

Si las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas (artículo 18).

El Código Civil de Ecuador es de una inclinación marcadamente territorialista al establecer en el artículo 13 que la ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de extranjeros. Según el artículo 14, los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en el extranjero, están sujetos a las leyes de su patria, en lo relativo al estado y capacidad de las personas que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador.

El artículo 15 autoriza contratos válidos sobre bienes situados en el

Ecuador pero, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador se arreglarán a las leyes ecuatorianas.

La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir sus efectos en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, (artículos 15, 16 y 17).

Territorialismo similar se desprende del artículo 14 del Código Civil de El Salvador, al disponer que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los salvadoreños con residencia o domicilio en el extranjero están sujetos a su ley patria en lo relativo al estado de las personas y su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efectos en El Salvador, así como en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes salvadoreños.

En cuanto a bienes regulados por contratos y forma de los contratos existen normas iguales a las ecuatorianas.

En Honduras, el Código Civil sigue el sistema antes referido para Ecuador y El Salvador.

El Código Civil de Panamá determina la obligatoriedad de la ley panameña para los nacionales y extranjeros, residentes o transeuntes en el territorio de la República (artículo 1o.). Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros.

Los bienes situados en Panamá están sujetos a las leyes panameñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Panamá. Esto sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extranjero pero, los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Panamá se arreglarán a las leyes panameñas (artículo 5o.).

La forma y las solemnidades de los contratos se determinan por la ley del país en que se otorguen, a menos que tratándose de contratos que hayan de cumplirse o surtir efectos en Panamá, los otorgantes prefieran sujetarse a la ley panameña. Pero, en todo caso, la autenticidad de tales instrumentos, actos o contratos, se probarán según las reglas establecidas en el Código Judicial (artículo 7o.).

En Perú, en los términos del artículo VII del Código Civil, la naturaleza y efectos de la obligación se rigen por la ley del lugar donde fue contraída.

Según el artículo XVIII, el extranjero que se halle en el Perú, aunque no sea domiciliado, puede ser obligado al cumplimiento de los contratos celebrados con peruano, aun en país extranjero, sobre objetos que no estén prohibidos por las leyes de la República.

Territorialista resulta la legislación uruguaya en el artículo 3o. del

Título Preliminar del Código Civil al establecer que las leyes obligan indistintamente a todos los que habiten en el territorio de la República.

Respecto a forma de los actos, el artículo 6o establece que se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Si las leyes uruguayas exigen instrumento público, no valdrán escrituras privadas.

Especialmente, respecto a contratos, puede invocarse el artículo 2399 que determina que, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, le da aplicabilidad a la ley del lugar de su cumplimiento.

El artículo 8o. del Código Civil de Venezuela, es también de corte territorialista al señalar que la autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República. El territorialismo se complementa con el artículo 9o. al establecer que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero.

#### 6. *Las normas conflictuales en el derecho vigente de México*

Muy territorialista es la disposición general contenida en el artículo 12 del Código Civil, al establecer que las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeuntes.

Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código (artículo 13).

La forma de los actos jurídicos está regida por la ley del lugar de su celebración. Se autoriza a mexicanos y extranjeros residentes fuera del Distrito Federal, para sujetarse a las formas prescritas en el Código cuando el acto haya de tener ejecución en México (artículo 15).

En materia específicamente contractual podrían citarse los siguientes preceptos:

"Artículo 1839. Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas renunciablen en los casos y términos permitidos por la ley."

"Artículo 6o. La voluntad de los particulares no puede exigir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia perjudique derechos de tercero."

"Artículo 8o. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

### 7. Las normas conflictuales que se proponen

En materia de contratos, con base en las premisas establecidas en los apartados dos y tres, principalmente, se proponen las siguientes normas conflictuales:

I. Para los efectos jurídicos de los contratos:

"Los efectos jurídicos de contratos realizados en el extranjero y que deban ejecutarse en el territorio nacional, se regirán por las normas jurídicas del lugar de ejecución."

II. Para la forma de los contratos:

"Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las normas jurídicas del país de su celebración."

"Los celebrantes de los actos jurídicos quedan facultados para sujetarse a los requisitos de forma prescritos por el país donde hayan de ejecutarse esos actos jurídicos. En este supuesto, podrán acudir ante los agentes diplomáticos o consulares que tenga acreditado en el extranjero el Estado del lugar de ejecución."

"Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar de celebración del contrato y la ley del lugar de ejecución, respecto a la necesidad de otorgar documento público para la eficacia de determinados actos jurídicos y a la de hacerlos constar por escrito."

III. Para la capacidad de los contratantes:

"La capacidad general de las personas naturales se rige por las normas jurídicas del país de su domicilio."

"Las capacidades con regulación jurídica especial, se rigen por la ley aplicable a los actos jurídicos que se pretendan realizar."

IV. Para las declaraciones de voluntad:

"Las personas naturales y jurídicas podrán elegir la norma jurídica aplicable entre dos o más normas jurídicas de diferentes países, en el caso de que la relación jurídica establecida entre ellas esté vinculada a alguna de esas leyes."

"Las declaraciones de voluntad tendrán las limitaciones que establezca la norma jurídica elegida por los declarantes."

"A falta de expresión de voluntad de los interesados sobre elección de normas jurídicas, será aplicable la ley de ejecución del acto jurídico."

## ASPECTOS JURIDICOS DE LA PLANEACION ECONOMICA Y SOCIAL EN MEXICO

J. AGUSTÍN ORTIZ PINCHETTI

### I. Definición de la planeación económica y social

I. 1. El modo como una Nación ordena su economía es el rasgo más característico de toda su estructura de poder económico y social. Es frecuente que una crítica superficial suponga que donde no existe un sistema de planeación global la economía se desarrolla de modo espontáneo y anárquico. Esto es inexacto. En los estados liberales donde la participación del gobierno en la vida económica estaba restringida a unas cuantas funciones no se vivía el desorden. Había un medio de control: el sistema de mercado, que si bien obedece en lo fundamental al crecimiento natural de la economía no por ello puede pensarse que es ineficaz.

I. 2. La planeación global implica que el control sobre la vida económica no se deja a libre juego de las fuerzas económicas sino que se transfiere en alguna medida a una entidad de la administración pública.

I. 3. Entre las múltiples definiciones de la planeación he preferido una que a mi modo de ver expresa con claridad esta idea de control supraordenado. Según ella la planeación es un sistema global de toma de decisiones que establece ciertos objetivos sociales y económicos a alcanzar tomando en cuenta el interés general y selecciona y ordena los medios para alcanzarlos.

I. 4. Mientras el control establecido por el mercado es invisible e impersonal, la planeación supone un sistema tangible, una organización para tomar decisiones, y además mientras el control de mercado se basa en la libertad, el de la planeación tiene una dosis de compulsión o coerción que varía según la naturaleza específica del sistema planificador.

I. 5. En una economía liberal la producción está controlada por la demanda. Sólo puede producirse lo que se necesita, o sea que los requerimientos del público consumidor determinan en miles de decisiones lo que debe producir. En la planeación es la organización estatal la que determina o influye decisivamente lo que debe producir y para ello establece ciertas metas a alcanzar y organiza los medios disponibles tomando en cuenta el interés general.

I. 6. El plan es "todo el conjunto de actividades de desarrollo consideradas para un año o para un período de varios años". En este sentido

la palabra plan es sinónimo de programa. Planeación, planificación o programación expresan el mismo concepto y en este trabajo se emplearán indistintamente.

## II. ¿La planeación supone una ruptura con la economía del mercado?

II. 1. La economía liberal aún en su expresión clásica parte de la proposición de que la planeación y distribución de bienes debe controlarse para ponerla al servicio de los fines sociales. La diferencia con la planeación no está por lo tanto en que ésta persiga el desarrollo económico y la justicia social y la económica liberal no, sino que los favorecedores del sistema de planeación afirman que dichos fines se logran más eficaz y completamente a través de este medio.

La diferencia de la planeación y el sistema de mercado libre no está por lo tanto, ni la falta de orden, ni de control, ni tampoco en una distinta concepción de la justicia. Es simplemente un problema de eficacia de los controles. Mientras en el sistema liberal, éste se deja al mercado del que se afirma que es un control vigoroso y real a pesar de ser invisible, para la planeación el control lo ejerce el Estado.

II. 2. El sistema liberal admite cierta interferencia estatal, recuérdese que el propio Adam Smith aceptaba que la defensa, la justicia, la educación y los caminos y comunicaciones deberían ser controlados por el Estado. Sin embargo, dejan que la producción esté controlada por la demanda. "Los empresarios no pueden producir a su capricho sino en forma que satisfagan necesidades verdaderas del mayor número y en esa medida obtendrán ganancias si no se pliegan a los requerimientos de los consumidores perderán sus inversiones". No pueden imponer tampoco a su antojo los precios porque "la competencia de otros empresarios dispuesta a reducirlos les arrebataría el mercado y los arruinaría". Por tanto, tienen que producir mejor y más barato y aumentar de continuo su eficiencia o saldrán del mercado. Así el mecanismo automático actúa como "una mano invisible" que "dirige la producción al servicio de la demanda, impulsa el progreso y elimina las utilidades excesivas".

II. 3. La gran revolución económica que provocó la aplicación de estos principios es testimonio de su validez. El mismo Carlos Marx en su famoso manifiesto (1948) le hace un brillante elogio.

II. 4. Sin embargo, el sistema liberal como todo lo que ha construido el hombre tiene graves limitaciones y deformaciones. Como dice Arthur Lewis los méritos del sistema dependen de la existencia de la competencia, y la competencia perfecta, la única que pudiera generar un sistema perfecto de regulación, es rara o inexistente. El mecanismo del mercado no establece de modo forzoso ni mantiene la competencia y es en esta

falla fundamental en que se requiere; de la intervención del Estado para corregir las distorsiones sociales y económicas que se provocan.

II. 5. En México se han ensayado en 2 períodos largos en condiciones muy estables, bajo un fuerte control político y con una prolongada paz social, el sistema de la libre empresa, e incluso el Estado lejos de hacer una regulación de la economía con fines sociales ha favorecido la acumulación del capital, la creación de una clase empresarial poderosa y la industrialización del país, con la esperanza de que una vez generada una riqueza importante pudiera ésta distribuirse aún a los estratos más pobres y atrasados.

Estos dos períodos son los de la República Liberal y el Porfiriismo, (1867-1910) y la era post-revolucionaria, que empezó en el año de 1921 y que se ha prolongado hasta nuestros días.

II. 6. En ambos períodos se obtuvieron grandes logros, pero el sistema liberal, permisivo y proteccionista no pudo corregir los defectos que los críticos imputan a la economía del mercado y que en esencia son los siguientes por lo que toca al caso de México:

1º El ingreso no ha sido distribuido equitativamente, e incluso ha tendido a hacerse mayor la concentración de la riqueza.

2º No se ha logrado humanizar la condición del trabajo agrícola e industrial, ni tampoco la estructura de las empresas.

3º Tanto en la época porfiriana como en la post-revolucionaria se ha producido inestabilidades, ciclos de inflación, desocupación, miseria, que no han podido ser corregidos.

4º En ambas épocas se ha permitido que el capital extranjero captara posiciones claves en la economía del país descapitalizándolo y arruinando la competencia interna y afectando en algún grado la autonomía política y la cultura nacional.

5º Se generaron graves desequilibrios en el desarrollo regional, algunas regiones quedaron rezagadas y otras crecieron desproporcionadamente.

6º En un país de recursos escasos se impusieron patrones de consumo suntuarios y derrochadores.

II. 7. De hecho nunca ha podido funcionar adecuadamente la economía de mercado en México, simplemente porque no ha sido posible crear una competencia robusta y eficaz, y en cambio han prosperado prácticas abusivas, monopolios, oligopolios, que anulan los efectos de la "mano invisible". Todas estas realidades han conducido a una intervención cada vez mayor del Estado. En otros países se ha optado, o bien por mantener el mercado pero corrigiendo su funcionamiento gracias a un conjunto de medidas intervencionistas (los países que han aplicado las tesis neocapitalistas), o por suprimirlo radicalmente sustituyéndolo por un régimen de capitalismo de estado (los países llamados "socialistas"). En ambos casos, se utiliza el sistema de la planeación. Mientras que el neocapitalismo la admite en sus formas flexibles (inductiva, indicativa) en los sistemas "so-

cialistas" se presenta en forma compulsiva y totalitaria como planeación central. En resumen, el punto de ruptura entre la planeación el sistema liberal está en que aquélla afirma que la demanda no es una fuerza libre y perfecta sino que puede ser en alguna medida influida y controlada por el Estado.

### III. ¿Hasta qué punto son compatibles la planificación y la economía del mercado?

III. 1. Si bien la planeación rompe con el sistema clásico de mercado no necesariamente es antagónica del sistema capitalista. Las imperfecciones del control que ejerce el mercado pueden corregirse mediante un sistema global de decisiones del gobierno sin que se suprima totalmente el mecanismo del mercado, dejando éste vigente, pero suprimiendo sus deformaciones.

Como afirma Gunnar Myrdal la planeación en un país capitalista supone un programa estratégico de acción para el gobierno nacional que permite mediante un sistema de intervenciones del Estado en el juego de fuerzas del mercado, modificar dichas fuerzas de manera que se imprima un movimiento favorable al proceso social.

La planeación se ha incorporado con éxito en los países capitalistas más avanzados y también en muchos países atrasados de Asia, Africa y América Latina.

El sistema seguido hasta ahora consiste en que el Estado establece y publica ciertas metas y prioridades que obedecen a los intereses de la mayoría de los pobladores, por lo menos teóricamente, pero deja un amplio campo para la actividad libre de los productores. No planea mediante la coacción sino manipula las fuerzas del mercado: Se canaliza la inversión pública hacia determinados sectores o regiones, se realizan algunas nacionalizaciones de industrias estratégicas, o que se crean nuevas bajo el control del Estado, se controla el crédito, los precios de los productos básicos, se estimula fiscalmente ciertas inversiones, etc.

II. 2. El gobierno está en buenas condiciones para modificar las fuerzas del mercado porque cuenta con un acervo de información relativamente veraz y completa que le proporciona un perfil de la sociedad y de la economía con lo que puede definir objetivos bien determinados. Cuenta además con el apoyo de toda la administración pública y de las empresas estratégicas de su propiedad lo que le permite imponer un movimiento general en favor de sus objetivos.

III. 3. Existen dos casos de planeación indicativa o capitalista que han llamado siempre poderosamente la atención de los economistas mexicanos, y son los de Francia y España.

III. 4. Francia inició la planeación en 1946 con el fin de modernizar

y reconstruir su economía después de la guerra. Se nacionalizaron algunas industrias básicas, se definieron y publicaron prioridades. El primer plan de emergencia fue seguido por otros más perfectos. Actualmente está en vigor el séptimo plan francés. La preparación de cada plan supone un trabajo técnico efectuado por el Ministerio de Planificación que luego es discutido por el Consejo Económico y Social que dictaminará sobre él. El poder legislativo deberá dar su aprobación final.

El plan se traduce a objetivos concretos por comisiones sectoriales (verticales) y geográficas (horizontales). Cinco mil de las personas más representativas de Francia trabajan en este esfuerzo de pormenorización. Son voceros de los sectores económicos y de las regiones del país. Como afirma Luis Sánchez Aguilar en sus trabajos sobre el tema, el sistema francés ha alcanzado un buen nivel técnico y democrático.

III. 5. El sistema español se generó teniendo como marco no una democracia avanzada a la francesa sino una dictadura política fascistoide. El primer plan fue elaborado en el año de 1963. Se han sucedido desde entonces sin interrupción varios planes y los resultados han sido muy positivos. Laureano López Rodó afirma que la economía española avanzó gracias a los planes, durante el período en que éstos estuvieron en vigor, más que en el resto de la historia española.

### IV. Diferencias entre la planeación entre los países "socialistas" y la planeación capitalista.

IV. 1. La Unión Soviética fue la primera potencia que produjo un sistema central de planificación. Después de la Segunda Guerra Mundial la planificación en su forma flexible o indicativa se utilizó en el Occidente Europeo y en el Japón. Todos los países en la zona de influencia soviética o china han establecido sistema de planificación autoritaria o central. Yugoslavia tiene un sistema muy original llamado "Socialismo de Mercado" ya que las empresas son propiedad de cooperativas que integran libremente un mercado el que funciona con una fuerte dosis de intervencionismo estatal particularmente a través del crédito enteramente controlado por el gobierno.

El sistema de planeación central o autoritaria tiene numerosas variantes pero su característica fundamental está en que se prescinde del mercado como medio de control de la economía. El volumen de la producción y los objetivos de ésta estarán sujetos a un programa que expresa por lo menos hipotéticamente los requerimientos de la sociedad y que debe de cumplirse en etapas diferidas que integran un plazo o término preciso, por ejemplo, los planes a cinco años o quinquenales. Los planes centrales implican que todos los agentes económicos que producen y toda

la inversión deberá ceñirse estrictamente a los instructivos que reciben del organismo programador.

Un enorme aparato administrativo aplica y controla la actividad de los productores. Aquellos productores que no cumplan con el plan recibirán sanciones penales y los que lo hagan, incentivos Económicos y Morales. Es evidente que para llevar a cabo un sistema tan estricto de control deberá desaparecer la propiedad privada de los medios de producción y de cambio que directa o indirectamente pasarán a ser propiedad del Estado.

IV. 2. La planeación central según los economistas marxistas es un gran avance de la humanidad y sin duda ha logrado resultados extraordinarios en los países atrasados sobre todo en materia de educación, salubridad, tecnología militar, deporte y producción agrícola. José Luis Ceceña dice que este sistema es efecto del desarrollo económico y a la vez elemento indispensable para continuarlo.\* Para ellos la planeación en el sistema capitalista no es auténtica planeación sino un conjunto de medidas de ordenación creadas para afrontar la crisis final del capitalismo.

IV. 3. Como sea, así como la economía del mercado tiene sus límites la planeación central produce graves deformaciones: Entre muchas:

a) Para establecer un control absoluto sobre la economía deben suprimirse todo derecho de resistencia u oposición. Los derechos sociales de los trabajadores son anulados. Se prohíbe la asociación libre de éstos, o las huelgas y en general cualquier activismo que pudiera redundar en un entorpecimiento del programa. Los trabajadores encuentran graves dificultades para elegir la ocupación que más les acomode ya que la distribución de cargos o empleos se sujeta a las necesidades elegidas por los organismos de planificación.

b) Los errores del organismo planificador adquieren una dimensión macroeconómica y sus efectos negativos son difíciles de reparar.

c) La planeación compulsiva implica el crecimiento de una enorme burocracia y una rigidez estructural muy vulnerable ante hechos económicos difíciles de prever.

d) También el consumo se restringe, las mercaderías y los servicios a consumir son los seleccionados por los planificadores. El hombre medio siente irritación ante las escaseces y la falta de libertad para gastar su dinero pero no puede expresar su disidencia y oposición en forma organizada porque eso constituiría una traición a los "intereses del pueblo" y un delito duramente penalizado.

A mi juicio la crítica más severa al sistema de planificación central es que sólo puede trabajar con la supresión de los derechos de los trabajadores y en general de los derechos políticos de oposición democrática y disidencia que son, uno de los más grandes logros de la humanidad.\*

### V. ¿Es posible la planeación central en México?

V. 1. En nuestro país no existen condiciones ni económicas, ni sociales, ni políticas, ni jurídicas para la planeación central. Esta forma de control de la vida económica implicaría la expropiación de todas las grandes empresas industriales, comerciales y de crédito. La supresión de la libertad de trabajo o profesión y restricciones severas a la movilidad geográfica.

V. 2. El Estado mexicano con o sin el apoyo de los trabajadores, en el estudio actual de desarrollo, no tiene los elementos técnicos para poder administrar con buen éxito el aparato económico del país por sí solo. La clase empresarial constituye un factor político muy poderoso que aunado con el factor de dominio externo harían irrealizable esta política e incluso desestabilizaría el gobierno y propiciarían su derrocamiento con la consiguiente secuela de destrucción y la muy probable regresión política y social, quizá hacia un estado corporativo o autoritario. Como afirma Pérez Barbabozza "es fácil observar que el Estado mexicano sólo puede esperar razonablemente en imponer una voluntad planificadora a los centros de poder privado (especialmente los monopolios u oligopolios) a través de un sistema de presiones laterales y prudentes que vayan generando una disciplina creciente sin forzar a un enfrentamiento directo".

V. 3. Seguramente la oposición mayor contra un intento de planeación central vendría de los propios trabajadores (a quienes hipotéticamente vendría a favorecer el plan) ya que es difícil suponer que los obreros y campesinos de México estarían dispuestos a renunciar al libre ejercicio del trabajo y del consumo y a su movilidad tanto geográfica como profesional y a aceptar un control autoritario proveniente de un partido "revolucionario" o una clase burocrática que asumiría la tenencia de los medios de producción y el dominio de la economía en una forma más rígida e intolerante que las clases patronales actuales. Casi sobra decir que este género de planeación es incompatible con las instituciones actuales de México. Incompatibles con la libertad de profesión, industria, trabajo o comercio, establecida en el Artículo 5º Constitucional, incompatible con los derechos a asociarse o reunirse pacíficamente del Art. 9º, incompatible con la libertad de tránsito establecida por el Art. 11º, incompatible con las garantías de propiedad y de empresa del Art. 27º y 28º y en fin, que requeriría de un cambio institucional de tal magnitud que sólo sería posible mediante una revolución al estilo soviético la que, de acuerdo con las condiciones interiores y exteriores de México, no resulta concebible a corto plazo.

### VI. ¿Es viable en México la planeación inductiva?

VI. 1. Si aceptamos que no es posible en México la planeación central y autoritaria ¿qué podemos opinar en cuanto a la planeación flexible, indicativa o inductiva? Ante todo debe precisarse si el gobierno mexicano está dispuesto a un ensayo de cambio social profundo como implica la planeación. Es decir, si está dispuesto a quebrantar la tesis fundamental de los gobiernos mexicanos desde 1940 por lo menos, que en esencia consiste en favorecer la acumulación del capital, la urbanización y la industrialización del país para proceder después en una etapa diferida a una redistribución de la riqueza. Porque la única justificación de la planificación global estaría en hacer cambios en los sistemas político y social para actualizar la promesa de redistribución, para lograr un desarrollo equitativo y equilibrado de todos los sectores, clases y regiones del país, sobre todo aquellas marginadas del progreso y de la riqueza, porque si de lo que se trata fuera el mantener la misma tesis de política económica bastaría con dejar intactas las libertades y protecciones que se han otorgado hasta ahora a los agentes privados y al sistema de mercado que han mostrado ser tan pertinentes para lograr un crecimiento económico desequilibrado e injusto.

VI. 2. El gobierno de la República debe estar consciente que un cambio de las reglas del juego en cuanto al desarrollo económico generará inquietud y descontento entre los grandes intereses privados, (aunque éstos al final del proceso pudieran salir beneficiados con una ampliación del mercado interno y con una mayor viabilidad del sistema como ha sucedido en otros países: tal es el caso de España).

En una primera fase son de esperarse diversas resistencias y probablemente una campaña de oposición bien articulada como la que generó las leyes de Asentamientos Humanos en 1976. El sector privado se opondrá a un control estatal de esa magnitud a pesar de que legalmente el plan sólo sea obligatorio para la administración y las empresas públicas, porque entenderá que el gobierno para hacer efectivo el plan total creará presiones intensas sobre la iniciativa privada para que acepte el plegarse a los objetivos y prioridades del plan.

VI. 3. Además, el gobierno deberá afrontar las resistencias del propio sector público. Si bien el plan será compulsivo legalmente para este sector es evidente que existen intereses políticos muy poderosos y gran capacidad de maniobra y presión por lo que disciplinar ese conjunto quizá no resulte menos difícil que sujetar a las empresas privadas.

Si el gobierno actual ha cristalizado, como parecen demostrarlo los indicadores, la decisión de planificar, deberá pasar la prueba de fuego de imponer esa voluntad a los centros de decisión privada y a la indisciplina del sector público.

### VII. Condiciones para que sea viable la planeación indicativa en México

VII. 1. Son numerosos los casos de los países atrasados en que la planeación ha fracasado y se ha convertido en un catálogo de buenas intenciones por carecer de ciertas condiciones previas y esenciales para asumir el reto de la programación.

VII. 2. Por lo que toca a México, los economistas han señalado algunas de las que hemos seleccionado las que consideramos más importantes.

A) *Debe generarse una participación y movilización política en torno al proceso.* La planificación implica una toma de conciencia colectiva respecto del desarrollo. Sin esa participación la planeación se volvería una tiranía tecnocrática y faltaría cierta mística social tan importante para el arribo a las metas establecidas.

B) *Información.* Como lo ha dicho González Casanova, "antes de pensar en la planeación se necesita replantear el problema jurídico y político del Derecho a la información". Una información incompleta o torcida haría imposible el establecimiento de un sistema central de toma de decisiones. Sin un conocimiento objetivo de los hechos sociales, de la conducta política y económica, sin un inventario de recursos y sin una red que renovara y vinculara la información no se podrían establecer las metas, las metodologías o los instrumentos del plan.

C) *Una administración pública bien articulada.* El sector público será el promotor y conductor del programa, para ello será necesario que elimine sus tendencias centrífugas más graves y que disminuya grandemente el desorden, el despilfarro y la corrupción. Debe desaparecer el sistema "feudal" tan característico y tan destructivo del sector público mexicano.

D) *Sistema de evaluación.* Debe existir un organismo que tenga como función vigilar permanentemente las funciones de las distintas dependencias del sector público para que realicen sus funciones con la eficiencia y con los resultados previstos y que justifiquen con todo rigor las erogaciones realizadas

E) *Un control efectivo sobre el crédito.* Es decir, medios jurídicos y técnicos que permitan al Estado orientar los recursos financieros públicos y privados hacia ciertas prioridades decididas no tanto por el interés especulativo sino por las conveniencias sociales.

F) *Un acuerdo general de alianza con los sectores social y privado de la*

producción y también con los estados y municipios que debido al sistema constitucional no pueden ligarse compulsivamente al plan.

G) *Una reforma tributaria.* El financiamiento y ejecución del plan implica no sólo una reestructuración del sistema de recaudación para evitar la evasión, el contrabando y otros vicios sin una nueva base impositiva, dirigida a gravar en forma progresiva el ingreso patrimonial de las personas físicas de modo que quien recibe mayores beneficios pague más, se disminuya drásticamente el consumo suntuario incompatible con las escaseces del país y se recaben suficientes recursos que permitan la disminución del endeudamiento externo.

H) *Ajustes institucionales.* Es necesario adecuar el marco constitucional para permitir la intervención del Estado en el desarrollo económico desligándose definitivamente de las tesis liberal aún vigentes.

### VIII. Objetivos y metas de la planeación

VIII. 1. Reunida la voluntad y el poder políticos con las condiciones esenciales para iniciar el proceso, debemos examinar los elementos irreductibles con los que debería de contar para que el plan pueda considerarse como tal y funcionar adecuadamente:

A) *El establecimiento de metas o directivas generales.* Estas directivas se enuncian en términos cualitativos y en un horizonte temporal de largo plazo. (10 a 20 años).

Por ejemplo, en materia de población, la meta consistiría en "frenar el crecimiento explosivo de la población, mediante la introducción de programas de paternidad responsable, que respeten la dignidad de la persona humana.

En materia de independencia económica, reducir a límites tolerables de acuerdo a convenciones internacionales, la dependencia económica y tecnológica del exterior".

El plazo y horizonte de estas directivas sería a diez o quince años, y obviamente se haría un catálogo de todas aquellas directivas deseables entre todos los sectores de actividad del país para un horizonte determinado.

B) *Objetivos y prioridades.* Son metas a corto y a mediano plazo de carácter fundamentalmente cuantitativo y tienden a alcanzar las metas cualitativas o directivas fundamentales del plan. De acuerdo con ellas se hace también un catálogo estableciendo cuáles son las prioridades, o sea, los objetivos que entre todos los deseables deben alcanzarse en primer término.

Siguiendo los ejemplos del apartado anterior podríamos decir que podrían establecerse objetivos a un plazo de dos años en la siguiente forma:

En materia de población reducir la tasa de crecimiento demográfico del 3.4% de 1973 al 3.1% en 1980.

En deuda externa, cubrir el monto total de intereses de la deuda para 1978 y estabilizar el monto del capital del adeudo.

### Los medios

C) Son los instrumentos materiales e institucionales necesarios para alcanzar los objetivos y prioridades establecidos de acuerdo con las directivas del plan y son de muy diversa índole: Administrativos (afinación de los sistemas) informativos, (inventario de recursos y red) financieros (ingresos extraordinarios y ordinarios del sector público, estructuración, coordinación y adecuación del sector financiero) técnicos (sistemas de información, estadística, coordinación, programación y evaluación), promocionales (programas sectoriales y regionales, programa de promoción de inversiones del sector público, la inversión extranjera y programas de estímulo), ministeriales (creación de una Secretaría de Estado responsable de la realización del plan de desarrollo), jurídicos (desarrollo de los principios de la planeación en la constitución, las leyes secundarias y los reglamentos), institucionales (integración de los planes de desarrollo de los estados, las regiones y los sectores de la economía en el plan global y coordinación de las políticas de la Federación y los estados), humanos (creación de conciencia y politización respecto del proceso, establecimiento de formas de consulta y participación ciudadana en la formulación y la ejecución del plan).

VIII. 2. Todos estos medios integran un complejo instrumental para la ejecución de los objetivos del plan y deben ser activados y controlados por una estructura administrativa central. El plan sería enteramente ineficaz sin los medios y éstos serían inoperantes sin el órgano central.

### IX. La estructura administrativa del plan

IX. 1. En México debido al carácter de nuestro sistema político y a la naturaleza nacional y concentratoria del plan global la tarea de la planificación deberá estar a cargo de los poderes federales quienes tienen la capacidad política y administrativa y el rango constitucional que les permite actuar en un nivel de competencia nacional.

Sin entrar por ahora en consideraciones jurídicas debemos desechar la idea de que el poder legislativo federal pueda encargarse de la formu-

lación y control del plan porque la función legislativa no tiene el carácter apropiado para el desarrollo y aplicación de una política económica, tarea eminentemente ejecutiva, aunque sea de índole sui generis. De acuerdo con el sistema político mexicano el poder ejecutivo recae en la sola persona del Presidente quien gracias a las amplias facultades que le dan leyes y otras fuentes extra-legales o ilegales, descritas muy hábilmente por Don Daniel Cosío Villegas, recaba un amplísimo poder efectivo.

IX. 2. El Poder Ejecutivo Federal se organiza como dice Serra Rojas, en una forma piramidal cuyo vértice superior es el Presidente de la República del cual emana una jerarquía en dos vertientes, un sistema de administración centralizada, la encargada propiamente de las funciones ejecutivas y administrativas de gobierno, y otra desconcentrada, que cumple fines del Estado de naturaleza cultural y económica primordialmente pero que no son parte de la administración pública y que dependen del Presidente de la República.

IX. 3. Es difícil pensar que sería posible o conveniente que la planeación tuviera como órgano central a una entidad independiente y contradictoria del Poder Ejecutivo Federal o que se redujera a un Consejo Asesor sin capacidad de imponer sus decisiones.

Por lo tanto, el perfil del órgano central de planificación; debería de encontrarse en un Consejo Intersecretarial o en una Secretaría de Estado, o en una combinación de ambas instituciones: El Consejo formularía el plan que debería ser aprobado por el Presidente y la Secretaría de Estado se encargaría de aplicar, controlar y evaluar su realización.

#### X. Planeación global, sectorial y regional.

X. 1. La planeación implica cambios de diversa magnitud y dirección en la producción la vida social tendientes a promover el desarrollo equitativo y equilibrado del país. Fijadas las metas cualitativas y generales y los objetivos cuantitativos y específicos, organizados los medios y creado un órgano central de formulación y control, el proceso debe de culminar diseñando la forma en que se afecte en detalle todos los sectores de la economía (inversión y gastos públicos, política crediticia, desarrollo agropecuario, desarrollo de servicios, industrial, comercio, turismo, comunicaciones y transportes, asentamientos humanos, educación, ciencia y tecnología, trabajo y empleo, salud y seguridad social), señalando cuáles son prioritarios y encauzando hacia ellos la mayor proporción de recursos.

X. 2. Asimismo debe alcanzarse una dimensión regional. Uno de los objetivos del plan es producir un efecto de equilibrio entre las distintas regiones del país alentando la creación de polos de desarrollo rápido en

zonas con mejores condiciones naturales, así como estimulando las regiones atrasadas.

X. 3. Cada sector y cada región (o Estado según la organización constitucional) desarrollará un proyecto propio que será sometido a una crítica "cruzada" de los demás sectores y regiones representados por comisiones. Es natural y deseable que surjan discrepancias, las cuales deberán ser resueltas por el órgano supremo responsable del plan: En el esquema mexicano, el Presidente de la República y sus asesores ad-hoc.

X. 4. El conjunto de proyectos sectoriales y regionales encuadrados en objetivos y prioridades cuantitativos orientados al cumplimiento de metas generales y cualitativas, una vez que sean aprobados por el órgano responsable del plan, se publicarán y se convertirán en obligatorios para el sector público (en cuanto los poderes locales se hubieran adherido a él) e "indicativos" para los sectores social y privado.

#### XI. Planeación de la actividad privada.

XI. 1. Como se ha dicho, la programación general fallaría si no se logra una respuesta favorable de los sectores sociales y privados. En el mejor de los casos la articulación del sector público influiría en el cambio en forma subsidiaria, pero no podría alcanzarse las metas generales.

Para lograr esta inducción no basta que el Estado haga una intensa propaganda y "conciencie" a los productores. Es necesario que vaya más allá del aspecto puramente *indicativo* sin llegar a asumir una actitud autoritaria y destructiva, ilegal o imprudente. Es obvio que esta inducción sólo puede lograrse a través de una manipulación de las fuerzas del mercado merced a un intervencionismo estatal en múltiples niveles.

XI. 2. El Estado tiene una palanca que es su propio poder económico no sólo todos sus ingresos ordinarios y extraordinarios y sus múltiples y cuantiosísimas inversiones sino la gestión directa que hace en la economía.

Como recientemente lo ha afirmado el Secretario de Programación y Presupuesto, el Estado actualmente es el mayor inversionista, el mayor consumidor, el mayor productor y el mayor empleador del país. No sólo es el mayor empresario sino el empresario que controla las industrias claves, las comunicaciones y transportes, toda la producción de energéticos y la urdimbre financiera e industrial y comercial que representan casi mil empresas, organismos y fideicomisos que controla.

XI. 3. Además de este poder económico, el Estado tiene un control relativamente eficaz sobre: la Inversión Extranjera Directa, la transferencia de tecnología, la cesión y enajenación de patentes, marcas y mejoras; la operación del comercio exterior; la actividad crediticia; el tráfico interno y externo de mercaderías. Está en vía de creación un extenso sistema de estímulos fiscales que puede utilizar discrecionalmente, y una

serie de facultades en materia de monopolios a las que puede darse un contenido de inducción económica.

XI. 4. Estos instrumentos y otros más entre los que destaca el control efectivo del movimiento obrero organizado de las grandes centrales campesinas y de pequeños propietarios y del movimiento cooperativista, dan por lo menos, en teoría, una gran capacidad de negociación, suficiente para que el Estado concerte o imponga una serie de alianzas al sector privado sin necesidad de hacer expropiaciones antieconómicas o de afrontar una resistencia peligrosa para la estabilidad social y política.

Dos fenómenos recientes han aumentado el poder competitivo del gobierno federal. La retracción de la inversión privada (consecuencia y efecto de la crisis monetaria de 1976) la que puede calificarse de suicida y el descubrimiento y explotación de recursos fósiles y otros minerales, propiedad de la Nación, y administrados por ministerio de ley por el Ejecutivo.

## XII. Aspectos jurídicos de la planeación. La planeación y la constitución

XII. 1. El fin de la planeación, repetiremos, es el desarrollo económico acelerado, equitativo y equilibrado. Afecta a toda la administración pública, a toda la economía y a la sociedad por entero. Deberán sujetarse a los términos del *Artículo 133 de la Constitución Política de México*, es decir, como una actividad pública. Estará sujeta a la Constitución y a las leyes que emanen de ella.

XII. 2. No cabe duda que la planeación es una intervención del Estado en la sociedad y la economía nacionales que rebasa los límites del Estado liberal clásico. El efecto inductivo sobre la actividad privada es una innegable interferencia en la vida económica.

XII. 3. Una buena parte del sector empresarial y sus ideólogos y voceros sostienen que México vive un sistema de libre empresa cuyo puntal es el texto del *Artículo 28 de la Constitución* que prohíbe todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público. Se añade además, que la misma Constitución garantiza la más amplia libertad comercial o industrial que los particulares pueden escoger a su antojo y que esas normas están de acuerdo con la estructura de la sociedad mexicana, su ideología predominante y el derecho común, es decir, el *Código de Comercio*, sus leyes filiales y el *Civil de aplicación supletoria*.

XII. 4. Contra esta argumentación un tanto carente de imaginación y de sentido social e histórico puede oponerse el propio texto constitucional.

La Constitución permite la actividad mercantil tanto de los particulares como del propio Estado, sin establecer fronteras respecto de cada sector. El *Artículo 5º* limita la libertad de comercio e industria en los derechos

de la sociedad. Si bien, admite la libre concurrencia, atempera sus principios al sujetar el interés y las gestiones de los particulares a los "derechos y a los intereses de la sociedad" (*Art. 3º 5º, 27, 28 y 131*).

Reconoce además la desigualdad y debilidad de la clase trabajadora frente a sus patrones capitalistas. El *Art. 123* crea un estatuto jurídico para la protección de la persona humana como trabajador.

XII. 5. Es indiscutible que el *Art. 27* y particularmente su tercer párrafo, autorizan la intervención estatal para regular la propiedad privada.

De acuerdo con reforma reciente (6 de febrero de 1976), el Estado (como representante de la Nación) "podrá imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público y regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana".

Al autorizar la intervención estatal para lograr "el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana" la Constitución abandona definitivamente la teoría clásica por la cual el Estado no debería interferir en el desarrollo económico dejando que éste se produjera por el espontáneo funcionamiento del mercado libre.

XII. 6. Por lo que toca al derecho común, si es cierto que ha habido un estancamiento en las normas propiamente mercantiles, también lo es que, particularmente a partir de 1970, numerosas leyes administrativas y sus reformas han venido deteriorando el régimen basado en la libertad de contratación, aumentando y ampliando las facultades discrecionales de la administración pública como hemos intentado demostrarlo en trabajos recientes.

XII. 7. Deslindado este campo básico respecto a la intervención estatal en la economía, intentaremos estudiar dentro del marco constitucional, a la planeación inductiva del desarrollo que realice el Estado Mexicano. Si bien afirmamos que la Constitución permite el intervencionismo estatal, tenemos que constatar que en ninguna parte de su texto se menciona siquiera la palabra "planificación".

Sin embargo, al describir las modalidades de la propiedad privada en el párrafo tercero del *Art. 27* se añadió expresamente —como lo hemos indicado— en la reforma de 1976, que "la Nación tendrá en todo tiempo derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público... con el objeto de... lograr el desarrollo equilibrado del país".

Esta disposición es una autorización explícita para que el Estado pueda promover el desarrollo económico. La planeación inductiva es un instrumento político y técnico de promoción, por lo que, implícitamente se autoriza su utilización como la de cualquier otro medio del que pudiera

disponer el Estado para cumplir con el fin constitucional. Era indispensable este reconocimiento para dar una nueva base institucional a un proceso modernizador. La garantía de propiedad de los particulares deberá sujetarse de ahora en adelante además de las otras modalidades que establece el propio Art. 27 a los requerimientos del "desarrollo equilibrado del país".

XII. 8. Toca definir ahora cuál es el órgano estatal que tiene la facultad y la obligación de cumplir con el requerimiento constitucional.

Hemos dicho que de acuerdo con la naturaleza global de la programación inductiva y la realidad constitucional y política del país, el órgano abocado a esa tarea, deberá ser del orden federal. Sin embargo, la Constitución no otorga estas facultades a ningún funcionario federal y siguiendo el principio estricto que señala el Art. 124 para delimitar las facultades, no estando éstas expresamente concedidas a la Federación deberán entenderse reservadas a los Estados.

XII. 9. Ahora bien, la planeación global implica la afectación del conjunto nacional. Si todos los Estados legislaran sobre la planificación y produjeran sus propios proyectos esta multitud de propósitos iría en contra del principio general de un sistema unificado de toma de decisiones.

No puede concebirse un plan armónico segregado en programas de diversas autarquías. Aunque la planeación supone planes sectoriales y regionales no son determinados éstos en forma independiente, sino obedecen a una idea, a un proyecto, a unos objetivos generales que los planes secundarios vienen a complementar dándoles una orientación hacia la acción práctica.

XII. 10. Para encontrar solución a esta contradicción evidente entre el texto constitucional y la naturaleza del plan de desarrollo de la propia constitución legítima podría buscarse solución en la autorización que la Constitución da al Congreso Federal para legislar en toda la República sobre la materia del Comercio (Art. 73, fracción 10a.) y se podría argumentar que el comercio es la actividad económica prototípica.

XII. 11. A nuestro juicio esta interpretación sería incorrecta ya que la planeación es un fenómeno político y social de tal magnitud que rebasaría con mucho el campo del comercio, aun entendido éste en su expresión más amplia. Sería necesaria una facultad expresa de modo tal que el proceso no se entorpeciera por la posible interpretación adversa de las autoridades judiciales, cuando aquellos afectados aun de modo indirecto por la planeación interpusieran contra los actos específicos de la autoridad planificadora el juicio de garantías.

XII. 12. La Constitución tampoco otorga facultades al Congreso para hacer concurrir en un plan global a los Estados y a los Municipios, por lo que de acuerdo con la Constitución, estas entidades no podrán ser obligadas legalmente a esa concurrencia sino deberán celebrar convenios es-

pecíficos que en algunas ocasiones podrían representar serias dificultades en su negociación.

XII. 13. Por lo tanto a primera vista la única vía para facilitar el establecimiento legal del plan general y su cumplimiento sería una reforma constitucional que podría funcionar de esta guisa, redactando de nuevo la fracción XXIX-C de la siguiente manera:

"El Congreso tiene facultad de... para expedir las leyes sobre planeación económica, social y de asentamientos humanos y aquellos que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en dichas materias, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del Art. 27 de la Constitución."

XII. 14. Cabría preguntarse qué obstáculo habría para tal reforma. Seguramente no será el exquisito pudor con el que nuestros gobernantes han tratado el texto constitucional al que en menos de diez años le han hecho casi cincuenta reformas; ni tampoco una compleja cabilación jurídica.

El obstáculo estaría en la posibilidad de desatar presiones de los grandes grupos de productores y financieros que hasta ahora no parecen estar muy de acuerdo con la idea de la planeación a pesar de que se les diga (y se les pruebe), que se ha aplicado con buenos resultados en muchos países de Occidente.

Por lo tanto, el Gobierno no desea dar un paso espectacular a pesar de su cada vez más obvio propósito de iniciar la planeación. ¿Es posible encontrar alguna vía para hacerlo sin violar la Constitución?

XII. 15. La respuesta es afirmativa. La planeación puede iniciarse sin infringir la Constitución si se reduce en el plano estrictamente legal a una reorganización y coordinación de las funciones del Poder Ejecutivo Federal aunque a efectos prácticos tuviera un resultado general, gracias a un sistema de convenios y al empleo de mecanismos inductivos tolerados o expresamente admitidos por el texto constitucional.

XII. 16. Hemos dicho que la planeación exige la existencia de un sector promotor y que el único que está en condiciones de asumir ese papel en México es el Gobierno Federal depositado en la persona del Presidente de la República. Para ello sería necesario crear un organismo intersecretarial y/o dotar a una Secretaría de Estado de funciones planificadoras para elaborar y controlar el plan.

XII. 17. La Constitución en su Art. 90 faculta al Congreso para establecer por ley el número de Secretarías necesarias para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, ley que distribuirá los negocios que estarán a cargo de cada Secretaría.

Esta disposición faculta para la creación o reestructuración de una Secretaría de Programación o Planeación. Por lo que toca a la creación de un posible órgano central intersecretarial, el Congreso podría expedir la

ley correspondiente utilizando para ello la facultad implícita que le concede la Fracción XXX del Art. 73 ya que, si tiene autoridad para organizar las Secretarías de Estado y sus funciones, puede tenerla en forma implícita para lograr una coordinación entre ellas, incluso para crear un órgano que vigile el cumplimiento de programas que afecten a la administración pública federal. Por lo tanto, la eventual creación de un Consejo Planificador Intersecretarial, que abarcara además a las entidades descentralizadas podría ser creado mediante una ley del Congreso e incluso mediante la delegación expresa de éste al Poder Ejecutivo en uso de la facultad reglamentaria que le concede la Fracción I del Art. 89 Constitucional. El Congreso podrá también autorizar al Presidente de la República para que formule un plan nacional de desarrollo siempre y cuando éste sea obligatorio únicamente para el Gobierno Federal.

*XIII. Naturaleza jurídica de los convenios de planeación entre los Estados y los Municipios, los sectores social y privado y la Federación.*

*XIII. 1.* Hemos afirmado que salvo en materias estrictamente federales, los Estados y Municipios conservan su plena soberanía frente a un plan global y en caso de una imposición arbitraria podrán defenderse por medio del Juicio de Amparo de acuerdo con la Fracción II del Art. 103. No hay duda que la única forma de hacer concurrir al plan a estas entidades es a través de los convenios que como entidades soberanas celebren con el Gobierno Federal.

*XIII. 2.* Los convenios que se celebren entre los poderes que integran la Unión no contradicen el texto de la Constitución.

La Constitución admite convenios que pueden celebrar los gobernadores con los Estados de la Federación para la extinción de penas en establecimientos penitenciarios dependientes del Ejecutivo Federal (Art. 28. Fracción III).

*XIII. 3.* Han sido frecuentes los convenios para resolver problemas de límites entre los Estados, y en fecha reciente los convenios de coordinación fiscal para redistribuir los tributos y las funciones de recaudación entre los Estados, los Municipios y la Federación.

La separación de poderes en la Constitución de México no implica de ninguna manera una separación antagónica y estricta entre ellos, sino un sistema muy complejo de relaciones en el que a la vez se contrabalancean como lo prescriben las teorías clásicas de Locke y Montesquieu, se armonizan procurando una actuación plena y coordinada del Estado para cumplir con sus fines políticos y sociales.

*XIII. 4.* Por otra parte, es evidente que los Estados no pueden renunciar a su soberanía a través de convenios por lo que el límite de los convenios de concurrencia en materia de planificación estará en el respeto de

la estructura constitucional definida particularmente en los Arts. 124, 115, 116 y demás relativos que integran el capítulo denominado "de los Estados de la Federación".

*XIII. 5.* También hemos dicho que no se pueden imponer coercitivamente a los particulares el cumplimiento del plan general sin violar las garantías establecidas en el Art. 5º de la Constitución. El Estado cuenta con dos caminos legítimos para sumar al sector privado al plan:

a) Con la celebración de convenios o concordatos;

b) A través de la acción de mecanismos inductivos.

*XIII. 6.* Es de explorado derecho que la administración pública puede celebrar contratos o convenios con los particulares. Estos son indispensables para el cumplimiento de las funciones del Gobierno. Algunos de ellos son celebrados por la administración pública dentro del régimen de derecho privado y corresponden a necesidades específicas de bienes o servicios que normalmente sólo pueden proporcionar los particulares.

*XIII. 7.* Pero por el rango de la planeación los convenios administrativos que nos pueden servir de antecedente son aquellos en que el Estado actúa para cumplir con el interés general y en los cuales establecen cláusulas exorbitantes para regular la relación contractual.

*XIII. 8.* Casi sobra decir que no existen antecedentes directos de este tipo de convenios. Existen los llamados "convenios fiscales" por los cuales se hace quita o reducción de créditos fiscales e incluso se cancelan éstos (los que resultan a toda luz ilegales y contradictorios a la función obligatoria del órgano fiscal). Existen también convenios sobre estímulos y subsidios (los cuales serían legítimos si se ajustaran a la ley de ingresos de la Federación y a las demás disposiciones aplicables).

En fecha reciente, dentro del contexto de "La Alianza para la Producción", se han celebrado ya convenios de coordinación entre productores y el Gobierno para estimular la producción de artículos de primera necesidad. Estos acuerdos podrían ser los primeros ensayos de estas formas nuevas de concurrencia.

*XIII. 9.* Nuestros comentarios respecto de estos convenios sólo pueden llegar a entrever su posible perfil ya que sería absurdo analizar a profundidad el producto de nuestra imaginación.

Podemos decir que implicarán un acuerdo de voluntades dentro del régimen de derecho público que supone conductas y abstenciones de las entidades gubernamentales y de los particulares a fin de coincidir en el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Poder Ejecutivo Federal (y de las demás entidades adherentes) dentro de un Plan Nacional de Desarrollo Económico.

*XIII. 10.* Sólo los órganos competentes de acuerdo con la ley podrán representar a las entidades públicas y las personas morales privadas, deberán hacerlo a través de sus apoderados.

*XIII. 11.* Los convenios deberán respetar rigurosamente las garantías

establecidas en el Art. 5º de la Constitución, es decir, que en ningún caso implicarán un pacto por el cual el súbdito renunciara temporal o permanentemente a ejercitar determinada profesión, industria o comercio.

XIII. 12. Como afirma Serra Rojas,\* los particulares estarían en libertad de aceptar o no las condiciones que estableciera el Estado, pero aceptadas, se someterían a un régimen excepcional en que el interés público tiene el rango supremo al que se subordina el interés privado.

De no cumplir las autoridades con los convenios celebrados violarían las garantías establecidas por los Arts. 14 y 16 y los particulares podrían acudir al Juicio de Amparo.

XIII. 13. Los convenios de planeación no podrían tener como objeto a cosas que no están dentro del comercio, como son, los actos de soberanía. Sería ilegal la renuncia del Estado de sus facultades constitucionales.

XIII. 14. En verdad a los expertos en Derecho Administrativo, en caso de que llegue a prosperar este sistema de convenios, les espera una difícil y apasionante tarea para dotarlos de un contexto doctrinario que se enriquecerá con el paso del tiempo, ¡Dios lo quiera!, con la interpretación creativa de la Suprema Corte de Justicia.

#### XIV. Mecanismos de Inducción de la Inversión Privada. Su Base Jurídica

XIV. 1. El Poder Ejecutivo Federal cuenta con un conjunto de herramientas de política económica que constituye la segunda vía para inducir a los inversionistas privados a incorporarse a la programación del desarrollo. Haremos un apresurado repaso de los más importantes, indicando su fundamento legal:

a) Sistema de estímulos fiscales previsto en la Ley de Ingresos de la Federación y en otras leyes fiscales y de fomento que facultan a la Secretaría de Hacienda a través de un amplio poder discrecional, para otorgar subsidios (parciales) hasta de un 75% y aún totales en casos excepcionales.

b) La participación directa del Estado en la economía en carácter de empresario tiene su base constitucional en los Arts. 93 que reconoce su existencia y el 123 (a) fracción XXXI que establece su régimen laboral.

Están regulados por la Ley de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (Diciembre de 1970), que faculta un control estricto sobre ellas y sobre todas en las que el Estado tenga participación de capital. También existe la Ley de Inspección de Adquisiciones que ordena las operaciones mercantiles pasivas del sector público de la economía.

c) Control sobre la Inversión Extranjera. Se establece a través de numerosas normas administrativas dispersas y por la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (1973. La Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas. (1972) y la Ley de Invenciones y Marcas (1976). Es-

tas leyes federales (que regulan la materia del comercio y la propiedad industrial) establecen un aparato de control que ha tendido a unificarse y que permite una manipulación muy efectiva de los recursos tecnológicos y de inversión foránea hacia los objetivos señalados por el Estado, son uno de los puntales más efectivos para la planeación. Gracias a ellas el Estado puede canalizar nuevas inversiones, nuevas expansiones, y nuevos polos de crecimiento generados por los inversionistas de gran peso en la economía del país.

d) El control sobre el comercio exterior e interior. Se legitima con la facultad que puede otorgar en términos muy generosos el Congreso al Ejecutivo Federal en los términos del Art. 131 de la Constitución. Este principio intervencionista se ha desarrollado en la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica (30 de diciembre de 1950) y en sus reglamentos y decretos complementarios. La ley otorga facultades al Ejecutivo para hacer frente a las alteraciones de la vida económica pero si hasta hoy ha operado de modo defensivo a través del control de precios, puede operar en forma inductiva al restringir o liberar precios, al restringir o liberar importaciones o exportaciones, al definir prioridades de producción, al exigir informaciones económicas y contables, etc.

e) El régimen de protección al consumidor daba atribuciones al Ejecutivo para regular la propaganda, el monto de los intereses de operaciones comerciales a plazos. La acción de la Procuraduría y del Instituto Nacional de Protección al Consumidor podrían tener un poderoso efecto anti-monopólico e inductivo de la inversión y del consumo privados.

f) Régimen del Control de Crédito. A través de las reformas a la Ley de Instituciones de Crédito e Instituciones Auxiliares, a la Ley Bancaria y a los demás reglamentos, decretos y acuerdos y la reorganización de las entidades de control y vigilancia que forman el marco de las operaciones bancarias y financieras, se ha ampliado el poder de intervención del Estado sobre los recursos que capta la banca privada a un grado tal que de aplicarse de modo coordinado y enérgico, sería innecesaria la nacionalización de estos estratégicos medios. Además se ha extendido y articulado el sector financiero paraestatal, que contará en poco tiempo con los grandes recursos provenientes de la explotación del petróleo y sus derivados con lo que puede inducir prácticamente la mayor parte de las actividades económicas importantes del país.

g) Control del gasto público y las inversiones, planeación y evaluación del plan. La nueva Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (D. O. 29 de diciembre de 1976) ha establecido sin duda alguna el fundamento del organismo administrativo de la planeación.

En efecto, ha reestructurado la Secretaría de Estado conocida anteriormente como Secretaría de la Presidencia y denominada ahora Secretaría de Programación y Presupuesto, con el fin de que pueda "preparar y

elaborar los PLANES NACIONALES, SECTORIALES Y REGIONALES DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL y el plan general del gasto público" (Art. 32, Fracción I). La misma Secretaría tiene a su cargo el control financiero y administrativo de todo el sector público centralizado y descentralizado y la facultad de planear, autorizar, vigilar y evaluar los programas de inversión pública.

h) Actividades antimonopólicas. La Ley Orgánica del Art. 28 Constitucional de agosto de 1932, es una ley incompleta, obsoleta y de escasa aplicación, pero utilizada convenientemente, podría coadyuvar a resquebrajar las resistencias de los monopolios y oligopolios al plan.

Una interpretación creativa y algunas reformas podrían, como en el caso de los Estados Unidos, servir para modelar la actividad económica de estos grandes centros de decisión en forma tal que coincidieran con los fines del desarrollo integral del país.

### XI. *¿Vamos hacia la planeación nacional?*

XV. I. Recordemos a los profesores de Cuernavaca que se quedaron con sus buenos estudios y sus interesantes discusiones esperando inútilmente que el Gobierno Federal aceptara el reto de la planeación global. ¿No sucederá lo mismo trece años después cuando el gobierno federal parece relativamente débil, cuando la economía nacional se ha desestabilizado, y cuando la inversión privada parece en una posición más fuerte y reaccionaria que nunca? ¿Existen condiciones, indicios, energías que nos hagan suponer que el gobierno de José López Portillo está dispuesto a hacer en condiciones mucho más adversas lo que frenaron decididamente sus antecesores? Me permito suponer que sí.

Y éstos son los indicios en los que baso mi suposición:

1º Un elemento de estilo personal: La vocación de José López Portillo. Toda su trayectoria en la administración pública ha estado marcada por la participación en proyectos planificadores y lo ha hecho bien y parece que le gusta.

2º La reforma constitucional al Art. 27 en su tercer párrafo donde se abrió las puertas a la planeación al autorizar la intervención nacional en el logro del desarrollo económico.

3º La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y la Ley General de la Deuda Pública, expedidas en los primeros días del gobierno de López Portillo que constituyen el fundamento jurídico de la coordinación sectorial, condición esencial como se ha dicho para una programación general.

4º Las facultades otorgadas a la Secretaría de Programación y Presupuesto para manejar globalmente el proceso de planeación económica y social desde su formulación hasta su evaluación.

5º La Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público ha previsto la estructuración integral de todo el sector público.

6º Se han elaborado ya por la Secretaría de Programación y Presupuesto, los formatos instructivos y metodologías que serán la base de la programación sectorial, proyectada para un quinquenio.

7º Se han creado los comités promotores de desarrollo (COPRODES) en todos los Estados de la Unión, que funcionan bajo la presidencia de los gobernadores y que integran las políticas estatales y federales y que son la base para la planeación regional.

8º Se ha promovido una reforma constitucional que garantice el derecho a la información. Como ha quedado dicho la información precisa, veraz y pública es indispensable para la existencia de la planeación.

9º Se ha promovido una reforma general de la administración pública y a la vez la Secretaría de Programación y Presupuesto ha establecido tanto a niveles sectoriales como regionales un sistema de evaluación.

En otras palabras, hay innumerables indicios de una coordinación general del sector público que sólo puede explicarse como tendiente a una programación global.

### XVI. *Para terminar, una obligada reflexión de naturaleza política*

Si suponemos que el plan nacional tiene el perfil que tratamos de esbozar en este trabajo y que se establecerá, se pondrá en marcha y logrará funcionar englobando razonablemente a todos los sectores y a todas las fuerzas políticas, sociales y de inversión del país, el efecto político será a corto plazo una espectacular magnificación del poder de Presidente de la República. Este personaje se convertirá no sólo en el vértice del Poder Ejecutivo con todo lo que eso implica en México, sino el conductor y coordinador de la vida económica y social del país. Permítaseme recordar la frase con la que los antiguos Aztecas definía a su Tlatani, como "el padre y la madre de los mexicanos".

No cabe duda que tal poder en un país desmobilizado y despolitizado, no sólo sería antagónico al viejo sistema de separación y contrapesas de la democracia liberal, sino a cualquier forma democrática, incluso a aquellas impuras que tienen que usar un adjetivo para explicar sus rasgos autoritarios. El peligro más grave es que el plan se convierta entonces en un instrumento de coerción que lejos de favorecer un auténtico desarrollo equilibrado y justo, sea el mejor medio para garantizar la permanencia indefinida en el poder de una casta, un grupo, un partido o una "nueva clase".

Para no parecer catastrofista, permítaseme aceptar que junto con todas estas medidas de reorganización administrativa que parecen preceder a la instalación del plan, ha aparecido también una Reforma Política,

que recibirá su prueba de fuego en las próximas elecciones federales, y que podría significar aquella "mayor participación política de la población", que los profesores de Cuernavaca ponían como condición esencial, como requisito para que sea viable una planeación económica y social de México. Como poco podemos hacer ante las enormes fuerzas divinas que controlan el destino político de México, elevemos alguna forma de plegaria o si se quiere de forma más positivista, algún género de vivo deseo, de energía vital, para que la élite que gobierna a México, y de la que forman parte destacada muchos de los profesores de Cuernavaca, no sea de esas a las que Pablo González Casanova atribuyó el padecer "tradicionalismo ideológico", sino de aquellos progresistas que desean e incluso necesitan, aumentar el nivel de participación de los ciudadanos y que se propagan con el mejor espíritu posible *planear* la participación política, programar el desarrollo democrático, o quizá mucho mejor: dejar que el pueblo libremente participe y planee su propio destino democrático, única explicación, única justificación, máxima condición de toda planeación económica y social.

## LA MUJER ANTE EL DERECHO MEXICANO

ADOLFO AQUILES DE LUCIO

El Abogado debe aprovechar cualquier foro en el que pueda expresar las cuestiones jurídicas que, en el ejercicio de su profesión, ha encontrado como escollos a una aplicación justa del derecho y plantearlas ante quienes conocen y manejan las cuestiones jurídicas.

Por ello estimo que es oportuno a través de este foro, la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, presentar ante los estudiosos del derecho, una cuestión que la Ley del Seguro Social nos plantea y cuya solución buscamos a través de una interpretación jurídica correcta o una pronta reforma de la Ley.

Muchas normas del derecho positivo mexicano, elaboradas por técnicos, ajenos a la realidad o influidos por ideologías o prejuicios, vienen después a crear en la práctica problemas de difícil solución, ya sea porque su aplicación resulta notoriamente injusta o porque dejan de aplicarse hasta convertirse en letra muerta.

No podía escapar, de este viejo vicio, la nueva Ley del Seguro Social, cuyos autores, una élite de técnicos, dejaron inconsciente o deliberadamente, vicios y lagunas y establecieron normas cuyos presupuestos no concuerdan con la realidad para la que se legisló.

Tal es el caso de algunas disposiciones que determinan los derechos de la mujer y su situación ante la Ley.

Me parece importante este asunto, porque no sólo en los aspectos triviales de los movimientos feministas del mundo, sino en la esencia de la persona misma, se han obtenido logros muy positivos en pro de la mujer.

La Legislación Mexicana ha sufrido modificaciones, tendientes a llevar a la mujer a un plano de igualdad jurídica en relación al hombre, sin distinción por razón del sexo. Sin embargo, encontramos que la Ley del Seguro Social todavía conserva viejos resabios de discriminación de la mujer y, aún cuando se ha dicho que esta ley, es eminentemente proteccionista del trabajador y de manera especial de la mujer trabajadora, encontramos que se le priva de derechos sin justificación legal alguna, y sólo como dijo un comentarista de la ley, en cierta ocasión, "por no fomentar y propiciar al machismo mexicano".

Desde luego, no se debe pensar que toda la Legislación sea discriminatoria y perjudicial para la mujer trabajadora, pero basta con que un solo artículo tenga tales efectos, para que todo abogado que anhele una

ley justa y equitativa, pugne por una reforma o por lo menos, una interpretación jurídica que haga aplicable esa disposición.

#### PRESTACIONES ECONOMICAS PARA LA MUJER TRABAJADORA. ARTICULO 164 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

La nueva Ley del Seguro Social en orden a otorgar mayores beneficios y prestaciones para el asegurado, estableció asignaciones familiares y ayudas asistenciales que incrementan la pensión.

No cabe duda que estas nuevas disposiciones, reflejan un avance en materia de Seguridad Social. En efecto, el asegurado tendrá derecho a una cantidad adicional para la esposa o concubina, para los ascendientes o en su defecto, una ayuda asistencial.

Estas nuevas prestaciones fueron enmarcadas en el artículo 164 de la Ley del Seguro Social, que con ser del todo benéficas, sin embargo, han dejado una notoria y perjudicial discriminación a la mujer trabajadora.

Analicemos el citado artículo 164, para determinar su alcance jurídico y si efectivamente es una disposición que discrimina a la mujer.

ARTICULO 164. "Las asignaciones familiares consisten en una ayuda por concepto de carga familiar y se concederán a los beneficiarios del pensionado por invalidez, vejez o cesantía en edad avanzada, del acuerdo con las siguientes reglas: I Para la esposa o concubina del pensionado, el quince por ciento de la cuantía de la pensión; II. Para cada uno de los hijos menores de dieciséis años del pensionado, el diez por ciento de la cuantía de la pensión; III. Si el pensionado no tuviere ni esposa o concubina, ni hijos menores de dieciséis años, se concederá una asignación del diez por ciento para cada uno de los padres del pensionado, si dependieran económicamente de él; IV. Si el pensionado no tuviere ni esposa o concubina, ni hijos, ni ascendientes que dependan económicamente de él, se le concederá una ayuda asistencial equivalente al quince por ciento de la cuantía de la pensión que le corresponda; y V. Si el pensionado sólo tuviera un ascendiente con derecho al disfrute de asignación familiar, se le concederá una ayuda asistencial equivalente al diez por ciento de la cuantía de la pensión que deba disfrutar. Estas asignaciones familiares se entregarán de preferencia al propio pensionado, pero la correspondiente a los hijos podrá entregarse a la persona o institución que los tenga bajo su cargo directo, en el caso de no vivir con el pensionado. Las asignaciones familiares cesarán con la muerte del familiar que la originó y, en el caso de los hijos, terminarán con la muerte de éstos o cuando cumplan los dieciséis años, o bien los veinticinco años, aplicándose en lo condu-

cente lo dispuesto por el artículo 156 de esta Ley. Las asignaciones familiares concedidas para los hijos del pensionado con motivo de no poderse mantener por sí mismos, debido a inhabilitación para trabajar por enfermedad crónica, física o psíquica, podrán continuarse pagando hasta en tanto no desaparezca la inhabilitación. El Instituto concederá en los términos de este Artículo, las asignaciones familiares a los hijos de pensionados mayores de 16 años, si cumplen con las condiciones mencionadas".

De la lectura del artículo, se desprenden: Tres clases de asignaciones, a saber:

- a) Para la esposa o concubina.
- b) Para los hijos, o
- c) Para los ascendientes.

Una ayuda asistencial para cuando el pensamiento no tiene esposa o concubina, hijos o ascendientes.

Como se aprecia, el pensionado tendrá siempre derecho a un aumento a la pensión que le corresponda de acuerdo a las semanas cotizadas y al grupo promedio (Art. 167), aumento que puede ser del orden del 10% al 20%.

Ahora bien, ¿a quién beneficia este incremento por asignaciones o ayuda asistencial? En términos generales debe decirse que al pensionado, sin distinción de sexo. Sin embargo, conviene analizar cada una de las fracciones del Art. 164, para determinar su alcance respecto del pensionado varón o mujer.

¿Qué sucede entonces cuando el pensionado lo es una mujer y es casada?

En los términos del artículo citado, la asignación no corresponde al esposo o concubinario. Literalmente así lo establece la ley, ya que no empleó el término "cónyugue", para que se entendiera indistintamente, ni usó la disyunción entre esposo o esposa. No cabe duda que la Ley se refiere exclusivamente a la esposa o concubina y no hace distinción si ésta trabaja o no trabaja.

Este concepto lo confirma el texto de otras disposiciones de la Ley del Seguro Social.

En efecto, los artículos 71, 92, fracción III y 152, establecen el que esposo o concubinario inválido, tienen derecho a prestaciones generadas por el aseguramiento de la mujer trabajadora. En consecuencia, la mujer trabajadora se ve privada de un incremento a su pensión por asignación para el esposo o concubinario, o más genérico, para su cónyugue sin una razón válida.

La fracción II del artículo 164, se refiere a la asignación para los hijos, lo cual no tiene ninguna duda de que se aplique tanto al asegurado varón como a asegurada mujer.

Por el contrario, la fracción III constituye nuevamente una agresión

al derecho de la mujer trabajadora. En efecto, si la mujer trabajadora tiene esposo o concubinario, no tendrá derecho a la asignación para los ascendientes, ya que el presupuesto fáctico de la norma es que el pensionado no tenga esposa, concubina o hijos, y en muchos casos la trabajadora tiene esposo o concubinario; sin embargo, para ellos no se concede la asignación familiar.

Para complementar esta discriminatoria disposición de la mujer, la fracción IV del artículo 164, viene a privar a la trabajadora asegurada, al momento de pensionarse, de una ayuda asistencial que, en todo caso, incrementa la pensión del asegurado varón, cuando éste no tiene esposa o concubina, hijos o ascendientes.

En efecto, si el pensionado varón no tiene los beneficiarios citados, recibe una ayuda asistencial adicional a la pensión. Sin embargo, en el caso de la mujer trabajadora pensionada, teniendo esposo, no configura el estado de soledad a que se refiere el presupuesto del artículo y fracción en cita, por lo que no tiene derecho al incremento señalado.

Del análisis de cada una de las fracciones del artículo 164, que hemos hecho en forma muy breve, se desprende indudablemente, que la Ley del Seguro Social en este artículo, conserva el resabio de que la mujer depende del hombre, pero que éste en ningún caso o circunstancia, depende de la mujer, por lo que se niega la asignación familiar para el esposo o concubinario y se le niega la ayuda asistencial.

¿Es ésta la realidad social y jurídica?

¿Es ésta la realidad económica y política?

Analizadas cada una de estas interrogantes, podría llegarse a determinar la validez de esta disposición. Estimo que no podríamos concluir válidamente que la norma está ajustada a derecho.

En efecto, actualmente la sociedad ha pugnado y ha ganado la batalla en favor de una plena igualdad entre el hombre y la mujer, esto, aún en detrimento de la propia esencia y personalidad de la misma. Sin embargo, es innegable que no haya cortapisa que no pueda ser superada cuando se trata de igualar al hombre y a la mujer en la sociedad, y, como al principio decía, hasta en los detalles más triviales de la vida, encontramos ya la igualdad.

No se diga desde el punto de vista jurídico, en el que nuestras leyes han puesto especial empeño en establecer la igualdad.

La Constitución Política, el Código Civil, la Ley Federal del Trabajo, el Código de Comercio, etc., se han reformado para dar al varón y a la mujer, plena igualdad ante la Ley.

Especial relevancia toma el carácter de la igualdad económica del hombre y la mujer, es decir, el patrimonio de la familia ya no es lo que tradicionalmente se decía, el trabajo del hombre; ahora lo es el trabajo de la mujer y un centavo que se gane pasa a ser parte de la economía familiar; a la fuente económica del varón, se une ésta y forman un todo

intangibles e indivisibles. Si, ambas fuentes de ingreso dan mayor holgura a la economía de la familia.

No puede decirse que el derecho de la mujer a la asignación para el cónyuge, vaya a beneficiar a éste, sino que lo es a todo el grupo familiar, como se dice en la Exposición de Motivos: "Estas ayudas y asignaciones tienden a la protección del núcleo familiar del pensionado".

Finalmente, en el aspecto político no queda ningún resquicio de atomismos ni prejuicios; la mujer puede ocupar cualquier puesto público y tiene el sagrado derecho de votar como lo tiene el varón.

Luego entonces, ¿qué razón puede esgrimirse para conservar en la Ley del Seguro Social, una disposición que perjudica y discrimina a la mujer?; ¿qué acaso, la mujer no está en igualdad de condiciones en cuanto al aseguramiento y al pago de cuotas?; ¿qué no constituye una fuente de financiamiento similar a la que genera el hombre con sus cotizaciones?

Si a todas estas interrogantes se puede responder afirmativamente, no cabe duda que el legislador se dejó influir por el atávico prejuicio de que el hombre no puede depender de la mujer o en todo caso, de que la mujer es un sujeto de aseguramiento en un plano inferior al del varón.

¿Fue realmente la intención del Legislador, el dejar latente el abismo que por mucho tiempo separó al hombre de la mujer, frente al derecho? Fue solamente una omisión en cuanto a la redacción, lo que hace que la mujer trabajadora sea discriminada en relación al varón?

Sea de ello lo que fuere, estimo pertinente señalar este problema y buscar que en alguna forma se enmiende el error, para que la mujer tenga plena igualdad de derechos frente a la ley.

## NOTAS PARA UN DERECHO CONSTITUCIONAL ESTATAL

ELISUR ARTEAGA NAVA

### NOTA ACLARATORIA

Más que el que llevan, el título que pudiera corresponder a estas cuartillas es el de: "Notas para un utópico derecho constitucional estatal". Cualquier parecido que pudiera tener con la realidad, no dejará de ser más que simple pero aislada coincidencia; no bastará para hacer verano. El gobierno previsto en la constitución sigue siendo una república platónica. Estas notas se hacen en obsequio de aquellos que reclaman la formulación de comentarios constitucionales más convencionales; alejados del criterio realista que prevaleció en la formulación del estudio anterior: "Las conjuraciones".

### INTRODUCCION

En el campo doctrinal mexicano muchas son las obras que se han escrito en relación con la mayoría de las instituciones previstas en la constitución. Han sido temas muy frecuentados los relativos a la teoría y práctica de la división de poderes; la estructura y funcionamiento de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial; las garantías individuales y juicio de amparo. También ha sido objeto de serios estudios el sistema federal, aunque desde el punto de vista de los poderes centrales. Existen monografías, incluso, sobre el municipio. En los últimos años se han hecho obras monumentales sobre el desarrollo constitucional de México. No obstante lo anterior el derecho constitucional estatal ha estado descuidado. Poco es lo que se ha escrito sobre las características jurídicas de los estados, de su estructura, del funcionamiento de sus diferentes órganos y, especialmente, ha sido descuidado el estudio de las aportaciones que los estados han hecho al derecho público mexicano.

Es cierto que tratadistas de la altura de don Emilio Rabasa, Miguel Lanz Duret y Felipe Tena Ramírez, en sus obras, han dedicado sendos capítulos al tema de los estados, en los que han trazado, en términos generales, su estructura y funcionamiento; especialmente es importante el capítulo "Los Estados", que el maestro Rabasa incluyó en su obra "La Constitución y la Dictadura", que tanta influencia ejerció en el Constituyente del 17. No obstante existir tales estudios, estos no dejan de ser un

capítulo entre otros más de obras dedicadas al análisis de otras materias consideradas más importantes.

En los Estados Unidos no obstante que existían tratados de gran valor, como los de Story y Kent, poco es lo que se había escrito en relación con los estados; no fue sino hasta la llegada de Bryce, el embajador inglés en ese país, cuando se hizo la primera monografía sobre el tema y ella es, tal vez aún en la actualidad, el trabajo más serio que sobre el tema existe.<sup>1</sup>

Un hecho que no hace sino confirmar lo dicho es el siguiente: Las constituciones expedidas en los estados con posteridad a la promulgación de la constitución de 1917, vigentes en la actualidad, tuvieron que esperar hasta 1962 para que fueran compiladas.<sup>2</sup> Durante la vigencia de la constitución de 1857, no obstante que el país se halló prácticamente en guerra hasta 1867, ya para 1870 se había hecho y publicado la primera colección que reunía todas las constituciones de los estados; con posterioridad se reactualizó dicha colección.

En tales condiciones es necesario hacer, aunque sea un intento, un estudio del derecho constitucional estatal; a ello obedecen estas notas, que más que una exposición de un tema investigado, son reflexiones en voz alta.

<sup>1</sup> Jaime Bryce. El Gobierno de los Estados en la República Norteamericana. La España Moderna, Madrid, España.

<sup>2</sup> Margarita de la Villa de Helguera. Constituciones Vigentes en la República Mexicana. Imprenta Universitaria, México, 1962.

## FUNCION DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS EN EL PROCESO DE REFORMAS A LA CONSTITUCION

El artículo 135 prevé que la constitución puede ser adicionada o reformada; al órgano competente para realizarlas lo hace integrar por el congreso de la unión y las legislaturas de los estados; sin precisar más detalles, el artículo sólo exige una mayoría especial en el congreso.

De todas las facultades que la constitución otorga a las legislaturas de los estados muy pocas, o ninguna, puede tener la importancia que tiene la que aquí se analiza. Los legisladores locales, actuando como parte del constituyente permanente, lo hacen ejercitando una función federal y como parte de un poder jurídicamente soberano. Con la función que se les confiere: aprobar o reprobado, contribuyen a la formación de la constitución misma como algo dinámico.

A través de su participación, las legislaturas, al mismo tiempo que intervienen en la modificación de formas existentes, cuentan con un medio jurídicamente eficaz para defender su campo de acción frente al poder central; y pueden ser un obstáculo a los intentos de menguar los derechos del individuo, de parte de cualquier autoridad.

En todos los países en donde se ha adoptado el sistema federal, aún en aquellos en donde efectivamente existieron entidades soberanas que se unieron para formar una federación, existe una tendencia, al parecer irrefrenable, a centralizar facultades en detrimento de los estados miembros. No existe un sistema federal en el que los estados hayan ganado terreno en perjuicio del gobierno central. Tal parece que todo tiende a uniformarse, que la forma federal está condenada a desaparecer con el tiempo.<sup>3</sup>

Desde el punto de vista jurídico e independientemente de toda consideración de tipo sociológico, la explicación a este fenómeno se pretende encontrarla en la redacción misma del artículo 135 en la que las legislaturas de los estados sólo tienen un papel pasivo sin que puedan hacer modificación alguna al proyecto de reforma que se les envía, pero si bien la constitución mexicana no estableció más que uno de los dos procedimientos que establecía la constitución de los Estados Unidos y escogió el que da la iniciativa al congreso, no por ello ha dejado a los estados a merced de la acción del centro; contra esta tiene, en teoría federal que podría llamarse tradicional, una defensa en el senado y otra, que pue-

<sup>3</sup> G. Berger y otros. Federalismo y Federalismo Europeo, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1965, pág. 213. Manuel García-Pelayo. Derecho Constitucional Comparado. Revista de Occidente. Madrid, 1967, pág. 244.

de considerarse como defensa directa, en la facultad de aprobar o no un proyecto de reforma que se le envíe; el tener el derecho a decir no a una iniciativa que tienda a menguar su campo de acción, ya es una buena defensa.

Pero los estados no están del todo a merced de los poderes centrales, tienen, asimismo, la posibilidad de actuar para provocar el funcionamiento del constituyente permanente, ello a través del derecho de iniciativa que les concede la fracción III del artículo 71, que si bien está sujeta a la aprobación del congreso de la unión, también las reformas que inicia éste están sujetas a la aprobación de las legislaturas.

La función de las legislaturas, como se ha dicho, consiste en aprobar o reprobar el proyecto de reformas que le envía el congreso de la unión, sin que puedan hacer modificación alguna. El acuerdo correspondiente debe ser tomado por la legislatura del estado, con la estructura que ésta tenga por virtud de lo dispuesto por la constitución local. Así, si en un estado se hiciera integrar el poder legislativo por dos cámaras, sería necesario que ambas tomaran el acuerdo aprobatorio, ya que la función se atribuye al poder legislativo del estado, sin que se precise que sea una sola cámara.

Lo que no se puede establecer es que como cuestión previa al acuerdo se consulte a la ciudadanía o se recurra a la opinión pública y que de estas dependa el valor del acuerdo de la legislatura.

No obstante que en todas las constituciones de los estados confieren al gobernador la facultad de vetar, cuando se trata de un decreto dado por la legislatura de un estado aprobando o rechazando una reforma constitucional, no lo puede hacer efectivo, por varias razones: una porque el precepto constitucional sólo da intervención a las legislaturas de los estados sin incluir al gobernador. Otra, porque se trata de una función federal y, una última, porque la disposición que otorga la facultad de vetar es de carácter local y por lo que se refiere a actuaciones locales, sin que pueda trascender al campo federal.

La constitución no prevé alguna mayoría especial para que la legislatura local adopte su resolución como parte del constituyente, por lo que ésta materia queda a la discreción de las leyes locales, en las que se podría establecer que se haga por una mayoría común y corriente o por una mayoría especial; la existencia de una medida de esta última naturaleza contribuiría a dificultar el procedimiento de reformas, permitiría un mejor estudio y lograría una mayor intervención de los legisladores locales.

Aunque en la práctica no existe este peligro, legalmente habría que determinar si las legislaturas de los estados tienen un plazo para emitir su contestación a la consulta que se les hace. En la constitución no se dice nada al respecto, en los Estados Unidos se ha hablado de un tér-

mino prudente y, al tratarse lo relativo a la decimoctava enmienda,<sup>4</sup> se consideró que lo era un plazo de siete años. En México, a falta de disposición, el mismo congreso puede determinar un plazo para que se le dé respuesta, éste, desde luego, no puede ser menor de seis meses, ya que, como se verá, muchas legislaturas locales únicamente tienen un sólo período de sesiones y pudiera no llegar a coincidir en el envío y el plazo que se les conceda; pero no debe ser excesivamente largo, que haga nugatoria la reforma. En todo caso queda a la discreción del congreso el determinar el plazo dentro del cual deban darse las respuestas por parte de las legislaturas. El que una legislatura no dé respuesta dentro del plazo que se conceda implica, desde luego, una violación a una obligación constitucional, que expone a sus componentes a ser sometidos al juicio político a que se refiere el artículo 111 constitucional.

La regla general para reformar la constitución la establece el artículo 135, pero excepcionalmente se puede reformar con la simple intervención del congreso sin que intervengan las legislaturas de los estados, como sucede en los casos previstos en las fracciones IV y V del artículo 73. Pero, también como excepción, la constitución prevé un caso en el que para lograr una reforma se exigen mayores requisitos que los ordinarios; tal sucede cuando se pretende formar un nuevo estado dentro de los límites de los existentes, caso en el que se da intervención al ejecutivo, se oye a las legislaturas de los estados afectados y, para el caso de no haber consentimiento de parte de estos, se requiere que la ratificación la haga una mayoría de las dos terceras partes de las legislaturas.

Las reformas que se han hecho a la constitución a partir de 1917 indican que la obra de los constituyentes estuvo lejos de ser perfecta, aunque también indican que existe una tendencia irrefrenable a centralizar facultades, pero más que todo indican la docilidad de las legislaturas de los estados que, incluso, aprueban reformas que evidentemente van contra los ideales revolucionarios que se entiende inspiran la obra gubernativa.

Los hechos son los siguientes:

Hasta 1972 a la constitución se había hecho 177 reformas y casi en su totalidad fueron iniciadas por el poder ejecutivo. Los artículos más reformados han sido el 73 con 27 reformas; el 123 con 15 reformas; el 27 con 12 reformas; el 89 con 8 reformas y el 79 con 7 reformas. Si se observa con detenimiento las realizadas se verá que llevan dos finalidades: una centralizar facultades, en detrimentos del campo de acción de los estados y, la otra, facilitar al ejecutivo sus funciones eliminando obstáculos legales; una prueba evidente son las diversas modificaciones hechas al artículo 79, en el que se determinan las facultades de la comisión permanente, a la que se han atribuido diferentes facultades que correspondían tanto

<sup>4</sup> Laurence H. Tribe. American Constitutional Law. The Foundation Press, Inc. Nueva York, 1978.

al congreso de la unión, cámara de senadores y cámara de diputados, con la sola finalidad de hacer expedito el camino del ejecutivo.

Es evidente que, no obstante sus múltiples defectos, el sistema federal tiene sus virtudes. El hecho de que se fraccione el poder para evitar su abuso, ya es un aspecto valioso, pero si se agrega, la ventaja que tiene el sistema de que los gobiernos se adapten a las necesidades de las regiones y los gobernados, la ventaja es definitiva.

## INTEGRACION DE LOS CONGRESOS LOCALES

La constitución en diferentes partes de su texto hace alusión a las legislaturas de los estados, bien para atribuirles facultades, bien para imponerles obligaciones,<sup>1</sup> pero por lo que toca a su estructura, en forma por demás acertada, poco es lo que dice y mucho lo que deja al arbitrio de los constituyentes locales, en pro de la autonomía estatal. Las inhibiciones que tiene la autonomía local al estructurar la organización de una legislatura de parte de la constitución consisten sólo en respetar la cifra mínima de diputados en proporción al número de habitantes y, la otra, la no reelección de los diputados.

Por lo demás, los estados son autónomos para estructurarse de la manera que mejor convenga a sus intereses y naturaleza; en la práctica, los modelos adoptados, no han sido ni variados ni espontáneos, lo que ha llevado a una casi uniformidad en todo el país de estructura y funcionamiento de los poderes, con lo que se ha desvirtuado y hecha nugatoria una de las grandes ventajas del sistema federal.

El poder legislativo de los estados ha estado estructurado, detalles más, detalles menos, de la siguiente manera:

En la actualidad todas las legislaturas de los estados, contrariamente a lo que sucede en los Estados Unidos de Norteamérica, están integradas por una sola cámara, que se denomina: CONGRESO DEL ESTADO o LEGISLATURA DEL ESTADO. El integrar el poder legislativo de los estados por dos cámaras es una práctica común en los Estados Unidos, en ese país en la actualidad sólo un legislativo local está integrado por una sola cámara. En la obra ya citada Bryce dice lo siguiente:

...Los únicos Estados que han intentado no tener más que una sola Cámara fueron Pensylvania, Georgia, y Vermont, pero renunciaron a ello: el primero, después de una experiencia de cuatro años; el segundo, después de doce, y el tercero, al cabo de cincuenta...<sup>2</sup>

Y el mismo Bryce hacía notar que en forma paralela a un congreso integrado por una sola cámara, existía en los estados un consejo ejecutivo que intervenía en determinados actos legislativos.

Durante la vigencia de la constitución de 1824 existieron algunos congresos locales integrados por dos cámaras, lo que es más, en el constituyen-

<sup>1</sup> Manuel Herrera y Lasso. Ob. cit., T. II. Pág. 251.

<sup>2</sup> James Bryce. Ob. Cit. Pág. 102.

te de 1857, al tratarse en la sesión de 10 de septiembre lo relativo al senado y su desaparición, el diputado Isidoro Olvera, defensor de esta Institución, mencionó el hecho de que en la constitución del estado de Oaxaca existió una segunda cámara y él se expresó a decir de Zarco, de la siguiente manera: "...tampoco se trata de las constituciones particulares de los estados, y así no viene al caso hablar del senado de Oaxaca, que seguramente fue absurdo, porque en un estado los cantones o distritos no son entidades políticas...";<sup>3</sup> en seguida el diputado José Antonio Gamboa hizo notar que el senado de Oaxaca era de elección popular, con lo que se pretendió defenderlo de los ataques que la mayoría de los constituyentes había enderezado contra el senado por considerarlo una institución aristocrática "cuartel del invierno de todas nuestras nulidades políticas". Abierta la puerta a los generales y a los obispos, era natural que estas clases trabajaran en contra de toda reforma. Pero el mismo Gamboa, al atacar al senado entre las razones que tiene para hacerlo dice: "... habla contra el senado porque su conciencia le dice que es una institución antidemocrática".

Era natural que a partir de la constitución de 1857, los constituyentes locales, a imitación del poder legislativo federal, organizaran sus legislaturas con una sola cámara, y ello así sucedió, puesto que en la primera colección de constituciones que se hizo en 1870, no hay un sólo caso de bicamarios; pero lo raro es que a partir de 1874, fecha del restablecimiento del senado, o a partir de 1917, fecha de expedición de la constitución vigente, y de la que parten, años más, años menos, las constituciones estatales vigentes, no se haya imitado el sistema bicamaral; aparentemente estuvieron convencidos del hecho de que tan inútil es un congreso local integrado por dos cámaras, como por una, con la ventaja, en este último caso, de que se economizan fondos tan necesarios para obras más ingentes. El tratadista don Felipe Tena Ramírez dice: "...aunque ningún texto lo prohíbe expresamente en la actualidad, cualquiera tendencia a entorpecer a las entidades con una cámara más parecería a todas luces extravagante...";<sup>4</sup> Pero Bryce dice que en los Estados Unidos la necesidad de una segunda cámara se considera "...como un axioma de la ciencia política, porque se juzga necesario oponer una asamblea igualmente poderosa a la asamblea, que tiene la tendencia innata a obrar con precipitación, y a convertirse en tiránica o a corromperse. Los americanos restringen sus legislaturas dividiéndolas como los romanos restringían sus ejecutivos, sustituyendo un rey por dos cónsules...".<sup>5</sup>

Don Emilio Rabasa en su obra "La constitución y la dictadura", que apareció en 1912, criticó el hecho que las legislaturas locales estuvieron

<sup>3</sup> Francisco Zarco. Crónica. Pág. 840.

<sup>4</sup> Felipe Tena Ramírez. Ob. Cit. Pág. 138.

<sup>5</sup> James Bryce. Ob. Cit. Pág. 101

integradas por escaso número de miembros y entre otras cosas decía lo siguiente:

"...el número de los miembros que componen las legislaturas es tan corto, que éstas no tienen los caracteres esenciales y útiles de un congreso..."

Es muy difícil romper las preocupaciones que origina la costumbre, y pocos habrá que no repugnen la idea de que una legislatura deba componerse por lo menos de cincuenta diputados; pero lo cierto es que siete, quince o veinte, no forman la institución especial que se llama congreso, sino una comisión que sólo puede ser o inútil o peligrosa. Creer que el cuerpo legislativo de un estado, porque éste es una república pequeña, debe ser de pocos miembros, es tan extravagante como reprochar a la naturaleza que haya dotado de una dentadura cabal a los hombres de pequeña talla. La composición del órgano gubernativo no debe proporcionarse con la importancia de la república, sino con la naturaleza de la función."

y don Emilio agregaba:

"...Es preciso que (el cuerpo legislativo) reúna un buen número de caracteres, capacidades e intereses diversos, para que no haya ninguno personal, invariable e inflexible; en una palabra, es forzoso, para que haya un congreso, que éste no tenga el alma de una persona, sino la psicología de una colectividad, porque en él se han menester las ventajas de esta psicología, aún a costa de soportar sus inconvenientes."

"...para hacer tangibles estas teorías, cuya ampliación sería impropia de estas páginas, llegémosnos a las concepciones reales. Un congreso de doce personas podrá celebrar sesiones con siete miembros presentes, en que la mayoría absoluta será de cinco votos; suponiendo que concurren todos, la mayoría será de siete; la de dos tercios, de ocho; un voto determinará la diferencia entre la mayoría absoluta y la fuerte de dos terceras partes. Siete votos bastarán para hacer una ley en dos horas, sobre los más graves o difíciles asuntos; los mismos tendrán el poder de sobreponerse al veto del gobernador y esos siete serán poderosos para deponerlo, declarándolo culpable de un delito oficial..."<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Emilio Rabasa, La Constitución y la Dictadura. Editorial Revista de Revistas. 1912. Pág. 311 y sts.

Tomando en consideración tan fundadas razones el constituyente de 1917, trató de dar la solución que los constituyentes locales no habían dado, así, en el proyecto presentado por el primer jefe se fijaba un número de siete como mínimo, pero este fue aumentado a quince por la segunda comisión de constitución y el mismo fue aprobado después de una breve discusión; fue en esa virtud que aparecieron en las constituciones locales artículo como el original de la constitución del estado de Hidalgo que decía:

"El Poder Legislativo se deposita en una asamblea que se denominará 'Congreso del Estado de Hidalgo'. Este se compondrá de diputados electos popularmente, uno por cada sesenta mil habitantes o fracción que pase de veinte mil. Si con esta proporción, no resultaren electos 15 diputados por lo menos, la Ley Electoral dividirá el Estado en 15 circunscripciones de población igual, en lo posible y cada una de ellas elegirá un diputado."<sup>7</sup>

Como se podrá ver, si bien en 1917 no se estableció el mínimo de diputados de cincuenta a cien que aconsejaba el maestro Rabasa, el problema se resolvió, cuando menos en parte, fijando un mínimo de quince que, desde luego, podían aumentar a discreción los estados. Pero esta solución aunque fuera a medias, tuvo idéntico fin que el que han tenido otros aciertos del constituyente de 17: ha desaparecido; por reforma constitucional publicada en el diario oficial de agosto de 1928, se estableció el sistema que actualmente subsiste, que es el que fija mínimos de siete, nueve y once en proporción al número de habitantes.

Podría pensarse que si bien la constitución había variado en cuanto a fijar mínimos más reducidos, quedaba a discreción de los estados el defender el acierto de 17, sosteniendo la existencia de legislaturas de más de quince miembros, pero ello no sucedió así, los estados inmediatamente obedecieron la consigna y procedieron a reducir el número de diputados, no obstante que no estaban obligados a hacerlo. En la actualidad es casi imposible encontrar un congreso local integrado por más de quince diputados, lo que es más, en estados tan densamente poblados como los de Nuevo León, Jalisco y México, se encuentran que difícilmente excedan de quince los diputados.

#### PERIODO DE SESIONES

Es bien sabido que la constitución de 1857, fijaba dos períodos ordinarios de sesiones para el congreso de la unión, lo que significaba que es-

<sup>7</sup> Artículo 18 de la Constitución del Estado de Hidalgo.

tuviera reunido casi la mitad del año, con los consiguientes peligros e inconvenientes que el maestro Rabasa hizo notar en la obra ya citada. El constituyente de 1917, atendiendo los consejos del ilustre constitucionalista, e incluso citando parte de su obra en forma textual (sesión del 5 de enero de 1917) varió el sistema y estableció un solo período improrrogable

De las veintisiete constituciones estatales vigentes a partir de 1857, diecinueve establecían dos períodos de sesiones y sólo ocho establecían un solo período, lo que evidentemente era un acierto, pero si se examina bien la cuestión se verá que había un período, no porque se hubieran previsto los inconvenientes de una prolongada actividad legislativa, sino por un imperativo de las circunstancias: así, establecieron un solo período, los estados de Campeche, Chiapas, Coahuila, Guerrero, Nuevo León, Oaxaca, Tabasco y Zacatecas; estados que, en aquel entonces, o estaban muy mal comunicados o sus caminos, en determinadas épocas del año eran intransitables.

Ahora bien, y dado que lo hecho por el constituyente en 17, al reducir las sesiones a un período, puede considerarse un acierto, y conociendo la costumbre que tienen los estados de imitar lo que se hace en el centro, lo natural y lo lógico que pudiera esperarse de estos hubiera sido que establecieran un solo período, pero aquí fallaron todas las predicciones, en la actualidad no sólo no se procedió por el camino adecuado, sino que la proporción de estados que aún siguen con el anterior procedimiento aumentó; así, de veintinueve estados que formaban la federación en 1962, sólo siete tienen un solo período y lo curioso es que estados que estaban en el camino correcto como Nuevo León, Guerrero, Oaxaca, Chiapas, etc., han establecido dos períodos, lo que indica claramente que si se lo imponían las circunstancias, más no porque se hubieran previsto los inconvenientes.

#### INICIATIVA DE LEYES

En todas las constituciones estatales se concede el derecho de iniciar leyes o decretos a los diputados locales, al gobernador del estado y en todas, con excepción de dos, se concede el derecho al tribunal superior de justicia, aunque en muchas se limite el objeto de la iniciativa a asuntos relacionados con la administración de justicia, esto, desde luego, es un acierto si se las compara con la constitución general, que no reconoce tal derecho al poder judicial, y el acierto es mayor en aquellos estados en que se limita el derecho a los asuntos relativos a la administración de justicia y estos son en número de trece.

En algunas constituciones el derecho de iniciar leyes se hace extensivo a los ciudadanos del estado, a la tesorería general del estado, a las legislaturas de los otros estados; en la de Veracruz se da ese derecho a la direc-

ción de educación y a la universidad de ese estado en lo tocante a sus ramos.

En veintitres estados los municipios y ayuntamientos tienen el derecho de iniciativa, aunque sólo doce lo tienen en forma ilimitada, en los restantes sólo pueden hacerlo en materias relacionadas con la administración municipal.

### VETO

En todas las constituciones se prevé que el gobierno tendrá el derecho de veto, pero en todas se establecen materias respecto de las cuales no lo pueden hacer y en todas el veto se prevé que es superable por una mayoría especial.

Asimismo es general la existencia de diputados suplentes y la posibilidad de un período extraordinario de sesiones que normalmente convoca la comisión permanente; en la constitución de Sinaloa ese derecho también lo tiene el tribunal superior de justicia.

La comisión o diputación permanente existe en todos los estados en la mayoría se integra por tres miembros propietarios y dos suplentes, aunque hay casos en que se integra por cinco propietarios y dos suplentes.

### DURACION DE LOS MANDATOS DE LOS DIPUTADOS LOCALES

Si bien durante los primeros años de vigencia de la constitución de 1917 el mandato de los diputados locales era de dos años, a partir de la modificación hecha en 1933, por imitación, en todos los estados se ha aumentado a tres años. Sobre este particular se puede hacer una elucubración:

La constitución federal, por lo que se refiere a los estados, en su artículo 115, dispone que deben adoptar como forma de gobierno, entre otras características, la de republicana, así prohíbe que los gobernadores duren más de seis años, pero por lo que toca a los diputados no se fija un máximo, en esas circunstancias y por lo que a estos toca ¿qué debe entenderse por forma republicana?, ¿pueden los diputados locales durar cuatro, cinco o seis años? o, incluso ¿podrían durar más? La respuesta, desde luego, no se encuentra en un texto expreso, pero existen los siguientes elementos para considerar cuando se observa o no tal principio. Desde luego existe uniformidad de criterios actualmente en lo que significa la característica republicana, se entiende en la renovación constante de los que ejercen el poder, mediante la intervención del electorado, esto en oposición a un gobierno monárquico, que normalmente es vitalicio y hereditario. La constitución mexicana, en su artículo 40, determina que: "...es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república...", para hacer efectivo tal principio determina en su artículo 51, 56, 83 y 115 que

los diputados, senadores, presidente de la república y gobernadores de los estados, durarán en sus encargos, los primeros tres años y los últimos seis años con la sola excepción de los ministros de la suprema corte de justicia, que son vitalicios, en ningún caso se da a un funcionario un plazo mayor para el desempeño de un cargo; en tal virtud se puede concluir válidamente que el legislador mexicano considera que aún se respeta el principio republicano, cuando los que ejercen el poder lo hacen por seis años; un plazo mayor es atentorio de tal principio.

Con base a lo anterior, las constituciones de los estados bien podrían prever que los diputados duren en su encargo cuatro, cinco o seis años, pero no más.

### REFORMAS A LAS CONSTITUCIONES LOCALES

Todas las constituciones locales prevén que pueden ser reformadas. Todas consideran como el órgano competente para hacerlas a las legislaturas locales. En veinticinco estados se requiere una mayoría especial de dos terceras partes, en tres sólo mayoría; en el de Querétaro se requiere la aprobación por las tres cuartas partes. En veinte estados, aparte de la intervención de la legislatura local, se requiere la aprobación de la mayoría de los ayuntamientos; en otros se requiere que la forma sea aprobada por dos legislaturas sucesivas. En muchas constituciones locales se prohíbe expresamente al gobernador vetar las resoluciones dictadas por el congreso local cuando actúa como constituyente.

## LAS GARANTIAS INDIVIDUALES

Las garantías individuales, como limitaciones mínimas que el constituyente ha impuesto a las autoridades federales y locales, sólo son susceptibles de ser aumentadas (ampliadas), más no disminuidas por los constituyentes locales; ampliarlas implica reducir el campo de acción de los órganos de poder locales, significa un beneficio a favor de los habitantes; esta ampliación opera según los siguientes principios:

1. Sólo obliga, limitando su campo de acción, a las autoridades del estado, más no a los órganos de la administración pública federal que operen en la entidad cuya constitución conceda la ampliación.

Es el estado quien se autolimita en su acción, pero con ello no puede afectar la acción del gobierno federal.

2. A falta de un sistema expreso, similar al juicio de amparo a nivel local al que se recurra para salvaguardar la ampliación de las garantías, los particulares, para lograrlo, pueden recurrir al juicio de garantías federales a fin de exigir se cumplan los principios de que un acto de autoridad debe estar fundado y motivado; que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme con leyes expedidas con anterioridad.

En el artículo 19 fracciones I y VIII de la constitución del estado de Nuevo León, se dispone, como regla general a seguir en los procedimientos penales, que no se podrá fijar una fianza mayor de cien mil pesos y que el procedimiento respectivo debe ser sentenciado antes de seis meses, si la pena máxima a aplicar excede de dos años, a diferencia de los mínimos establecidos en la constitución general de doscientos cincuenta mil pesos y un año para los mismos casos. La constitución de Nuevo León amplía los derechos de los individuos que habitan en su territorio por violaciones a leyes locales; de este beneficio no gozan aquellos que se encuentren sujetos a proceso ante un juez federal por violación a leyes federales.

Para el caso de que autoridades locales fijen una fianza mayor en delitos que no reporten un beneficio económico y no se dicte la sentencia dentro del plazo de seis meses, el procesado puede optar por apelar del auto que fije una fianza mayor y en queja por lo que se refiere a la extemporaneidad de la sentencia, ambas a nivel local; o bien recurrir directamente al amparo por violarse en el procedimiento las formalidades constitucionales que lo regulan.

## SUSPENSION DE GARANTIAS EN LOS ESTADOS

Lo relativo a la suspensión de garantías individuales en una cuestión ajena a los poderes de un estado, es de la exclusiva competencia del presidente de la república y congreso de la unión o comisión permanente, pero caben dos consideraciones:

La suspensión de garantías que se decrete en términos del artículo 29 puede comprender las generales que consagra la constitución, así como aquellas ampliaciones que existan en las constituciones locales; la constitución no distingue entre ambas por lo que si para hacer frente rápida y fácilmente a un conflicto pudieran ser obstáculo, estas junto con aquellas, se pueden suspender; sostener un punto de vista diverso significaría hacer nugatorios los fines que se pudieran perseguir con la suspensión.

Por otra parte y por lo que toca a las ampliaciones a las garantías individuales, no existe impedimento legal para que los constituyentes locales establezcan un procedimiento por tal virtud del cual se suspendan temporalmente por las autoridades locales.

## FACULTADES EXTRAORDINARIAS A FAVOR DE LOS GOBERNADORES

De los tres tipos de facultades de que gozan las legislaturas locales, en principio, es obvio que las que les corresponden como parte de un poder supranacional y las que debe desempeñar por virtud de una atribución general de parte de la constitución, son facultades indelegables, aún en el caso de facultades extraordinarias previstas y concedidas a un gobernador estatal; sólo pueden ser ejercidas por aquel órgano a quien se le confieren. Aún en el caso del artículo 122 constitucional, para que un gobernador pueda solicitar el auxilio del centro, se requiere que la legislatura no esté reunida. El criterio que se ha seguido para atribuir a un cuerpo colegiado y no a un solo individuo es el de que se trata de cuestiones que por su gravedad, requieren la opinión y voto de diferentes voluntades.

En el ámbito nacional, aunque haya precedente en contrario, constitucionalmente procede el otorgamiento de facultades extraordinarias sólo en el caso de que exista suspensión de garantías; estas sólo se suspenden en casos de extrema gravedad, en todo o en parte del territorio nacional. Por otra parte, en los casos de invasión, sublevación o trastorno interno el gobierno tiene el deber de proteger a los estados (Art. 122).

Para el caso de que exista en el territorio de un estado o parte de él un motivo grave de intranquilidad, sólo el gobierno federal puede suspender las garantías individuales que consagra la constitución; todo pro-

blema grave es competencia de los poderes federales centrales, su definición y la posible ingerencia sólo queda a su criterio.

El artículo 115 constitucional preve que en los estados debe establecerse un gobierno que tenga, entre otras características, la de ser representativa. Por lo que toca a la función legislativa ésta ha sido confiada a una asamblea; las legislaturas locales no pueden integrarse por un número de diputados menor que el exigido, ni sus miembros reelectos para el período inmediato; proceder de diferente manera es atentar contra el principio representativo. El que el congreso de un estado renuncie a su función legislativa, aunque sea parcialmente y otorgue al gobernador facultades extraordinarias para legislar, significa un desacato al mandato constitucional, una violación al principio de representatividad y un motivo de impugnación concedido a particulares por tratarse de una autoridad incompetente.

El desacato puede ser mayor si se toma en cuenta que para que opere tal delegación no existe previamente una suspensión de garantías, que es el presupuesto para que se otorguen a nivel nacional. Ni aún para el caso de que se suspendieran las ampliaciones a las garantías individuales procedería el otorgamiento de facultades extraordinarias, ya que existe el principio de representatividad al que se ha aludido.

En el artículo 62 de la constitución del estado de Oaxaca se prevé la delegación de facultades por parte de la legislatura local a favor de gobernador en casos excepcionales y por tiempo limitado; existen disposiciones similares en las constituciones de Sonora y estado de México, sin que se llegue a precisar que entienda por casos excepcionales; por su parte la constitución del estado de Querétaro (Arts. 63 frac. XXIII y 64) prevé el otorgamiento de facultades que fueren absolutamente indispensables para salvar la situación en casos de invasión, alteración del orden público o cualquier otro motivo grave y sólo respecto a facultades que no sean de la competencia del congreso de la unión, lo que a todas luces es ilegal e ilógico, ello con vista a la constitución y a la situación geográfica del estado.

## PUBLICACION DE LEYES FEDERALES POR LOS GOBERNADORES DE LOS ESTADOS

El artículo 120 constitucional ha provocado discusiones y creado división y confusión entre y en los constitucionalistas mexicanos desde su primera aparición en la constitución de 1857. Las discusiones se iniciaron propiamente antes de su aprobación y aún continúan en la doctrina y jurisprudencia.

"Las leyes federales son obligatorias en toda la nación, pero solamente cuando han sido publicadas en debida forma. El presidente de la repú-

blica promulga la ley; más era preciso que en los estados fuera publicada para que llegase a conocimiento de todos sus habitantes y surtiese los efectos correspondientes..."<sup>1</sup>

"Los gobernadores se vuelven agentes de la federación pero es una cosa necesaria, por más que en este caso, llegan a ser como servidores del ejecutivo federal. *Las Leyes Federales no obligan en los Estados si no las firma el Gobernador* que es el que da autenticidad a esas disposiciones."<sup>2</sup>

"...Lo que no tiene explicación ni justificación posible es que la Suprema Corte, en ejecutoria dictada por la Primera Sala y ratificada por el el Pleno, haya substituido el Derecho por el hecho e intentado, con potestad constituyente, derogar en el Art. 120 el indiscutible mandamiento que de su texto se deduce: *las leyes federales no publicadas por los gobernadores no adquieren vigencia en los respectivos Estados*".<sup>3</sup>

"Leyes, promulgación de las

Conforme al artículo 120 de la constitución, los gobernadores de los estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales y es evidente que *la obligación que la constitución impone a los gobernadores, de publicar dichas leyes, es para que pueda llegar al conocimiento de los habitantes de los estados y obligarlos*; de donde lógicamente se deduce que mientras esas leyes no llegen al conocimiento de los habitantes de los lugares distintos de su promulgación, bien por el transcurso del tiempo a que se refiere la ley, bien por medio de una publicación, *no obliga ni surten sus efectos en esos lugares*".

Quinta Epoca: Tomo XXXVI, Pág. 1125 — Pérez Manuel M.

Don Felipe Tena Ramírez, sostiene un punto diverso, dice, entre otras cosas:

"...el artículo 120 ha sido hasta ahora, y tendrá que seguir siéndolo, un precepto mal avenido con la doctrina, ignorando por el legislador inutilizado por la jurisprudencia; solamente la mala fe de ciertos litigantes lo exhuma de vez en cuando para excusarse, aunque sin resultado, de la obediencia a las leyes federales no publicadas por los gobernadores de los estados."<sup>4</sup>

Lanz Duret, aunque no toma partido, sostiene que incumplir o desobe-

<sup>1</sup> Mariano Coronado. Elementos de Derecho Constitucional Mexicano. 1899. Pág. 185.

<sup>2</sup> Emilio Rabasa. Curso de Ciencia Política y Curso de Derecho Constitucional en el año de 1928. Versión de J. J. González Bustamante. Editorial Oasis. 1969. Pág. 264.

<sup>3</sup> Manuel Herrera y Lasso. Estudios Constitucionales. Editorial Jus, S. A. 1964. Pág. 183 y 184.

<sup>4</sup> Felipe Tena Ramírez. Obra citada. Edición 1975. Pág. 174.

decer las obligaciones que consigna el artículo 120 expone a los gobernadores a ser sancionados por el gran jurado.<sup>5</sup>

Para no quedar mal con troyanos, ya que ha quedado bien con tiros, la corte ha sostenido:

"Si el artículo 120 constitucional impone a los gobernadores de los estados la obligación de publicar y hacer cumplir las leyes federales, eso no quiere decir que dejen de regir por su no publicación en alguna entidad federativa, supuesto que no hay sanción constitucional, y que sería facultativo para aquellos mandatarios el cumplimiento del pacto federativo y de las leyes federales por el solo hecho de no publicar éstas en los territorios respectivos "Terán Arturo. 27 de marzo de 1925. T. XVI. Pág. 706. Citada por Felipe Tena Ramírez. Derecho Constitucional Mexicano."<sup>6</sup>

Y para quedar bien con ambos ha sostenido:

"deben ser publicadas en el órgano oficial de cada estado o esperar el tiempo suficiente para que el Diario Oficial de la Federación llegue a los estados, para que, siendo dadas a conocer de uno u otro modo, puedan ser debidamente observadas. Angeles y Velarde, 2 de abril de 1926. T. XVIII, pág. 846. Citado por F. Tena Ramírez."<sup>7</sup>

Si se examina con detenimiento la cuestión se verá, como decía don Francisco de P. Cendejas, que se trata de un "...acto sencillísimo que pierde la gravedad que quiere dársele..." Los que han considerado el problema, unos han exagerado sus alcances, otros lo han hecho nugatorio sin estar derogado.

Siguiendo el principio de que cada cuerpo debe velar por su propia conservación, el artículo 72 establece que aprobada una ley por el congreso se envíe al presidente de la república para su promulgación, en algunas ocasiones habla de publicación; esto significa que si el presidente de la república tiene la facultad de promulgar o publicar las leyes, implícitamente tiene la facultad de proveer los medios por virtud de los cuales se haga efectivo el mandamiento constitucional. De conformidad con el artículo 73 fracción XXX, el congreso ha reconocido la existencia de tal necesidad y al diario oficial como medio para alcanzar el fin, al establecer en el artículo 27 fracción III de la ley orgánica de la administración pública federal, que corresponde a la secretaría de gobernación: administrar y publicar el diario oficial de la federación."

<sup>5</sup> Miguel Lanz Duret. Derecho Constitucional Mexicano. Norgis Editores, S. A. 1959. Pág. 363.

<sup>6</sup> Felipe Tena Ramírez. Obra citada. 1975. Pág. 173.

<sup>7</sup> Felipe Tena Ramírez. Obra citada. 1975. Pág. 174.

El alcance de una publicación en el diario oficial lo dá el código civil al establecer dos sistemas para que entre en vigor una ley, el simultáneo y el sucesivo. El que una ley adquiera vigencia por cualquiera de los dos procedimientos, previa su publicación en el diario oficial, no significa que el código civil o la jurisprudencia deroguen un precepto constitucional, simplemente significa que se está recurriendo a una facultad implícita para hacer efectiva una explícita si misma no puede llevarse a la práctica: la de promulgar.

Siguiendo una tradición ya secular en el proyecto de ley orgánica del congreso de la unión (art. 33 cap. 2o.) se dispone que el decreto relativo a la declaración de un presidente electo debe, además de incluirse en el diario oficial, hacerse del conocimiento de los habitantes del país mediante bando solemne, lo que significa la intención del legislador de dar mayor importancia a este acto.

Con vista a lo anterior queda aún la pregunta ¿cuál es la función del artículo 120 a que se ha hecho referencia? en 1857, cuando se aprobó, se trataba y se trata simplemente de dar mayor publicidad a las leyes, dadas las escasas comunicaciones entonces existentes.

El artículo 120 tiene una segunda parte que dispone que los gobernadores deben hacer cumplir las leyes federales, cuestión que es necesario analizar.

De conformidad con la constitución el campo de acción de los gobernadores de los estados se encuentra circunscrito por una serie de prohibiciones, obligaciones e inhibiciones; no es raro y sí frecuente que las autoridades locales rebasen los límites constitucionales y que omitan cumplir con sus deberes. En la constitución de manera expresa se estipula que el ejecutar o hacer cumplir las leyes federales queda confiada a los poderes del centro (art. 89 frac. I), por lo que en esta tarea quedan excluidos los estados (art. 124); no obstante lo anterior, a lo largo de la constitución (arts. 27 fracs. VI y XII, 122, 130, etc.) existen disposiciones por virtud de las cuales se establecen obligaciones específicas a los gobernantes estatales, que no pueden ejercer los poderes centrales. Por otra parte en las leyes reglamentarias que expide el congreso de la unión es frecuente que, asimismo, se dé ingerencia en su aplicación a los gobernadores de los estados. Las leyes federales que deben hacer cumplir los gobernadores de los estados a que hace referencia el artículo 120 son precisamente esas, ya sean fundamentales u ordinarias, en las que se confiere expresamente una función específica. El pretender dar al artículo una interpretación amplia desvirtuaría el sistema federal, ya que necesariamente implicaría una invasión de jurisdicciones. La constitución tiene el cuidado, con mayor o menor acierto, de delimitar los campos de acción de los poderes constituidos.

## INTERVENCION DE LOS PODERES FEDERALES EN LOS ESTADOS

Independientemente de que de hecho los poderes centrales interviniesen políticamente en los estados, e, incluso, ejercen sobre ellos gobernantes o gobernados, un verdadero control; los mismos poderes, legalmente, pueden intervenir política y jurídicamente.

De una u otra forma existe base constitucional para que los tres poderes centrales puedan intervenir en el campo de acción estatal, no en provecho propio, más bien para auxiliar a las autoridades locales, evitar el caos, lograr el respeto a la supremacía constitucional y evitar la secesión de los estados miembros. Ninguna de las formas de intervención se ha establecido en beneficio de los poderes del centro y en perjuicio de los estados. Existen con altas miras y ajenas a justificar posibles controles de una autoridad sobre otra.

Constitucionalmente los poderes federales pueden intervenir en los estados de la siguiente manera:

### I. INTERVENCION RECONSTRUCTIVA:

"...cuando está subvertida la forma republicana de gobierno y es necesario que el poder federal lleve su acción suprema a tal o cual Provincia donde aquello sucede para restaurar y garantizar dicha forma de gobierno. Se trataría de una medida de excepción y gravedad que puede tomar el gobierno de la Nación cuando las instituciones provinciales están hondamente desnaturalizadas y corrompidas y no hay manera alguna, dentro del juego regular de las mismas, para normalizarlas y restaurar su funcionamiento regular."<sup>1</sup>

Este tipo de intervención corresponde, en el derecho norteamericano, a lo que se conoce como garantía de un gobierno republicano, que es un derecho a favor de la ciudadanía, que tiene como guardián a los poderes centrales y por objetivo: "...proteger a la Unión fundada en principios republicanos, y formada enteramente por miembros republicanos, contra innovaciones aristocráticas y monárquicas... La Constitución, en este respecto, se basa claramente en la noción de que las instituciones re-

<sup>1</sup> Juan Casiello. Derecho Constitucional Argentino. Editorial "Perrot", Buenos Aires. 1954. Pág. 186 q 187.

publicanas son un señalado beneficio que la nación ha de garantizar al pueblo de cada estado, y que este puede exigir, como un derecho, de gobierno Federal."<sup>2</sup>

La intervención reconstructiva en el sistema jurídico mexicano significa, para el gobierno del centro, la obligación de velar que en los estados se establezca y subsista la forma republicana de gobierno; pero la misma garantía, por lo que toca a los habitantes de los estados, no se limita a que se conserve en el gobierno de las entidades tal privilegio, se hace extensiva a que se respeten, igualmente, otros principios que, junto con aquél, se han considerado igualmente valiosos, como son que los gobiernos estatales deben ser representativos, democráticos, divididos en municipios libres con autoridades electas popularmente.<sup>3</sup> Como un privilegio adicional debe agregarse que los estados deben pertenecer permanentemente a la unión federal.<sup>4</sup>

El organizar un estado en forma diversa significa una violación a la carta magna, pero los ciudadanos que pretendieran la enmienda al desacato constitucional se encontrarían con el hecho de ser ineficaces los procedimientos normales de defensa del orden jurídico. En efecto, de conformidad con el pensamiento de don Manuel Herrera y Lasso, el amparo sería ineficaz por lento y de limitados alcances; se tendrían que agotar todas las etapas del procedimiento y al final se limitaría a amparar únicamente al quejoso sin poder hacerse una declaración general. La violación tampoco sería reparable a través de la controversia entre poderes que preven los artículos 104 fracción IV y 105, por lenta e improcedente, ya que no existe invasión de jurisdicción. En los casos en que un estado reasuma su soberanía y se separe de la unión, es obvio que el control indirecto, el amparo, y el control directo: la controversia, son ineficaces e improcedentes, puesto que se estaría precisamente ante un caso de desconocimiento total, de parte de la autoridad secesionista, del orden jurídico federal.<sup>5</sup>

En estos casos lo que procede es recurrir al control adicional o sea someter a juicio ante el gran jurado a los miembros de la legislatura y gobernador que hubieren infringido la constitución, en los términos previstos en los artículos 108 y 111; agotado que sea el procedimiento, dictar sentencia por virtud de la cual se les destituya e inhabilite y, de conformidad con la constitución general y local, designarles nuevas autoridades; de ser ello necesario intervenirlas militarmente. Recurriendo a tal expediente se estaría en posibilidad de hacer respetar el artículo 115 y de conservar la integridad de la unión federal.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Bernard Schwartz. *Los Poderes del Gobierno*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1966. Tomo I. Pág. 90 y 91.

<sup>3</sup> Artículo 115 constitucional.

<sup>4</sup> Artículo 43 constitucional.

<sup>5</sup> Manuel Herrera y Lasso. *Ob. cit.* T. II. Pág. 257.

<sup>6</sup> José Antonio González Fernández. *La Intervención Federal en los Estados*. Tesis profesional. Escuela Libre de Derecho. 1975. Pág. 54.

Si bien es cierto que la intervención reconstructiva no se encuentra consignada en el artículo 122, ello no significa que no exista, como lo asienta el licenciado Felipe Tena Ramírez;<sup>7</sup> el constituyente, con acierto, juzgó innecesario referirse a ella en dicho precepto, haciéndolo precisamente en el título relativo a la responsabilidad de los altos funcionarios públicos.

Es la cámara de senadores, constituida en gran jurado, la única competente para juzgar a diputados locales y gobernadores por violación a la constitución. El presidente de la república, en esta etapa, tiene una intervención limitada: su derecho de iniciativa; con posterioridad a la sentencia goza de las más amplias en ejecución de la sentencia del senado. La cámara de diputados al acusar y sostener su acusación; el senado al juzgar y dictar sentencia de destitución e inhabilitación y el presidente de la república al ejecutarla e intervenir con los elementos a su alcance, actúan ejerciendo una función reconstructiva.

## II. INTERVENCION EJECUTIVA:

Este tipo de intervención existe a favor de los estados y a cargo del gobierno federal con miras a reestablecer el orden constitucional, en pro de la seguridad pública y con el fin de evitar que una entidad caiga en la anarquía. Prevista en el artículo 122 puede ser solicitada por la legislatura local, si se encuentra reunida, o por los gobernadores, para el caso de no estarlo. Están obligados a prestarla el presidente de la república, a través de los elementos con que cuenta, y el congreso de la unión, por medio de las facultades económico-legislativas que tiene; el judicial federal, no obstante ser poder por disposición constitucional y, por lo mismo, quedar comprendido en el artículo 122, dada su integración y forma limitada de actuar, no puede auxiliar a los gobiernos estatales en sus crisis.

La intervención ejecutiva se dá, en caso de conflicto interno, a solicitud de las legislaturas o gobernador; en caso de invasión o violencia exterior se dá de oficio. En ambos casos, en auxilio de los estados, el presidente de la república puede recurrir a cuantos elementos están legalmente a su alcance: ejército, armada y fuerza aérea; también puede recurrir a la guardia nacional, aunque para poder hacerlo fuera del territorio del estado en donde se encuentre, requiere el consentimiento del senado y en sus recesos de la comisión permanente. El congreso de la unión puede intervenir de diferentes maneras: a través de su facultad genérica de legislar; aprobar la suspensión de garantías que solicite el presidente; mediante la provisión de elementos económicos vía su facultad impositi-

<sup>7</sup> Felipe Tena Ramírez. *Ob. cit.* pág. 174, edición 1967.

va; concediendo el uso de la guardia nacional, dictando leyes de reclutamiento, etc.

Si el congreso local se encuentra reunido y no juzga necesario pedir el auxilio federal, el gobernador no puede hacerlo, esta facultad le corresponde en forma supletoria, no sucesiva. Mientras tanto esté reunido el congreso local, el pedir el auxilio le es una facultad propia y exclusiva.

El que los poderes de la unión tengan que proteger a los estados contra una invasión o guerra extranjera es por virtud de que las entidades carecen de personalidad ante el derecho internacional; cualquier ataque a uno de ellos es un ataque a toda la unión, como tal debe ser repelido por ésta. Si bien la facultad de declarar la guerra corresponde en forma exclusiva al presidente de la república y al congreso de la unión (artículos 73 fracción XII y 89 fracción VIII), la verdad es que dicha exclusividad sufre una excepción en los casos de invasión y de peligro inminente que no admita demora, en este supuesto un estado puede hacer la guerra a potencias extranjeras; su intervención debe ser encuadrada en un capítulo de excepción a la división de competencias que hace el artículo 124; significa un caso de facultad concurrente en el sentido norteamericano: autoridades de un estado ejercitan válidamente una facultad que corresponde a la federación, mientras esta no lo hace; y cesan de hacerlo en el momento en que su titular, los poderes centrales, la ejercitan. (Art. 118-III).

### III. INTERVENCION POLITICA

#### 1. Desaparición de los poderes de un estado

En sociedad, al igual que en la naturaleza, existe un terror al vacío, de este fenómeno se ha hablado en forma reiterada; difícilmente puede existir una organización humana carente de autoridad, que viva acéfala; ante la posibilidad que existe de que se llegue a tal extremo, la constitución, en beneficio de los estados, especialmente de sus habitantes, establece un procedimiento con cargo al gobierno central a fin de proveerles de autoridades transitorias que los encaucen a la normalidad. La desaparición de poderes prevista en la fracción V del artículo 76 más que una facultad a favor del gobierno central, existe en pro de las entidades que integran la federación, como una obligación siempre supletoria del gobierno federal en los casos en que una constitución local no exista fórmula para llenar el vacío de autoridad. No es un elemento de intervención, es una institución que suple la imprevisión estatal y auxilia a sus habitantes.

Para que el senado pueda ejercitar su facultad de designar gobernador provisional, se requiere se hayan realizado dos supuestos: que han desapa-

recido efectivamente *todos* los poderes de un estado y que en la constitución local no existe ninguno de los poderes locales, no sólo el gobernador y que el constituyente local no tuvo la previsión de establecer fórmulas para llenar el vacío de autoridad.

En la constitución de 1917, contrariamente a lo previsto en la de 1857, que exigía sólo la desaparición del ejecutivo y legislativo, se requiere la desaparición de todos los poderes; mientras exista un tribunal superior que pueda funcionar legalmente, no puede considerarse realizado el supuesto constitucional; lo que es más, en el caso de la constitución del estado de Hidalgo, que hasta 1948 daba al municipal el rango de poder, a la par de los tradicionales tres poderes, durante el tiempo en que estuvo en vigor dicha institución, para que el senado pudiera intervenir, se requería también la desaparición de tal poder municipal; cuando la ley no distingue no se debe distinguir. A partir de 1917, dada la experiencia intervencionista habida durante la vigencia de la constitución de 57, la norma, más que allanar el camino es un obstáculo constitucional a esa ingerencia.

Cuando se han realizado ambos supuestos el senado puede declarar: que dado a que no existen autoridades locales y no existe fórmula estatal para suplirlas, procede nombrarle gobernador provisional, hecha esta declaración debe solicitar al presidente de la república presente una terna de candidatos, uno de los cuales podrá ser designado gobernador por una mayoría de las dos terceras partes de los senadores presentes. Los integrantes de la terna deben reunir los requisitos que para ser gobernador exige la constitución local, de no ser esto así procede devolverla y requerir otra.<sup>8</sup>

La protesta del gobernador designado se ha rendido ante el senado; se supone que no existen autoridades locales ante quien pueda hacerlo; la verdad es que tanto la constitución como leyes ordinarias lo que requieren es que se rinda la protesta, que se jure cumplir con ellas, lo demás es un problema de prueba; se puede rendir, incluso, ante notario público o juez asistido de secretario; se requiere el acto y la prueba no ante quien se haga. La reciente ley reglamentaria de la fracción V dispone que el ejecutivo local provisional protestará ante el senado o la comisión permanente, sin admitir diversa posibilidad.

La comisión permanente está facultada para designar gobernador, previa la declaración que hubiere hecho el senado, cuando éste entre en receso y no alcance a hacer la designación, ello con vista a la terna que presente el presidente de la república y con la misma mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, lo que significa que si la indicada comisión cuenta con veintinueve miembros, puede sesionar válidamente.

<sup>8</sup> En la última desaparición de poderes en el estado de Guerrero uno de los integrantes de la terna no contaba con la edad mínima.

damente con quince de ellos, la designación se puede hacer contando con el voto de solo diez legisladores.

En la administración pública ha prevalecido el criterio de que una disposición constitucional que amerite reglamentación no se puede ejercitar mientras tanto el congreso de la unión no la reglamente.<sup>9</sup> La constitución prevé que debe existir una ley que reglamente las fracciones V y VI del artículo 76, ésta, aunque trunca, pues se limita a reglamentar la fracción V, fue expedida hasta 1978; lo que significa, si se ha de ser estricto, que todo lo actuado en esta materia de desaparecer poderes fue ilegal, mientras no hubiera ley reglamentaria no podía ejercitarse la función; es lógico concluir lo anterior, las condiciones, variedad de casos, y demás términos deben estar establecidos previamente para poder actuar. La ley reglamentaria de 1978 es omisa por cuanto a que no regula lo relativo a la actuación del senado en la resolución de los conflictos que pudieran surgir entre los poderes de un estado.

Cuando las autoridades locales se ponen al margen del derecho es lógico que realicen actos tendientes a procurar su permanencia en el poder, concretamente que introduzcan en las constituciones locales fórmulas que permitan suplir la falta de autoridades y eludir la acción del senado, como sucedió en fechas relativamente recientes en el estado de Hidalgo. Si bien es cierto que los poderes del centro no pueden designar gobernador si a nivel local existe procedimiento para hacerlo, la verdad es que el congreso de la unión, al dar la ley reglamentaria, tuvo la facultad de prever el destino de los actos realizados por autoridades del estado en fraude a la ley, podía, incluso, establecer la nulidad de cualquier fórmula adoptada para suplir la acefalía dentro de determinado plazo anterior a la intervención del senado; la oportunidad no se aprovechó, la ley reglamentaria no regula nada al respecto, lo que significará que los poderes centrales continuarán desconociendo y violando las constituciones locales y en general de la república.

El gobernador nombrado por el senado será siempre provisional; la constitución procura, ante todo, se respete la voluntad de la ciudadanía local, ya sea la legal o la expresada en los comicios. El gobernador provisional debe convocar a elecciones, en las que no podrá figurar como candidato por la sencilla razón de que pudiera alterar de una u otra manera los resultados de una elección con elementos oficiales a su disposición. La ley reglamentaria establece que la convocatoria debe hacerse dentro de los tres meses que sigan a la toma de posesión y las elecciones realizarse durante los seis meses que sigan a la convocatoria.

Por lo que toca al congreso local, si existe el número de diputados suplentes suficientemente para cubrir el mínimo que exige el artículo

<sup>9</sup> El principio se ha invocado insistentemente en materia agraria para no cubrir indemnizaciones.

115 y requiera, en su caso, la constitución local, no procede convocar a elecciones de diputados; procede únicamente llamar a los suplentes, tomarles la protesta e instalarlos. La ley reglamentaria, al no tomar en consideración la institución de la suplencia que la misma constitución prevé es violatoria de la carta magna.

La integración del tribunal superior de justicia local no representa mayor problema legal; por lo general los puestos de magistrado se cubren con designación que hace el gobernador con aprobación del congreso local, si éste no existe operan transitoriamente.

## 2. Límites estatales

Lo relacionado con el arreglo de conflictos entre estados con motivo de límites se trata por separado, se hace referencia a ello por cuanto a que la intervención del congreso al dar o negar su aprobación significa una forma de intervención en la vida política de los estados; la anuencia del congreso es determinante para la validez del acto y procura un doble objetivo: evitar convenios o tratados entre estados, siendo éste el único permitido; y evitar que por negligencia, mala fe, impericia o temor una entidad se vea privada de parte de su territorio de tal manera que se ponga en peligro su existencia y autonomía.

## 3. Conflicto entre los poderes de un estado

Es natural que existan conflictos entre los poderes de un estado; el ejercicio del poder entre varios siempre dará lugar en una democracia a que surjan puntos de vista opuestos; pero cuando por dichos conflictos se amenace la tranquilidad de una entidad o se recurra a las armas por las partes en conflicto, llamado cada una de ellas a partidarios, ya no es normal, es obligación del centro intervenir para poner en orden a las partes y en paz a la sociedad. El competente para conocer de las diferencias de tipo político es el senado; lo puede hacer en dos casos: a petición de parte, cuando lo solicite uno de los poderes; y de oficio, cuando el conflicto haya orillado a las partes a tomar las armas.

Es suficiente con que uno de los poderes recurra al senado para que este adquiera exclusiva competencia y los restantes poderes estén obligados a concurrir ante él a hacer valer sus puntos de vista y, en su caso, a acatar la resolución que dicte. La facultad se asignó al senado en virtud de que fue considerado como el cuerpo en donde se hallaban los representantes naturales de los estados; se supuso que cualquier resolución se dictaría con mayor conocimiento de causa y más buscando el beneficio que el perjuicio de las entidades.

#### IV. INTERVENCION JUDICIAL

En defensa de la constitución y del orden jurídico el poder judicial puede intervenir en los estados; su intervención es en relación con las mismas autoridades o de los actos que realicen. Cuando en la constitución se atribuye una facultad al poder judicial, si no se asigna a algún tribunal en forma específica, el único que la puede ejercitar es el pleno de la suprema corte de justicia.

##### 1. Arreglo de los límites estatales.

Cuando los estados no pueden arreglar sus problemas de límites mediante convenios amistosos en los términos del artículo 116, lo que procede es plantear la cuestión ante la suprema corte; esta conoce en un juicio ordinario, en forma exclusiva, en única instancia y con fuerza vinculativa para las partes. La fracción I del artículo 11 de la ley orgánica del poder judicial federal confirma que el conocimiento de tales cuestiones compete en forma exclusiva a la corte en pleno.

Los estados actúan como partes en un juicio, con todas sus implicaciones procesales: presentar y contestar demandas, ofrecer pruebas y formular alegatos. En el juicio debe ser oído personalmente el procurador general de la república; no obstante que este es un alto funcionario, su punto de vista en el juicio es simplemente una opinión autorizada, no obliga a la corte a resolver en los términos que él sugiera; no hay elementos legales para opinar en forma diversa.

El procedimiento anterior no excluye la posibilidad de que los estados con dificultades fronterizas recurran al arbitraje y que la resolución que se dicte se someta a la corte para su homologación.<sup>10</sup>

Para todos los efectos anteriores, no obstante no existir disposición expresa en tal sentido, el Distrito Federal debe equipararse a un estado. Es frecuente, por lo que hace a otras materias, que la constitución haga tal equiparación (artículos 53, 56, 60, 131), pero la razón definitiva pudiera ser la de que dado a que son los poderes federales los que legislan y gobiernan dicha entidad, en cualquier controversia que pudiera surgir con un estado respecto a límites, sería la propia federación una de las partes, ello es suficiente para provocar la intervención exclusiva del pleno de la corte.

##### 2. Conflictos entre los poderes de un estado

Los conflictos que pudieran surgir entre los poderes de un estado,

<sup>10</sup> Emilio Rabasa. Curso. Pág. 475 y siguientes.

según el punto de vista del constituyente de 1917, pueden ser de dos tipos: políticos, cuya resolución se confió al senado y jurídicos confiados al pleno de la corte. Los constituyentes autores de la distinción no pudieron definir cuando se dan uno y otro supuesto; la verdad es que todo problema político tiene algo o mucho de jurídico y viceversa. Para determinar quien es el competente no basta invocar el principio de que el primero en tiempo es el primero en derecho. Una posible solución sería la siguiente: de todos los conflictos que surjan entre los poderes de un estado el competente para resolverlos es el senado, lo que supone que se presuma que todos los problemas son políticos, a menos de que dicha cámara se excuse por considerarlos jurídicos. La corte puede conocer de una cuestión de tal naturaleza mientras ella misma no lo estime política y el senado no reclame competencia para conocerla.

Con una solución en tales términos queda a salvo la apoliticidad del poder judicial; se evita un enfrentamiento entre poderes por cuestiones de competencia que pudiera repercutir en perjuicio de la corte y se da a los asuntos un cauce más conforme con su naturaleza.

Dentro de este mismo apartado deben quedar ubicados, no obstante ser de naturaleza diversa, la intervención que tiene la corte para dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la federación y los de los estados y entre los tribunales de estos, como lo prevé el artículo 106. La corte interviene definiendo campos de acción a los tribunales haciendo prevalecer la constitución.

##### 3. Averiguaciones por violaciones a las garantías individuales.

Cuando lo considere conveniente o a petición del presidente de la república, de alguna de las cámaras del congreso de la unión, o gobernador de algún estado, el pleno de la corte puede designar a uno o varios miembros del poder judicial para que averigüe hechos que pudieran constituir violaciones a las garantías individuales. Por regla general el poder judicial carece del derecho de iniciativa, carece de acción, actúa a instancia de parte interesada; excepcionalmente, en los casos previstos en el artículo 97 lo puede hacer por iniciativa propia, en esos casos el resultado de su investigación sólo representa un juicio con autoridad moral, carece de la potestad propia de otro tipo de decisiones que está facultada a emitir. Por reforma de 2 de diciembre de 1977, la corte vio reducida su acción investigadora.

Si bien las violaciones a las garantías individuales pueden provenir también de las autoridades federales, en esta sección se invoca la institución únicamente considerándolas como un tipo de intervención de los poderes del centro en los gobiernos estatales.

4. *Modificación de los actos de las autoridades locales por virtud de sentencias dictadas en juicios de amparo.*

En defensa de la supremacía constitucional y por violaciones a las garantías individuales, los tribunales federales pueden modificar los actos que realicen los poderes de los estados; aunque la resolución se limite a amparar al quejoso, sin hacer una declaración general, el acto implica una intromisión en el campo estatal. La acción de las autoridades estatales siempre está sujeta a ser sometida al tamiz judicial (artículos 103, 107 fracciones XVI, XVII y XVIII).

5. *Destitución y consignaciones de autoridades estatales que desobedezcan o violen resoluciones dictadas en amparo o no pongan a un detenido a disposición de las autoridades judiciales dentro del plazo establecido*

Las autoridades estatales, al igual que las federales, se encuentran expuestas a violar resoluciones dictadas por el poder judicial en juicios de amparo; al hacerlo se colocan en extremos que pueden orillarlos a ser destituidas y consignadas. La separación y consignación de los diputados locales y gobernadores no es automática, es necesario que previamente se agoten los trámites del artículo 111. La institución se complementa con los artículos 204 a 210 de la Ley de Amparo y fracción III del artículo 20. de la ley reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la constitución.

## TRATADOS O COALICION ENTRE ESTADOS

Desde la constitución de 1824 ha estado prohibido a los estados que integran la unión federal el celebrar tratado o coalición entre sí; no ha sido remoto que entidades federales convinieran en unirse para resistir con eficacia las presiones del gobierno central, en último de los casos hacer más viable un intento secesionista. "los estados están bastante unidos por el lazo federal; que si las coaliciones se refieren al régimen interior de los estados, habrá muchas invasiones de soberanía...".<sup>1</sup>

No obstante las diferentes prohibiciones habidas en las diferentes constituciones que establecieron un gobierno federal, ha habido, en circunstancias excepcionales, diversos convenios y coaliciones entre estados. El 30 de julio de 1833, a iniciativa del gobierno del estado de Jalisco, se formó una coalición de estados con el fin de defender la federación, formaron parte de ella los estados de Querétaro, Guanajuato, Michoacán, Jalisco, San Luis Potosí, Zacatecas y Durango.<sup>2</sup> A raíz del golpe de estado de Comonfort en 1857, los estados de Querétaro, Michoacán y Jalisco, formaron una coalición en defensa del orden constitucional que representaba el licenciado Juárez, a ella se sumó inmediatamente el estado de Guanajuato;<sup>3</sup> el 18 de abril de 1913, en Monclova, Coahuila, por conducto de sus representantes, los estados de Coahuila, Sonora y Chihuahua, aceptaron el Plan de Guadalupe y convinieron unirse para derrotar a Victoriano Huerta.<sup>4</sup>

Existe una excepción a la regla general, el artículo 116 constitucional prevé la posibilidad de que los estados, por medio de convenios, arreglen sus respectivos límites, siendo necesario el consentimiento del congreso de la unión para que tengan valor los convenios "...lo que se quiere es evitar que haya arreglos perjudiciales a algunos estados débiles, o que afecten gravemente la división territorial", dijo León Guzmán, un autorizado miembro de la comisión de constitución.<sup>5</sup> Si bien en los términos de dicho artículo, que confirma el 73 IV, el congreso sólo puede intervenir en dos sentidos: aprobar o reprobar, sin poder introducir mo-

<sup>1</sup> Francisco Zarco. Historia del Congreso Constituyente (1856-1857). El Colegio de México. 1956. Pág. 1008.

<sup>2</sup> Jesús Reyes Heróles. El Liberalismo en México. Tomo II. Pág. 196.

<sup>3</sup> Ernesto de la Torre Villar. El Triunfo de la República Liberal 1857-1860. Fondo de Cultura Económica. 1960. Pág. XIV.

<sup>4</sup> Alfonso Taracena. Venustiano Carranza. Editorial Jus. 1963. Pág. 148.

<sup>5</sup> Francisco Zarco. Obra citada. Pág. 1009.

dificaciones a lo pactado; de su voluntad depende la eficacia del convenio celebrado.<sup>6</sup>

Por disposición de las constituciones locales lo común es que sean los gobernadores quienes celebren los convenios respectivos y realizados que sean se sometan a la aprobación de las legislaturas locales y posteriormente al congreso de la unión, pero hay casos, como en Nuevo León, que el gobernador requiere previamente facultades del congreso local para iniciar las negociaciones (Art. 63 XVIII).

Un convenio entre estados puede llegar a significar la fusión de dos ó más entidades en una sola, desvirtuando los fines perseguidos con la forma de gobierno federal, con posible peligro de los restantes estados y aún del gobierno del centro al tomarse un super estado. Durante la vigencia de la constitución de 1857, por disposición constitucional, se previó la existencia como un solo estado de los de Coahuila y Nuevo León.

Cuando las diferencias surgidas entre estados respecto a sus límites no puedan ser arregladas en forma amistosa, corresponde hacerlo en forma exclusiva, en única instancia, a la suprema corte de justicia de la nación (Art. 73 IV, 104 frac. IV, 105), en juicio ordinario en el que son parte los estados, la sentencia tiene el carácter de definitiva por tratarse de ese alto tribunal. Cuando los estados han llegado a un acuerdo respecto a sus límites y el congreso se niegue a dar su aprobación, será suficiente con que en los términos del arreglo uno de ellos demande al otro y éste se allane a la demanda, para que la corte tenga que dictar su resolución de conformidad con las pretensiones de las partes.

Tena Ramírez dice: "Una vez aprobado el convenio por el congreso, las diferencias de límites que lo motivaron quedan terminadas definitivamente, según lo dice la fracción IV del artículo 73, ésto es, ya no podrán resucitarse en lo futuro esas mismas diferencias",<sup>7</sup> esto teóricamente es cierto, pero es frecuente que las mojoneras o marcas establecidas para fijar los límites se destruyan, ya sea por acción del hombre o del medio ambiente, siendo irreconocible en determinados momentos los límites originales, dando origen a nuevas diferencias sobre ese particular, en este caso pueden sucitarse nuevamente los conflictos de límites en sus dos formas.

<sup>6</sup> Felipe Tena Ramírez. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S. A., 1967. Pág. 189.

<sup>7</sup> Felipe Tena Ramírez. Obra citada. Pág. 190.

## UNA ADICION ANTIALCOHOLICA

El último párrafo del artículo 117 es obra del constituyente de 1917. Es común que los movimientos reformadores y revolucionarios prediquen y muchas veces impongan, de una y otra forma, un puritanismo en las costumbres. Reformadores y revolucionarios han procurado ofrecer a sus seguidores y partidarios una nueva forma de vida, esto, en gran medida, ha contribuido al éxito de muchos movimientos; además de ofrecerse un cambio político, se busca un cambio en la persona misma de partidarios y súbditos. El movimiento armado que concluyó en 1917 procuró aparecer como un movimiento revolucionario auténtico, procuró purificar las costumbres de los mexicanos, en prueba de ello existen la fracción XVI del artículo 73 y la última parte del artículo 117.

En la sesión vespertina correspondiente al 25 de enero de 1917, un grupo de constituyentes encabezado por don Francisco Mújica, presentó una iniciativa tendiente a adicionar el artículo 117, con el fin de prohibir para siempre:

1o. La fabricación y venta del pulque, lo mismo que la fabricación del alcohol de maguey y de caña de azúcar para la preparación de bebidas embriagantes, y la del de cereales con cualquier objeto que sea. La Federación impedirá la importación del alcohol para la preparación de bebidas embriagantes.

2o. Los juegos de azar, los toros, peleas de gallo y toda clase de juegos o diversiones en que pueda haber ineludible derramamiento de sangre."

Para fundar su iniciativa formularon una exposición de motivos en la que abundaron en lo relacionado a las nefastas consecuencias de la ingestión alcohólica.

Aparentemente la iniciativa fue acogida favorablemente por la asamblea, pero un diputado, el señor Rubén Martí, partidario también de la adición, no dejó de hacer notar el hecho de que en esa asamblea no habría más de dos o tres abstemios, y lo que era más "tengo la seguridad que más de diez firmantes de la iniciativa se pusieron ayer... (risas, murmullos). La risa de usted termina la frase".<sup>1</sup> Fue opinión general-

<sup>1</sup> Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917. 1960. T. II. Pág. 944

zada y común en los habitantes de la ciudad de Querétaro que nunca se consumió en ese lugar tanto alcohol como cuando se reunió tan respetable y puritana asamblea.

Es bien sabido que los días en que se reunió el constituyente de 17, en los Estados Unidos de Norteamérica, se hacía una intensa campaña, de parte de los prohibicionistas, tendiente a lograr la aprobación de la enmienda XVIII, por virtud de la cual se prohibía la fabricación, venta, transporte y bebida de licores intoxicantes; los intentos en tal sentido ya tenían varios años de estarse realizando, pero el climax de la campaña se alcanzó precisamente en los años de 1916 y 1917, en este último, vieron coronados sus esfuerzos con la aprobación de la enmienda.

En tales condiciones los vientos prohibicionistas llegaron a México precisamente en el momento adecuado para imitar el ejemplo. La influencia de la enmienda norteamericana fue evidente, los argumentos que esgrimieron y la redacción propuesta por el grupo encabezado por Mújica, son los utilizados y aprobados en los Estados Unidos; en la exposición se dijo expresamente lo siguiente:

"Debéis, pues, señores diputados, completar vuestra obra, y siguiendo el ejemplo que han dado muchos de los Estados de la Unión Americana, establecer en la Constitución que váis a dar y que será la base sobre la que se levantará el grandioso edificio del progreso mexicano, las medidas necesarias para extirpar los males que dejamos apuntados; de lo contrario, estad seguros, seguirá degenerándose el pueblo mexicano por el pulque y el mezcal, y seguirá haciéndose inútil la obra civilizadora, con el juego y con los espectáculos salvajes."

La iniciativa, por razones que no es necesario mencionar, fue rechazada, y con la redacción que actualmente tiene se presentó en la sesión permanente que se celebró durante los días 29, 30 y 31 de enero, es decir, se presentó a una asamblea fatigada, tan fatigada que el presidente hubo que llamar varias veces la atención a la asamblea pidiendo a los constituyentes despertaran, porque se estaban tratando asuntos de suma importancia. Cuando el proyecto estuvo a discusión tomó la palabra don Esteban B. Calderón, quien propuso que en vez del término "combatir", se dijera "Leyes encaminadas a la supresión del alcoholismo". En el Diario de Debates se puede leer; Voces No No, a lo que Calderón agregó; "Bueno, pues no, si ustedes no quieren". En el mismo Diario se anota que hubo un grito: "Abajo Calderón" y se dio por discutido el asunto, habiéndose reservado la adición para ser votada con posterioridad.

Tal es el origen de la adición que ahora existe.

Los constituyentes, por dejarse llevar por sus buenas intenciones, no alcanzaron a prever las consecuencias de su novedad, no alcanzaron a

presentir que la aplicación de la misma, en los términos planteados, rompería todo el equilibrio establecido entre la federación y los estados y que, además, no se aplicaban o se dejaban sin efecto algunos derechos del hombre que ya habían aprobado. Los problemas que esta disposición plantea son graves y delicados, por lo que conviene hacer un análisis de su naturaleza y de su contexto constitucional.

En los Estados Unidos, durante los primeros años de este siglo, se desarrolló una intensa campaña tendiente a prohibir la producción y consumo de bebidas embriagantes, los esfuerzos alcanzaron pronto victorias parciales, al lograr la aprobación de ciertas medidas legislativas que abarcaron a toda la nación. Independientemente de ello, los prohibicionistas habían logrado que en treinta y tres estados se dictarían leyes antialcohólicas.

Los prohibicionistas, alentados por los éxitos parciales obtenidos, promovieron la enmienda a la constitución de que se ha hablado, la que habiendo sido aprobada por el congreso fue ratificada por las legislaturas de los estados y su vigencia se inició el 16 de enero de 1920. A decir de Swisher; "Después de la adopción de la enmienda otros dos estados, contagiados por el lenguaje de la enmienda, de que se les imponía una obligación moral, sancionaron la legislación de aplicación. Dieciocho estados hicieron agregados a sus leyes o las reformaron y para hacerlas corresponder con la Ley Nacional de Prohibición".<sup>2</sup>

La sección segunda de la enmienda decía lo siguiente:

"El Congreso y los diferentes estados tendrán facultad concurrente para hacer cumplir las disposiciones de este artículo mediante legislación adecuada."<sup>3</sup>

Antes de la enmienda el combatir el alcoholismo era facultad de los estados, a partir de ella participaba de esa facultad el gobierno federal, pero no en diferente nivel sino respecto de la misma materia, sobre los mismos sujetos y en forma simultánea. La finalidad perseguida por los prohibicionistas era combatir el alcoholismo, para ello se hicieron concurrir a los dos géneros de autoridad que existen, sin importar que se llegara a extremos como el de que un solo hecho fuera considerado delito por dos jurisdicciones diferentes y por ambas se juzgará y de ambas resultarán dos condenas diferentes. Esto de inmediato fue impugnado, pero la suprema corte de justicia de esa nación resolvió lo siguiente:

<sup>2</sup> Carl Brent Swisher. Desarrollo Constitucional de los Estados Unidos. Editorial Biblioteca Argentina. Buenos Aires, 1958. T. II. Pág. 628.

<sup>3</sup> Robert Eugene Cushman. Práctica Constitucional. Editoriol Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1958, pág. 404.

"Se deduce que un hecho denunciado como delito por las soberanías tanto nacional como del estado, es un delito contra la paz y dignidad de ambas y puede ser castigado por cada una. La enmienda Quinta, como todas las otras garantías de las ocho primeras enmiendas, se aplica solamente a los procedimientos del gobierno federal (Barron V. Baltimore, 7 Peters 243) y el doble enjuiciamiento por el mismo delito que allí se prohíbe es un segundo proceso bajo la autoridad del gobierno federal después de un primer juicio por el mismo delito y bajo la misma autoridad. Aquí el mismo hecho era un delito contra el estado de Washington, por violación de su ley, y también un delito contra los Estados Unidos por la Ley Seca Nacional. Los demandados cometieron entonces dos delitos diferentes por el mismo hecho, y una declaración de culpabilidad por una corte de Washington por un delito contra ese estado no es una declaración de culpabilidad por el delito diferente contra los Estados Unidos, y por lo tanto no es un doble enjuiciamiento por el mismo delito.

"Si el Congreso cree conveniente prohibir la acusación por las cortes federales por un hecho cuando ya se ha impuesto una pena por violación de la prohibición de un estado, por supuesto puede hacerlo por una legislación adecuada. Si un estado penara la elaboración, transporte y venta de bebidas alcohólicas por medio de multas pequeñas o nominales, los infractores se apresurarían a dirigirse a las cortes de ese estado para declararse culpables y asegurarse la inmunidad con respecto a las cortes federales, demostrando falta de respeto por el estatuto o por sus efectos. Pero no nos corresponde discutir la sabiduría de la legislación; bástenos afirmar que, en ausencia de una estipulación especial del Congreso, la condena en una corte de estado, bajo una ley estatal, por elaborar, transportar y vender bebidas alcohólicas, no es un impedimento para el enjuiciamiento en una corte de los Estados Unidos, bajo la Ley federal, por los mismos hechos..."<sup>4</sup>

Si se tiene a la vista el texto de la enmienda XVIII y el texto de la adición al artículo 117 que se viene comentando, se llega a la conclusión de que es innegable la influencia del modelo.

Es bien sabido que por virtud del sistema de gobierno federal de un estado coexisten dos jurisdicciones, una, la central que comúnmente se conoce como jurisdicción federal y, otra, la local, conocida como gobiernos de los estados. En teoría cada uno de tales géneros jurisdiccionales deben tener lo más claramente definido su campo de acción; así, tomando en

<sup>4</sup> Robert Eugene Cushman. Ob. cit. Pág. 483.

cuenta los antecedentes del sistema federal, en los Estados Unidos, la constitución, con definir las funciones del gobierno central y limitar su actuación a sólo las que se le confiere en forma expresa, resolvió el problema, ya que las restantes facultades quedan dentro de la jurisdicción de los estados o a la discreción de la ciudadanía. En otras constituciones se han definido las facultades de los estados y confiado las restantes al gobierno central. Lo importante, desde el punto de vista del sistema de gobierno federal, es definir campos de acción y hasta ahora se ha entendido que donde debe hacerse esta definición de jurisdicción es en la constitución. Si una materia ha sido confiada a una de las jurisdicciones se entiende que la otra la tiene prohibida. En teoría la regla general es que cada una de las jurisdicciones tienen su propio campo de acción y que es imposible que lleguen a coincidir en el mismo objeto. No es el caso determinar que facultades deben ser confiadas a cada una de las jurisdicciones, lo importante, para los efectos de estas consideraciones, es que existan, o que deben existir, precisadas las materias.

La regla general tiene algunas excepciones tanto en el sistema adoptado en los Estados Unidos, como en el que se estableció en México. En el sistema federal mexicano, en principio, existen algunas materias en donde parecen coincidir tanto el gobierno central como el local, tales son los casos relativos a educación, salubridad, vías de comunicación y aplicación de leyes de trabajo; la coincidencia es sólo aparente, la constitución tiene el cuidado de prever, con mayor o menor precisión, que la confiada a la federación es la general de la república y la confiada a los estados es la local o particular.

En otras materias el campo de acción tanto de la federación como de los estados llega a coincidir, lo que, desde luego, es excepcional. Tales son los casos que el maestro Herrera y Lasso calificaban como jurisdicción dual, como el previsto en la fracción primera del artículo 104 de la constitución, en el que se prevé que los tribunales de los estados, con idéntico valor que el que tienen las actuaciones de los tribunales federales, apliquen leyes que expida el gobierno central.

Pero antes de seguir adelante es necesario insistir en la idea ya expresada, es función de una constitución el definir los campos de acción; y en tal orden de ideas ¿Qué explicación puede tener una disposición como la última parte del artículo 117 que dice: "El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo?"

Cabe observar que dicha disposición atribuye tanto a la jurisdicción federal como a la jurisdicción local una obligación: legislar con miras a combatir el alcoholismo, sin precisar qué tipo de competencia corresponde a una y otra. Cuando en las fracciones XVI y XVII del artículo 73 se atribuye al congreso de la unión facultades para legislar en materia de salubridad y de comunicaciones, se tiene especial cuidado en decir que

se trata de la salubridad general y de vías generales de comunicación, así es que el constituyente, no obstante que su función era la de definir campos, en esta materia no lo hizo, por lo que queda tarea al cuidado de los interesados en el derecho constitucional, pero para ello no se cuenta con el poder discrecional, que es propio de una asamblea de constituyentes.

En principio se puede considerar que lo relativo a la campaña contra el alcoholismo es un caso más de jurisdicción dual. La federación y los estados, en forma válida, pueden legislar en la misma materia, aunque tratándose en estos últimos se limite al territorio de sus respectivos estados. La federación y los estados pueden elegir las medidas que considere más adecuadas tomar para tal fin, sin que el congreso tenga facultad de establecer bases o criterios para que la hagan, ya que la facultad es atribuida a ambos en forma concurrente. Pero respecto de las posibles penalidades a imponer a los infractores, no cuentan con el amplio campo de acción que se contó en norteamérica, en donde, por ser posterior la enmienda XVIII, que establecía la doble jurisdicción, a la enmienda V, que reconoció la garantía de no permitir un doble juicio por el mismo delito, se entendió que lo que disponía que la nueva ley era una excepción.

En México, como se sabe, el artículo 23 constitucional dispone que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, esta disposición entró en vigor al mismo tiempo que el artículo 117, lo que significa que esta última no puede derogarla. Por ser dos textos con vigencia simultánea, deben interpretarse de acuerdo con los principios de la hermenéutica jurídica; así tanto la federación y los estados pueden legislar y sancionar un hecho relacionado con el alcoholismo, pero cuando uno de los dos haya intervenido y juzgado a un infractor, su juicio necesariamente excluye a la intervención del otro y viceversa, no pueden juzgar el mismo hecho delictuoso dos diferentes autoridades; cualquier disposición que exista en contrario es violatorio de garantías individuales y puede ser remediado.

La interpretación anterior es la correcta a pesar de que pudiera complicarse por virtud de lo dispuesto por la fracción XVI del artículo 73, en donde también se atribuye al congreso la facultad para legislar en materia de salubridad general de la república y que dentro de ese capítulo genérico el inciso cuarto de esa misma fracción comprende la campaña contra el alcoholismo dando intervención al consejo de salubridad general, ya que debe ser interpretada en relación con su contexto.

Tampoco es obstáculo lo dispuesto por la fracción XXIX del artículo 73 que otorga facultades al congreso para establecer contribuciones en forma exclusiva sobre los diferentes conceptos que ahí enumera dentro de los cuales está la de aguamiel y productos de su fermentación y producción y consumo de cerveza.

El celo antialcohólico en México nació muerto, sólo resucita en algunos estados como esfuerzos esporádicos, más con fines demagógicos que como

un intento serio encaminado en tal sentido. En los Estados Unidos se hicieron intentos más o menos serios por aplicar la enmienda, cuando se comprendió que eran más los perjuicios que los beneficios se derogó. En México la disposición aún subsiste, pero pocos se consideran obligados a aplicarla, a ello se debe su existencia.

## UNA APORTACION DE ESTADOS

### *La libertad municipal*

Es bien sabido que lo relativo a la libertad municipal, basada en la libre administración de su hacienda, es una aportación del constituyente de 1917. En la constitución de 1857, no se legisló nada sobre el particular, en el artículo 109, parecido a la primera parte del actual artículo 115, no se hizo ninguna referencia a los municipios.

En el proyecto presentado por el primer jefe, si bien se eliminaron los jefes políticos, que actuaban como intermediarios entre el gobierno de un estado y los municipios no se habló de libertad municipal, no se estableció ningún procedimiento para garantizarla. El proyecto del primer jefe pasó a la segunda comisión de constitución integrada por los diputados Paulino Machorro, diputado por Jalisco, Heriberto Jara, por Veracruz, Hilario Medina, por Guanajuato y Arturo Méndez, por San Luis Potosí, nombres que son bien conocidos, pero por lo que se refiere a los señores Machorro Narvárez y Medina, se puede agregar que se sabe que fueron buenos abogados.

Mediante dictamen de fecha 19 de enero, presentado en la sesión vespertina del 20, los miembros de la segunda comisión de constitución, modificaron el proyecto presentado por el primer jefe y en él se dice lo siguiente:

“La diferencia más importante y por tanto la gran novedad respecto de la Constitución de 1857, es la relativa al establecimiento del Municipio Libre como la futura base de la administración política y municipal de los Estados y, por ende, del país. Las diversas iniciativas que han tenido a la vista la Comisión y su empeño de dejar sentados los principios en que debe descansar la organización municipal, ha inclinado a ésta a proponer las tres reglas que intercala en el artículo 115 y que se refieren a la independencia de los Ayuntamientos, a la formación de su hacienda, que también debe ser independiente y al otorgamiento de personalidad jurídica para que puedan contratar, adquirir, defenderse, etc.

Ahora bien, existen elementos para considerar que el principio que basa la libertad municipal en la hacienda propia no fue un hallazgo fortuito del constituyente de 17, sino que tiene un serio precedente en una

de las constituciones estatales, las que, desde luego, eran del conocimiento de muchos de los diputados que intervinieron, por lo que es necesario hacer un análisis de ellas.

En la constitución de 26 de noviembre de 1857 del estado de Jalisco, de donde era originario y representante el presidente de la segunda comisión de constitución don Paulino Machorro Narváez, no se habló nada de libertad municipal, lo que es más, no se habló siquiera de los municipios.

En la constitución de 17 de febrero de 1871 del estado de Veracruz, de donde era don Heriberto Jara, no sólo no se reconocía el principio enunciado sino que más bien era negado ya que se prescribía:

“Art. 100. Los Ayuntamientos son corporaciones locales, pura y exclusivamente administrativas, sin que jamás pueda encargárseles comisión o negocio alguno que corresponda a la política, ni mezclárseles en ella”.

“Art. 103. Estos cargos —miembros del ayuntamiento— serán honoríficos, y no tendrán más recompensa que la gratitud pública”.

En la constitución del estado de San Luis Potosí, de donde era representante don Arturo Méndez, de 27 de julio de 1867, aunque se hace referencia a las municipalidades, no se dispone nada respecto a sus necesidades económicas.

Como se ve de las constituciones de esos estados no se puede afirmar que haya influenciado el pensamiento del constituyente.

En la primera constitución que tuvo el estado de Hidalgo se reconoció la existencia de un poder municipal; a las asambleas municipales se les dio la facultad de formar sus presupuestos y la de decretar los impuestos para cubrirlos, bajo ciertas bases que daría el estado.

Pero en la constitución del estado de Guanajuato de 14 de marzo de 1861, de donde era originario y representante don Hilario Medina, se encuentra una disposición por demás interesante que a la letra dice:

“Art 77. Una ley reglamentará la libertad que tienen los Ayuntamientos para nombrar sus empleados y para administrar sus fondos.”

Lo interesante de la disposición es que presupone que la libertad de administrar ya existe, pues al congreso se da la facultad de reglamentarla

Aparentemente fue el licenciado Medina quien en la segunda comisión propuso el principio que se viene analizando y tal parece que uno de los primeros convencidos de tal principio fue don Heriberto Jara, quien en la sesión del 24 de enero de 1917, defiende el proyecto con un discurso

muy razonado; pero quien se siente directamente responsable del proyecto es el licenciado Medina, es éste quien responde a las preguntas que plantean los diputados y pronuncia, tal vez, el discurso más fundado sobre el tema. No obstante los esfuerzos realizados, el proyecto se vio frustrado parcialmente en virtud de que el constituyente lo resolvió precisamente en la última sesión, aquella sesión permanente en la que, con diputados aburridos y somnolientos, se tuvieron que resolver igualmente otros asuntos de importancia.

Existen, pues, elementos para considerar que el principio municipal que enuncia la constitución actualmente fue influenciada en parte por la constitución local, lo que es más, la actual constitución del estado de Guanajuato dice en su artículo 74, lo siguiente: “La libertad municipal no tendrá más límites que los señalados en la Constitución Federal y la presente.”

## LOS LATINOS DEL JURISTA

MANUEL LÓPEZ MEDINA

*El autor agradece al doctor Jorge Adame Goddard y a los licenciados Pedro Barrera Ardura y Jaime del Arrenal Fe-nochio su auxilio en este trabajo.*

SUMARIO: 1. Las grandes ventajas de una tradición; 2. Hacia una definición del latín jurídico; 3. Enseñanza-aprendizaje actual del latín jurídico en México; 4. Conclusiones; Bibliografía y otras fuentes de información. APENDICE: *Bibliografía seleccionada de latín para juristas.*

### 1. Las grandes ventajas de una tradición

En todos los pueblos y naciones que se rigen por normas de cepa romana los juristas cuentan, además de tamaña fortuna, con una miríada de expresiones latinas de contenido jurídico, usadas tradicionalmente por motivos de orden histórico, psicológico, social y técnico;<sup>1</sup> acuñadas en su mayoría por los jurisconsultos romanos —*ab intestato, ius est ars aequi et boni, obligatio...*—, también lo fueron por los glosadores y comentaristas medievales —*concordatum, incidens, remere, reintegrare, notoria probatione non egent, ubi eadem ratio ibi idem ius...*— y aun por los juristas modernos —*a linea, ab irato, nulla actio sine lege...*<sup>2</sup> En

<sup>1</sup> Cfr. Ledesma, José de Jesús, *Contribución de Roma a la formación del lenguaje jurídico contemporáneo*, en *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, Tomo 1, Número 1, julio de 1969, págs. 139-164, y en *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, núms. 89-90, 1973.

<sup>2</sup> La producción de términos latinos modernos no es un fenómeno privativo de la ciencia jurídica. En efecto, asistimos hoy en día a un verdadero renacimiento del latín, de que dan fe las actividades del *Istituto di Studi Romani* (Piazza dei Cavalieri di Malta, 2, Roma) y *Latinitas*, revista romana, así como el empeño de sabios famosos: Giuseppe Peano propone usar hoy un *latino sine flessione*, esto es, despojado de sus complicaciones sintácticas y estructurales; Antonio Bacci compila un diccionario fundamental de los términos más insólitos y modernos para traducir al latín; C. Dessard propone convertir el latín en una lengua viva, esencial, ya que puede expresar ideas y modalidades de la vida moderna, y para ello ofrece un sencillo y rápi-

solidaridad con ellas para los efectos de la transmisión conceptual, conviven también al servicio del jurista innúmeras palabras y locuciones latinas no exclusivas del dominio jurídico sino pertenecientes al mundo cultural y científico general en el que han sido empleadas inveteradamente: *a contrario sensu*, *a fortiori* (*ratione*), *ex officio*, *ex professo*, *ibi*, *ibidem*, *in absentia*, *in extremis*, *in fine*, *infra*, *in genere*, *in situ*, *lato sensu*, *per capita*, *pro rata* (*parte*), *sic*, *stricto sensu*, *sui generis*, *supra*, *et cetera*, etc. Otras voces hay de uso corriente o popular, no las olvidemos, que algunos desaprensivamente creen inglesas y son de prosapia latina pura, como *junior* (*jr.*), *senior* (*sr.*), *geminis*, *missiles*, etc.

1.1: Tanto la terminología propiamente jurídica como la técnica científica general, a todo el derecho sirven y no sólo, aunque aquélla sí preponderantemente, al estudio del derecho romano.

1.2: Esa consagrada usanza brinda a los juristas y a los aspirantes —juristas *in fieri*, *in potentia*— la oportunidad magnífica de entrar y mantenerse en contacto con la antigüedad clásica, elevante y humanizante, que “con la poesía, con la elocuencia, con el arte, con la filosofía, con la legislación, con la política, es —dice Gabelli— el patrimonio más precioso de todos los pueblos cultos”.<sup>3</sup> Y dicha relación no puede menos que estimular el estudio de la lengua latina, madre de la española y una de las clásicas, cuyo aprendizaje es “la mejor esgrima del entendimiento”, en concepto de Ignacio Montes de Oca y Obregón,<sup>4</sup> Ipandro Acaico entre los árcades de Roma. Su gramática, como la del griego, “es la parte más elemental de la Lógica; es el principio del análisis de los procedimientos del ánimo”, observa Stuart Mill.<sup>5</sup> En este mismo orden de ideas sostiene P. Verest que “La estructura de cada frase es una lección de Lógica...

do aprendizaje en su método *Le latin sans peine*, de ciento una lecciones; en la 64, por ejemplo, se lee: *Aeronavis quaedam vectoria ad aeroportum appropinquat. Vectores lucidis litteris scriptum vident: zona cingimini —Un avión de línea se aproxima al aeropuerto. Los pasajeros ven una inscripción en caracteres luminosos: abróchense los cinturones—*. Paulo VI latinizó algunas palabras modernísimas; p. e., escribiendo al obispo de Hiroshima se refirió a la bomba atómica con la expresión *pyrobolum atomicum*, justamente “bomba atómica” traducida al latín: *pyr*, del griego, fuego; y *bolum*, del latín, chorro; por tanto, *chorro de fuego atómico*, palabra híbrida que encierra aptamente el concepto. Cfr., de Ansa, agencia de noticias, las que sobre esto publicó en *Excelsior*, México, domingo 9 de diciembre de 1973, 17-B: *El Papa Paulo VI Hace Renacer El Interés por una Lengua Muerta: Latín* y martes 14 de octubre de 1975, 8-B: *El “Latín”, una lengua que se Resiste a Morir y Podría ser el Idioma Universal*.

<sup>3</sup> Citado por Herrera y Lasso, Manuel, en *Ensayos Filosóficos*, México, Jus, 1968, pág. 156, reproducción de *Indagación de la Cultura* (El Universal, agosto de 1930 a octubre de 1931), XXV: *La cuestión del latín*.

<sup>4</sup> Idem, *op. cit.*, pág. 176, reproducción de *Mi intromisión en la polémica “Parra versus Vázquez Gómez” sobre la enseñanza del latín y del griego*, artículo que había publicado el diario metropolitano *El País* los días 5, 6, 7 y 9 de mayo de 1908.

<sup>5</sup> Idem, *op. cit.*, pág. 177.

Gracias a estas cualidades, las lenguas clásicas son, sin comparación, superiores a todas las modernas y aun a las demás lenguas muertas, cuya literatura tenga algún valor”.<sup>6</sup> Carbonell precisa que “Su morfología admirable tiene maravilloso poder para introducir... el orden y la clasificación”.<sup>7</sup> M. Bréal señala que “El estilo periódico exige del alumno no sólo una atención sostenida, sino una actividad mental incesante, un raciocinio perpetuo; pero no un raciocinio difícil, abstruso, superior a sus fuerzas, como el que se le exige en Matemáticas, sino un raciocinio suave y que la costumbre llega a hacer connatural. De ahí su eficacia educadora de la facultad de pensar... No es menor la eficacia que tiene la lengua latina para formar el estilo patrio”.<sup>8</sup> Y aun Porfirio Parra, quien a principios de este siglo sostuviera que “En la Preparatoria no debe estudiarse latín ni griego”, aceptó ante su opugnante Francisco Vázquez Gómez que el latín es “la clave del conocimiento etimológico de la lengua castellana”.<sup>9</sup> Holzmüller, profesor de Matemáticas, hace una comparación: “El campo de las ideas en los estudios matemáticos es muy estrecho, mientras que el de los estudios lingüísticos tiene muchas más formas del pensamiento a su disposición”.<sup>10</sup> Helmholtz concluía que “Sólo el estudio de las lenguas antiguas ha probado perfectamente ser el mejor medio de impartir la mejor cultura mental”.<sup>11</sup> Y, *last, but not least*, Manuel Herrera y Lasso, quien dedicara a la cuestión del latín varios de sus ensayos filosóficos,<sup>12</sup> logró poner de relieve la virtud cultural del latín dentro de una exposición general, cuyo desarrollo lógico formuló mediante la siguiente concatenación de proposiciones: “a) El sentido histórico es el fruto más precioso de la cultura. b) En él se encuentra, como uno de sus elementos esenciales, la idea de continuidad. c) Tal idea, a través del psiquismo de cada hombre, se realiza como concreción social en la tradición y un muy importante aspecto de ésta lo constituye el humanismo. d) El nervio del humanismo son las letras clásicas y especialmente el latín, tanto por su condición de idioma maternal para los pueblos de nuestra estirpe, cuanto por sus propias cualidades como lengua y como vehículo del pensamiento común a todos los hombres de civilización occidental. e) El estudio del latín suscita fecundos gérmenes sociales, ennoblece al hombre y enriquece y depura su espíritu con la parsimonia, la

<sup>6</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>7</sup> Id. *ibid.*

<sup>8</sup> *Id.*, págs. 177 y 178.

<sup>9</sup> *Id.*, pág. 178.

<sup>10</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>11</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>12</sup> Cfr. *Ensayos Filosóficos*, *cit.*, XXV: *la cuestión del latín*, pág. 155; XXVI: *Latín y cultura*, pág. 158; XXVII: *Paréntesis apodictico*, pág. 161; y *Mi intromisión en la polémica “Parra versus Vázquez Gómez” sobre la enseñanza del latín y del griego*, pág. 172.

integridad y la armonía. f) El latín, en consecuencia, es indispensable en el saber culto".<sup>13</sup> Poetas, prosistas y jurisconsultos latinos "siguen siendo ejemplares perfectos del 'lucidus ordo' característico del espíritu latino, del que los pueblos de nuestra estirpe son herederos".<sup>14</sup>

1.3: En orden al derecho, el conocimiento de la lengua latina es fundamental porque permite conocer mejor la semántica jurídica, indispensable al jurista para profundizar su disciplina, cuyo estudio debe "comenzar por la génesis histórica de las propias instituciones".<sup>15</sup>

Si el jurista actual sabe derecho romano será mejor jurista porque podrá comprender mejor el derecho mexicano, de alcurnia romana. Y el acceso a las fuentes romanas, escritas en latín, será más fácil, útil y trascendente, si sabe latín.

De tal modo, si exagerado sería decir que *nemo iurista nisi latinista* —al modo medieval de *nemo iurista nisi bartolista*—,<sup>16</sup> asimismo extremo resultaría negar de plano la necesidad que el jurista tiene de ciertos conocimientos del latín en general y del latín jurídico en particular. Podemos en cambio decir válidamente que *melior iurista si latinista*, partiendo de *melior iurista si romanista* y de *melior romanista si latinista*, con silogismo cuyas premisas concluyen, la mayor por el linaje romano de nuestro derecho y la menor por evidente.

1.4: Los conocimientos de latín hacen más fácil, profundo y sólido el de sus lenguas hijas. Son éstas tan importantes al jurista mexicano, por la amplísima literatura jurídica escrita en ellas, que en algunas escuelas y facultades de derecho se exige su estudio; así, en la Escuela Libre de Derecho se estudia el francés como materia obligatoria del primer año y en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la UNAM se exige la traducción de un idioma para poder inscribirse en la maestría y de dos en el doctorado.<sup>17</sup>

1.5: Por otra parte, el estudio y conocimiento del latín no entraña ni presupone el abandono del de sus lenguas hijas. De ahí que sea una falacia decir que *es preferible estudiar algún idioma moderno*, pues con ello se olvidan los nexos íntimos y funciones intrínsecas del complejo lingüístico; y haciéndose énfasis en una falsa preferencia, basada en incom-

<sup>13</sup> Idem, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>14</sup> Idem, *op. cit.*, pág. 156.

<sup>15</sup> Ledesma, *op. cit.*, pág. 142.

<sup>16</sup> Cfr. Margadant S., Guillermo Floris, *El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México. Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, pág. 24.

<sup>17</sup> Cfr. los arts. 23 y 32 del Reglamento General de Estudios de Posgrado de la UNAM, aprobado el 9 de enero de 1979 y publicado en la Gaceta UNAM, Suplemento núm. 2, Ciudad Universitaria, 12 de febrero de 1979. Las Normas Complementarias de los Planes y Programas de Estudios de la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho UNAM fijan que sean dos idiomas cuya traducción se requiere para inscribirse en el doctorado.

preensión y/o pereza mental, más que atacar se confirma la necesidad del estudio del latín al reconocerse expresamente la necesidad de estudiar alguno de los idiomas modernos, en los que aquél ha influido. En verdad, lo *preferible es estudiar latín y alguno, o mejor algunos, de los idiomas modernos*, porque "La mayor parte de los pueblos extranjeros —no sólo los que hablan un idioma neolatino como el castellano, el portugués, el catalán, el francés, el rumano, sino también los que hablan otras lenguas europeas— poseen un gran número de palabras latinas en su vocabulario: casi el cincuenta por ciento de los vocablos ingleses son de este origen, aunque muchas de estas palabras han cambiado de significado; lo mismo vale, aunque en menor proporción, para el alemán, el griego y las lenguas eslavas".<sup>18</sup>

## 2. Hacia una definición del latín jurídico

Fue el latín, como decía metafóricamente Michelet, *atrium* patricio donde el jurisconsulto daba sus *responsa* a los clientes.<sup>19</sup> Sirvió en la Edad Media a los glosadores para escribir interpretaciones marginales o interlineares al texto del Digesto (*glossae*), extractos (*summae*) y nuevos ejemplos (*casus*), ilustrativos de las teorías descubiertas, así como para formular reglas generales (*brocarda*), correspondientes a las soluciones concretas que presenta el Digesto, labor que continuaron los comentaristas; y de unos y otros recibió aumento lexicológico. Todavía en nuestros días, a fuer de instrumento *aere perennius*,<sup>20</sup> prolonga su *inveterata consuetudo* de dar y recibir, logrando precioso rejuvenecimiento. Por su multisecular vitalidad, puede con plena jurisdicción repetir incesantemente lo que de sí propio decía el Poeta: *Non omnis moriar*.<sup>21</sup>

2.1: El acervo lingüístico latino jurídico ha sido designado con varios nombres: lenguaje latino jurídico; vocabulario latino jurídico; latín jurídico, *Rechtssprache* (Gradenwitz); *Juristenlatein* (Kalb, Brasloff), latín para juristas (Halperin), *latin for lawyers* (E. Hilton Jackson), *lessico giuridico latino* (Nencioni), etcétera.

2.2: Por cuanto hemos visto, consideramos acertado definirlo descriptivamente como el conjunto de expresiones (*género próximo*) de contenido técnico específico relativo al orden de lo justo y equitativo, creado en su mayor parte por los jurisconsultos romanos, aumentado por los medievales y por los modernos sobre el habla de los antiguos, y que por diversas causas históricas, psicológicas, sociales y técnicas, tradicional-

<sup>18</sup> Ansa, *El "Latín"*, *cit.*, en la nota 2.

<sup>19</sup> Citado por Herrera y Lasso, *op. cit.*, pág. 157.

<sup>20</sup> Horacio, *Odas*, *Oda a Melpómene*, *Exegi monumentum aere perennius*, III, 30, 1.

<sup>21</sup> Idem, III, 30, 6.

mente ha sido usado en los países de sistemas jurídicos de herencia o legado romanístico (*diferencia específica*).

2.2.1: Obsérvese que la tradición del latín jurídico acompaña a la del derecho romano, definido muy acertadamente por Charles Phineas Sherman como una "*Progressive world-current of law and jurisprudence, which emanated originally from Rome*".<sup>22</sup>

### 3. Enseñanza-aprendizaje actual del latín jurídico en México

La circunstancia feliz de ser herederos del derecho romano exige a nuestros juristas poseer conocimientos generales de lengua latina y específicos de latín jurídico.

3.1: Sin embargo, debemos reconocer que hoy por hoy no se atiende esa necesidad pedagógica en la Preparatoria y sólo en parte se ponen los medios adecuados para satisfacerla en algunas escuelas y facultades de derecho mexicanas.

3.1.1. A últimas fechas, como se sabe, los estudios de latín han sufrido un absurdo y total abatimiento en la Preparatoria.

Esa desfavorable situación nos trae a la memoria lo que escribiera hace ya casi medio siglo Manuel Herrera y Lasso y que hoy se aplica letra por letra:

"Por volver las espaldas a esta ineludible necesidad pedagógica, la enseñanza secundaria en México ha perdido en intensidad y por lo mismo en eficacia, lo que ha ganado o pretendido ganar en extensión. Para nadie es un secreto la falta de disciplina mental y la superficialidad de conocimientos de nuestros estudiantes de secundaria y de preparatoria. Esta es la contraprueba práctica de la excelencia normativa del latín. La prueba directa estriba en el hecho general y bien comprobado en Inglaterra, Francia e Italia al que alude el mismo *Clarín*. En todas partes —dice— se ha notado que allí donde se ha dividido la enseñanza y se ha dejado a unos alumnos abandonar los estudios clásicos y a otros seguirlos con seriedad y constancia, se ha repetido el fenómeno de la superioridad demostrada por los humanistas no sólo en general, sino hasta en los demás estudios ajenos ya al clasicismo.

"Mis largos años de cátedra en la Escuela Libre de Derecho me han permitido corroborar este hecho frecuentemente y puedo afirmar que en igualdad de circunstancias, por lo que hace a capacidad y aplicación, el alumno educado con base de latín es superior a sus compañeros y se distingue siempre por su seriedad mental y su bien disciplinado criterio.

"Naturalmente que al propugnar la enseñanza del latín, no me re-

<sup>22</sup> Sherman, Charles Phineas, *Roman Law in the Modern World*, 3a., New York, 1937, citado por Margadant, *op. cit.*, pág. 13.

fiero a la que pudiera impartir o haya impartido en otros tiempos un "profesorado mecánico". Tal enseñanza de textos yertos, de sólo ejercicio gramatical o cuando mucho retóricos, de exclusiva preocupación mnemotécnica, debe ser proscrita inexorablemente como funesta incubadora de verbalizantes".<sup>23</sup>

3.1.2: En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México se impartió un curso obligatorio de latín para juristas, dirigido por el romanista y latinista Agustín Bravo González, a postgraduados becarios que hicieron estudios superiores de Derecho Romano dentro del Programa de Formación de Profesores, de mayo a octubre de 1965.

En la misma Facultad y en algunas escuelas de derecho se ha tratado de satisfacer la necesidad académica de los conocimientos elementales de latín jurídico mediante  *cursos libres y abiertos de latín para juristas*.

Tenemos noticias de que en la Facultad de Derecho de la UNAM se han impartido varios cursos de ese tipo en años recientes por el humanista Bravo González.

La Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí ofreció uno durante la última semana de septiembre de 1978, dirigido por el mencionado Bravo González.

En la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero tuvimos la oportunidad de impartir dos, del 11 al 28 de abril de 1972 el primero y del 1o. de octubre de ese año al día último de mayo de 1973 el segundo.

En la Escuela Libre de Derecho, donde en otro tiempo el latín fue materia obligatoria, impartimos uno durante el primer trimestre de 1979.

3.1.2.1: Refiriéndonos ahora a los cursos que imparte el humanista Bravo González, debemos decir que los desarrolla con gran habilidad: insiste fundamentalmente en que los alumnos acudan al diccionario latino-español, antes que nada, para lo cual explica su manejo; les enseña a convertir los acusativos, dativos y ablativos al nominativo y las formas verbales a la de la primera persona del presente de indicativo para poder localizarlos en el diccionario y saber su significado; hace hincapié en que los alumnos descubran el verbo de la oración principal y el de la o las subordinadas, su o sus sujetos y su o sus complementos; evita reglas complicadas y excepciones; de sintaxis, les explica las 35 breves reglas que trae el *Latin for lawyers* de E. Hilton Jackson (Sweet & Maxwell Limited, London, third edition, 1960), de amplia difusión en las escuelas de leyes norteamericanas.

Tal método de enseñanza no puede menos que alentar al estudiante, lejos de desanimarlo; orienta, inicia, siembra la inquietud y la pasión

<sup>23</sup> *Op. cit.*, págs. 166 y 167, reproducción de *Indagación de la Cultura* ("El Universal", abril y mayo de 1931), XXVII: *Paréntesis apodictico*, 3. *Pedagogía de adaptación y pedagogía de superación*.

por esta disciplina. Y aparte de esos frutos logra otros, como el de capacitarlos para la traducción inmediata: nos consta que en uno de esos cursos los alumnos pudieron traducir satisfactoriamente un texto de las Reglas de Ulpiano.

3.1.2.2: Los cursos libres de latín para juristas, aun sin llegar a constituir la solución ideal, son de un valor inapreciable. Porque, si bien es cierto que al no formar parte de los planes y programas de estudio carecen de base legal institucional, quedan sujetos al vaivén de las circunstancias de tiempo y profesorado y no hacen llegar sus beneficios a la mayoría de los alumnos, que es la más necesitada; tienen como contrapartida la virtud de que siendo libres pueden programarse en duración, extensión y profundidad temática según la oportunidad y discreción del instructor, no provocan presión alguna y generalmente se forman por un reducido número de estudiantes que activan el proceso enseñanza-aprendizaje.

3.2: Sin embargo, para ofrecer una solución más comprehensiva al binomio enseñanza-aprendizaje del latín jurídico se requiere intensificar los medios, entre los cuales debe tenerse en cuenta la conveniencia de que el latín vuelva por sus fueros en la Preparatoria y que el estudio del latín jurídico ocupe de hecho en los planes y programas de estudio de las escuelas y facultades de derecho el lugar que le corresponde. Nuestro convencimiento deriva de la consideración de los provechos educativos que tiene el latín y de los alcances del latín jurídico en lo referente a la semántica jurídica.

3.2.1: Esas medidas asegurarán los conocimientos indispensables de latín y de latín jurídico que deben tener las nuevas generaciones de juristas en formación. Mediante aquéllos, no les parecerán esotéricos los latines del derecho, como se refiere que eran al *populus romanus* los textos exactos de las *legis actiones* antes de la famosa "indiscreción de Cneo Flavio" del año 304 A.C.;<sup>24</sup> no se quedarán *in albis* al encontrárselos; no los tergiversarán;<sup>25</sup> ni tendrán por qué saltárselos, como si dijeran *lati-*

<sup>24</sup> Cfr. Margadant S., Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, México, Esfinge, 4a. ed., 1972, págs. 50, 55, 56 y 146.

<sup>25</sup> ¿Cómo traduciría algún alumno poco avisado estas frases: *invito domino; loco citato; mala burra est; occidere patrem suum; oh mirabile commercium; res loquitur; vilitas negotii?*

Julio Cortázar refiere la anécdota de que en los años veintes el pueblo inventó a un ministro argentino que pasaba por latinista "versiones memorables de locuciones tales como *alea jacta est*, que daba 'la jalea está hecha', *per secula seculorum*, 'por el cerco se colaron', *res non verba*, 'la vaca no habla' (versión muy argentina como se ve) y una reflexión muy profunda a un amigo el día en que a éste le falló una carambola en el billar: *nosce te ipsum*, 'no se te hizo'. Pocas actividades son menos aleatorias y falibles que la del traductor, cosa que le da a este oficio una especie de simpática locura cuando se lo practica con humor y bonhomía..." *Excelsior*, México, 6-I-79, 7-A y 9-A, *Interpretaciones- Translate, Traduire: Traducir*. Y Adolfo Angeli, al comen-

*num est, non legitur*, parangonando *mutatis mutandis* el *graecum est, ergo non legitur*<sup>26</sup> o también el *graeca non leguntur* que pronunciaban los juristas medievales refiriéndose a "las constituciones imperiales, bizantinas, griegas, mutiladas, de los manuscritos occidentales que no empezaron a reproducirse y hacerse legibles sino hasta el siglo XIV";<sup>27</sup> ni los verán más como si fueran espada de Damocles o flecha de talón de Aquiles que ocasionalmente —no casualmente—<sup>28</sup> frene y reduzca su cabal formación jurídica. Por lo contrario, valiéndose de esos conocimientos de latín y de latín jurídico comprenderán a fondo los latines de derecho, no sólo en su gramatical estructura sino *a fortiori* en su sentido y alcance jurídico.

3.2.2: Esas medidas, por otra parte, no pueden ser suplidas eficazmente por las innumerables referencias de latín jurídico que traen los libros de texto, con traducción o sin ella, ni por las que oportunamente hacen los profesores en cátedra, pues precisamente es en función de unas y otras por lo que propugnamos la instauración de cursos especiales de latín jurídico, libres o de preferencia obligatorios, habida cuenta de que ni a los autores ni a los profesores debe hacerse cargo de traducirlas o de entrar en pormenores que sólo un curso *ad hoc* puede brindar. De no adoptarse esas medidas, los conocimientos de latín y de latín jurídico serán siempre provisionales, forzosamente fragmentarios, desarticulados, incoherentes, desprovistos de la solidez que sólo un curso sistemático puede proporcionar.

3.2.3: Algo muy importante que debemos advertir en relación a los objetivos de los cursos de latín en Preparatoria y de latín jurídico en las

tar el proverbio latino *omne trinum est perfectum*, señala que un alumno lo tradujo así: *cada tren es del Prefecto*. Cfr. *En los meandros del lenguaje*, trad. de Ida Appendini, México, Coli, 1939, pág. 152.

<sup>26</sup> Cfr. Biondi, Biondo, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1952, vol. II, pág. 73.

<sup>27</sup> Gutiérrez-Alvz y Armario, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 2a. ed., 1975, locución *graeca non leguntur*, pág. 272.

<sup>28</sup> Los latines *no son la causa* de que alumnos que los ignoran se expongan a no poder profundizar en el derecho, aunque *si son la ocasión*. Recuérdese la distinción que hacen los filósofos entre *causa*, *ocasión* y *condición*. *Causa* "est principium influens ad esse alterius"; *ocasio* "est opportunitas agendi"; *conditio* "est id quod non influit ad esse effectus, sed requiritur ut causa possit producere effectum" Cfr. Dezza, Paulus, *Metaphysica Generalis*, Romae, apud aedes Pont. Universitatis Gregorianae, editio altera, 1948, págs. 195 y 197.

Por tanto, la *causa del daño (efecto)* es la *nesciencia de latines*, no los latines mismos. Estos fungen como *ocasión*, dando oportunidad para que opere y se manifieste la nesciencia. Y la *conditio* es la falta de medios para suprimir la nesciencia.

La *ocasio* y la *conditio* laboran en dos direcciones: negativa una, que es la que acabamos de ver; positiva otra, en el caso de que haya *scientia latinorum*: los latines son buena *ocasión* para poder profundizar en el derecho, a *condición (sine qua non)* de que se hayan puesto los medios indispensables para poseerlos y utilizarlos.

escuelas y facultades de derecho es que no se pretende formar consumados latinistas, aspiración que requiere evidentemente estudios más prolongados y profundos, hacederos en la rama de Lenguas y Literaturas Clásicas, de la carrera de Filosofía y Letras.

El *desideratum* se limita, por fuerza, a dotar a los alumnos de aquellos conocimientos básicos que los capaciten para traducir textos jurídicos y aprovechar el latín jurídico en sus aspectos semánticos y, con esto, poder profundizar en el derecho.

3.3: Además de los medios que puedan proporcionarle las instituciones educativas, al estudiante le queda el recurso del método autodidáctico.

Puede comenzar con el estudio de libros sencillos, fundamentales y muy accesibles, como los siguientes: *Presencia del Latín en el Español*, de Mauro Rodríguez E., México, Edicol, 1976; *Resumen de Gramática Latina*, apéndice en fascículo aparte, del Diccionario Latino-Español (y) Español-Latino, de Bibliograf, S. A., Barcelona, 1970; y el mencionado *Latín for lawyers* (3.1.2.1.). Estos manuales lo prepararán para futuras, más amplias y profundas investigaciones, ya que *ars longa*, aunque *vita brevis*.

#### 4. Conclusiones

4.1: La tradicional usanza de *expresiones* latinas en el derecho ofrece a juristas y aspirantes la oportunidad de establecer y sostener contacto con la antigüedad clásica, elevante y humanizante, y estimula el estudio de la lengua latina, madre de la española e indispensable en el saber culto por ser la clave del conocimiento etimológico y fuente del semántico jurídico.

4.2: Las excelencias pedagógicas de la lengua latina, demostradas por la experiencia, hacen razonable e imperativa la reinstauración de los estudios de latín en la Preparatoria.

4.3: Habida cuenta de la tradición jurídica romana y del uso de expresiones latinas en ella, se infiere como consecuencia que el jurista contará con mayores recursos para la comprensión del derecho si tiene ciertos conocimientos de latín jurídico: *melior iurista si latinista*. Para lo cual, debe robustecerse su estudio en las escuelas y facultades de derecho mediante cursos libres o preferentemente obligatorios, sin perjuicio del incremento que por propias investigaciones puede lograr el estudiante.

4.4: El conocimiento de la lengua latina facilita el de las romances y otras lenguas vivas, contribuyendo a que sea más sólido y profundo.

4.5: La falacia por la que se pretende desdeñar el estudio del latín, diciendo que es "preferible estudiar alguna de las lenguas modernas", sucumbe ante la aserción verdadera de que "es preferible estudiar latín y alguna, o mejor algunas, de las modernas".

4.6: Entendemos por *latín jurídico* el conjunto de expresiones de contenido técnico específico relativo al orden de lo justo y equitativo, creado en su mayor parte por los jurisconsultos romanos, aumentado por los medievales y por los modernos sobre el habla de los antiguos, y que por diversas causas históricas, psicológicas, sociales y técnicas, ha sido tradicionalmente usado en los países de sistemas jurídicos de herencia o legado romanístico.

#### Bibliografía y otras Fuentes de Información

- ANGELI, Adolfo, *En los meandros del lenguaje*, trad. de Ida Appendini, México, Coli, 1939.
- ANSA, Agencia de Noticias, Roma. *El Papa Paulo VI Hace Renacer el Interés por una Lengua Muerta: Latín*, en Excelsior, 17-B, México, domingo 9 de diciembre, 1973.
- , "El Latín", una Lengua que se Resiste a Morir y Podría ser el Idioma Universal, en Excelsior, 8-B, México, martes 14 de octubre de 1975.
- , "Renace el Estudio del Latín", en Excelsior, 15-B, México, sábado 30 de junio de 1979.
- BIONDI, Biondo, *La terminología romana come prima dommatica giuridica*, en Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, Napoli, 1952, vol. II, págs. 73-103.
- CONSEJO UNIVERSITARIO-UNAM, *Reglamento General de Estudios de Posgrado de la UNAM*, aprobado el 9 de enero de 1979, en Gaceta UNAM, Suplemento 2, del 12 de febrero de 1979.
- CORTAZAR, Julio, *Translate, Traduire: Traducir*, en Excelsior, 7-A y 9-A, México, sábado 6 de enero, 1979.
- DEZZA, Paulus, *Metaphysica Generalis*, editio altera, Romae, apud aedes Pont. Universitatis Gregoriana, 1948.
- GANDOLFI, Giuseppe, *Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Milano, La Goliardica, 1962.
- GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1975.
- HERRERA Y LASSO, Manuel, *Ensayos Filosóficos*, México, Jus, 1968.
- HORACIO, Odas.
- LEDESMA, José de Jesús, *Contribución de Roma a la formación del lenguaje jurídico contemporáneo*, en Jurídica, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, Tomo I, núm. 1,

julio de 1969. Y en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, núms. 89-90, 1973.

MARGADANT S., Guillermo F., *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 4a. ed., México, Esfinge, 1970.

———, *El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.

## APENDICE

### BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA DE LATIN PARA JURISTAS

#### 1: Básica

##### 1.1: Manuales de latín para juristas

Halperin, Gregorio. *Manual de latín para juristas*, Buenos Aires, Tipográfica Editora, 1946 (VIII-313. Adagios: 1752).

Jackson, E. Hilton. *Latin for Lawyers*, third edition, London, Sweet & Maxwell Lt., 1960 (VIII-287. Part I: Pronunciation & 32 Lessons, tables, XXXV rules of Syntax; Part II: 1102 Latin Maxims, with English translations; Part III: General Vocabulary & Subject-Index to Maxims).

#### 2: Auxiliar

##### 2.1: Para el aprendizaje del latín

Castro, Eusebio. *Curso teórico-práctico de la lengua latina*, México, Ed. Xalapeña, 1963, 168 p. 19 cm.

Díaz López, José Ma. y Martín Alonso. *Curso elemental de Latín*, Madrid, Cía. Bibliográfica Esp., 1956, 203 p. 20 cm.

———, *Curso Superior de Latín*, Madrid, Cía. Bibliográfica Esp. 1956, 266 p. 20 cm.

Errandonea, Ignacio. *Gramática Latina*, XVI ed., Barcelona, Eugenio Subirana, 1963.

García Garrido, José Luis. *Gramática Latina*, 3a. ed., Madrid, Magisterio Español, 1972.

González Rivera, Manuel. *Latinismos, Latinajos y Aforismos*, México, Tall. Tip. Modelo, 1946, 180 p. ilús. 20 cm.

Goñi Blas y Emeterio Echeverría. *Gramática Latina teórico-práctica*, 14a. ed., Pamplona, Arámburu, 1957.

Johnson, Eduard. *Guía de Conversación Latina*, Barcelona, Gustavo Gili, 1936, 144 p. ilus. 19 cm.

Mateos, Agustín. *Gramática Latina*, 10a. ed., México, Esfinge, 1964.

Millares Carlo, Agustín. *Introducción al Estudio de la Lengua Latina*, México, Delfín, 1944, 219 p. 23 cm.

Navarro Barajas, Bernabé. *Manual de Traducción Latina*, México, UNAM, 1953, 299 p. 20 cm.

Penagos, Luis. *Gramática Latina*, Sal Terrae, Santander, 1970.

Rodríguez E., Mauro. *Presencia del Latín en el Español*, México, Edicolea, 1976.

Schnitzler, Hermann. *Nuevo Método para aprender Latín*, Barcelona, Herder, 1968, viii, 223 p. 19 cm.

———. *Nuevo Método para aprender el Latín*, México, s. a., UNAM, 223, p. 17 cm.

#### 2.2: Diccionarios

##### 2.2.1: Diccionarios generales

##### 2.2.1.1: Diccionarios generales mayores

Blánquez Fraile, Agustín. *Diccionario Español-Latino*, Barcelona, Ramón Sopena, 1960.

———. *Diccionario Latino-Español*, 5a. ed., Barcelona, Ramón Sopena, 2 vols., 1967.

De Miguel, Raimundo. *Nuevo Diccionario Latino-Español etimológico*, Madrid, Librería General Victoriano Suárez, 1958, xxxix, 997 p. 26 cm.

Ernout, E.-A. Meillet. *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, 3a. ed., París, 1958.

Forcellini, E. *Lexicon totius latinitatis*, 4a. ed., Padova, Corradini e G. Perin, 4 voll., ristampato, 1940.

Georges, K. E. *Ausführliches lateinischdeutsches Handwörterbuch*, 8a. ed., Leipzig, 2 vol., 1913.

Georges, K. E.-Calonghi F. *Dizionario della Lingua latina*, Torino, 1921. Las Cinco Academias Alemanas (Berlín, Gotinga, Leipzig, Munich, Viena). *Thesaurus Linguae Latinae*, Leipzig, 1900-1943.

Salvá, Vicente. *Nuevo Valbuena, ó Diccionario Latino-Español*, formado sobre el de D. Manuel Valbuena, con muchos aumentos, correcciones y mejoras, 3a. ed., París, Librería de los Srs. Don Vicente Salvá e Hijos, 1837.

Walde A.-J. B. Hoffmann. *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 3a. ed., Heildelberg, 2 vols., 1938-1954.

##### 2.2.1.2: Diccionarios generales menores

Bibliograf, S. A. *Diccionario ilustrado Latino-Español (y) Español-Latino*, 7a. ed., Barcelona, 1970, 715 p.

Blanco García, Vicente. *Diccionario Latino-Español (y) Español-Latino*, Madrid, Aguilar, 1941.

Du Cange, D. *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, París 1885, (reimpreso en 1938).

Niermayer, J. F. *Mediae Latinitatis Lexicon Minus*, Leyden, 1954.

## 2.2.2: Diccionarios especiales.

### 2.2.2.1: Diccionarios especiales de latín jurídico:

Berger, A. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New York, American Philosophical Society, 1953.

Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1975, vii-719.

Monier, R. *Petit Vocabulaire de droit romain*, 4a. ed., París.

Seckel, E. Heumanns. *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9a. ed., Jena, 1907.

Weiske, J. *Rechtslexicon für Juristen*, 2a. ed., 15 vols., 1842-1868.

### 2.2.2.2: Diccionarios especiales de abreviaturas

Cappelli, A. *Dizionario di abbreviature latine ed italiane*, Milano, Hoepli, 1961.

## 2.3: Vocabularios Jurídicos

Capitant, Henri. *Vocabulario Jurídico*. Trad. de Aquiles Horacio Gaglianone, Depalma, Buenos Aires, 1966 (Título original: *Vocabulaire Juridique*, Les Presses Universitaires de France, París, 1930).

Couture J., Eduardo. *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1978, 590 p.

Diversos autores escribieron *vocabularios* sobre las fuentes del Derecho Romano. Vienen citados en la utilísima obra de Gandolfi, Giuseppe: *Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Milano, La Goliardica, 1962, págs. 195 a 198.

## 2.4: Enciclopedias

Daremborg, Ch.,—E. Saglio. *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 2a. ed., París, 6 vols., 1875-1912.

Klauser, T. et al. *Reallexikon für Antike und Christentum. Sachwörterbuch zur Auseinandersetzung des Christentums mit der antiken Welt*, Stuttgart, 1950.

Pauly, A., G. Wissowa. *Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart. 1894.

## 2.5: Repertorios

### 2.5.1: Repertorios jurídicos

Cabanellas, Guillermo. *Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

Romero Gil, Hilarión. *Axiomas o principios de legislación universal*, Guadalajara, 1895, vi-328.

### 2.5.2: Repertorios mixtos

García-Pelayo y Gross, Ramón. *Pequeño Larousse Ilustrado*, Buenos Aires, México, París, Larousse, 1972. 1663 págs.

*Sección de Locuciones latinas y extranjerías*, XVI págs.

Jouanneau, A. *Recueil de maximes et citations latines a l'usage du monde judiciaire*, 2me., París, 1924, 4000 maximes et citations, 545 pages.

Onieva, Antonio J. *Diccionario múltiple*, Madrid, Paraninfo, 1971, 501 *Diccionario de frases latinas*, págs. 393-463.

## 2.6: Estudios sobre lenguaje jurídico

Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Romanisti e latinisti*, en Studi in onore di F. Mancaloni (Studi Sassaresi, 16), 1938, 15 sigts.

Bielsa, Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, Depalma, 1961.

Biondi, Biondo. *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, en Studi in onore di V. Arangio-Ruiz, Napoli, 1952, vol. II, págs. 73-103.

Bobbio, Norberto. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile, 4 (1950).

Bona, Ferdinando. *De verborum significatu di Verrio Flacco*, Milano, Giuffrè, 1954.

Bonfante, Pietro. *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, en Rivista Italiana di Sociologia, 21 (1917).

Brasloff, S. *Beiträge zum Iuristenlatein*, en Philologus, 40 (1931).

Bréal, Michel. *Sur l'origine des mots designants le droit et la loi en latin*, en N. R. H. 7 (1883).

Carnelutti, Francesco. *Di là del diritto*, en Rivista italiana per le scienze giuridiche, Milano, 1947.

———. *Ius iungit*, en Rivista di diritto processuale, 1949.

Carusi. *Diritto e filologia (risposta di un giurista alle critiche di un filologo)*, 1923.

- Ceci. *La lingua del diritto romano, I, Le etimologie dei giureconsulti romani*, 1892.
- Devoto, G. *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, en *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa*, 2, 1933, 225 sigs y en *Atti Congr. intern. di dir. rom.*, Roma, I, 17 sigs.
- . *Ius, di là della grammatica*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Milano, 1949.
- Dukerus. *Opuscula varia de latinitate iurisconsultorum veterum*, Lugduni, Bat. 1711.
- Eckhard, H. *Hermeneutica iuris civilis, Dissertatio III, de latinitate et stilo veterum iurisconsultorum*, en *Variorum opuscula ad cultionerem iurisprudentiam adsequendam pertinentia*, Parisiis, 1769, 4.
- Georgescu, Valentin. *Etudes de philologie juridique et de droit romain, I. Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Paris, 1940.
- Gradenwitz, O. *Zum Wörterbuch der Klass. Rechtswissenschaft*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Röm. Abteilung*, Weimar, 8, 1886, 279 sigs.
- . *Zum Wölfflin's Aufsatz über das Wörterbuch der Klass. Rechtswiss.*, en *Z. S. S.* 9, 1888, 98 sigs.
- . *Zum Rechtsprache*, en *Z. S. S.*, 16, 1896.
- Kalb W. *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, 2a. ed., Nurenberg, 1888.
- . *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig, 1890.
- Kantorowicz. *Einführung in die Textkritik. Systematische Darstellung des Textkrit. Grundsätze für philologen und Juristen*, 1921.
- Ledesma, José de Jesús. *Contribución de Roma a la formación del lenguaje jurídico contemporáneo*, en *JURIDICA*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, tomo I, número 1, julio 1969, págs. 139-164; y en *Revista de la Facultad de Derecho, México*, UNAM, núms. 89-90, 1973.
- . *El Sentido Jurídico del Lenguaje*, en *Revista de la Escuela Libre de Derecho, México*, año 2, núm. 8, 1964.
- Leipold, H. *Über die Sprache des Juristen Aem. Papiniani*, Erlangen, 1891.
- Levy-Bruhl, H. *Le latin et le droit romain*, en *Revue des Etudes Latines*, 1924.
- Martínez González, Héctor Antonio. *Por el lenguaje jurídico a la interpretación*, Guadalajara, 1968.
- Nencioni. *Lessico giuridico latino e tradizione mediterranea*, en *Annali Scuola Normale Superiore di Pisa*, 1940.
- Opocher. *Positivismo logico e scienza giuridica*, en *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 5, 1951 (versus Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, ibidem, 4, 1950).
- Pariente. *Notas al vocabulario jurídico latino*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 17, 1946, págs. 932 sigs.

- Schiaffini. *Disegno storico della lingua commerciale dai primordi di Roma all'età moderna. I, Roma e i regni romano-germanici*, en *Italia dialettica*, 6, 1930, págs. 56 sigs.
- Schultze. *Zum Sprachgebrauch der röm. Juristen*, en *Z. S. S.* 12, 1891.
- Wölfflin. *Zum Wörterbuch des Klass. Rechtswissenschaft*, en *Z. S. S.* 9, 1888.

## NOVEDADES LEGISLATIVAS

JOSETTE SERRATO

De la lectura de las disposiciones jurídicas publicadas en el Diario Oficial de la Federación durante 1968, pueden hacerse las observaciones y señalarse las tendencias que se enuncian a continuación.

1. Destacan principalmente las innovaciones en materia fiscal. Estas no son solamente desde el punto de vista administrativo, —en tanto que reorganizan y estructuran los sistemas de administración, captación, liquidación, recaudación, y fiscalización; en efecto, se celebran convenios de coordinación fiscal con todos los Estados de la República; y se expide la Ley de Coordinación Fiscal; sino también desde el punto de vista del sistema fiscal en sí mismo: a este efecto destacan las bases especiales de tributación en materia del Impuesto al Ingreso Global de las Empresas dedicadas a diversos giros y actividades, y principalmente las reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta y su reglamento. Sobre esta última se define que la base gravable es el ingreso, y se precisa la globalización. Asimismo, se expide la Ley del Impuesto al Valor Agregado (que empezará aplicarse en 1980) que sustituye a la Ley del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles y a 17 ordenamientos aplicables en la materia.

2. Continúa como proceso dinámico la reforma administrativa: se expiden disposiciones en las siguientes áreas:

- 2.1. Se derogan, expiden y modifican diversos Reglamentos Interiores de Secretarías de Estado, indicándose en esta forma el proceso de reorganización interno de las dependencias;
- 2.2. Se asignan y definen funciones y atribuciones de diversas Secretarías de Estado, modificando en consecuencia la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal;
- 2.3. Se crean diversas comisiones intersecretariales, a efecto de coordinar esfuerzos para lograr objetivos comunes;
- 2.4. En cuanto a los fideicomisos por una parte, se constituyen algunos, dedicados principalmente al fomento industrial y agropecuario (13 de julio y 25 de agosto); extinguiéndose otros por otra parte, efecto derivado de la propia reestructuración administrativa;

- 2.5. Se liquidan diversas empresas de participación estatal mayoritaria, lo que parece destacar en este caso y en el de los fideicomisos, la importancia que otorga el Estado a la reestructuración económica;
- 2.6. Destaca como parte muy importante de este proceso todo lo relativo a la desconcentración; varias Secretarías de Estado establecen delegaciones, con función principal de representación, para el delegado, del titular de la Secretaría, y la delegación de la Secretaría correspondiente, en las actividades y circunscripción territorial que se les asigne. Así, se emitieron disposiciones atinentes a este aspecto por las siguientes Secretarías de Estado: Programación (10 de agosto), Comercio (21 de agosto), Educación Pública (22 de marzo y 11 de diciembre), Asentamientos Humanos y Obras Públicas (26 de julio);
- 2.7. Por último se establecen convenios con las entidades federativas a efecto de coordinar actividades (principalmente en materia fiscal). Este aspecto está relacionado con lo enunciado en el apartado anterior, y parece indicar, por una parte, el crecimiento de las actividades pertenecientes al ámbito federal y por otra la necesidad, e importancia de la participación de las Entidades Federativas en las actividades pertenecientes al ámbito federal; dicho en otros términos, las actividades de las áreas reservadas a la federación, ya que en sí importantes, se han multiplicado de tal manera que requieren un aparato administrativo considerable en cada estado; no sólo eso, sino que se celebran convenios con los gobernadores para coordinar actividades en esas áreas. Un estudio más detallado requeriría replantear los aspectos de competencia federal y local, y la concurrencia de los dos ámbitos en determinadas materias.
3. Se publican diversas disposiciones relativas a la actuación de la Comisión Federal Electoral, incluyendo (de nuevo) convenios con las entidades federativas. Estas disposiciones derivan de la expedición reciente de la Ley de la materia y de las próximas elecciones que tendrán lugar el próximo 10. de julio.
4. En materia laboral se establece como obligación a cargo de los patronos la de capacitar a los trabajadores; como consecuencia a la reforma constitucional, se modifica la Ley Federal del Trabajo y se emiten los reglamentos respectivos y disposiciones complementarias.
5. En materia constitucional destaca también la expedición de la Ley Reglamentaria de la fracción V del artículo 76 de la Constitución General, relativa a la desaparición de los poderes de un Estado y nombramiento de gobernador provisional.

6. En derecho privado se modifica la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, modificando artículos relativos a las concesiones, al ejercicio de la banca y del crédito, operaciones bancarias, instituciones de banca múltiple y otras. Se introduce en nuestro derecho un sistema más ágil relativo a la intervención del Estado en esta materia.

A continuación se relacionan las disposiciones de importancia publicadas en el Diario Oficial durante el año de 1978, en orden cronológico.

Decreto que reforma los artículos 11, 24, 56, 59, 62, 63, 80, 83, 86, 88, 101 y 126, del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta ... 2 de enero (SHCP).

Decreto por el que se adiciona la fracción XII y se reforma la fracción XIII, ambas del Apartado "A", del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ... 9 de enero (STPS).

Decreto por el que se reforma la fracción XXXI, del Apartado "A" del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ... 9 de enero (STPS).

Convenios celebrados entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados de Baja California, y Guanajuato, para la Administración, liquidación, recaudación y fiscalización del Impuesto sobre Tenencia o uso de automóviles ... 22 de enero (SHCP); con el mismo objeto; Nayarit y Colima (8 de febrero); Chiapas, 17 de mayo.

Acuerdos que revocan diversas concesiones bancarias, por fusión y operación como banca múltiple ... 13 y 16 de enero; 3 y 27 de marzo (SHCP).

Acuerdo por el que la Secretaría de Programación y Presupuesto dictará las medidas necesarias para coordinar las tareas de informática que desarrollen las dependencias y facultades de la Administración Pública Federal ... 16 de enero (SPP).

Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, con la participación que corresponda por parte de la Secretaría de Programación y Presupuesto y con el auxilio de la Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República, formulará el Programa Nacional de Desconcentración Territorial de la Administración Pública Federal ... 16 de enero (SAHOP).

Reglamento para la integración y el funcionamiento de los Comités de Promoción Económica de la Comisión Coordinadora del Programa Nacional de Desarrollo de las Franjas Fronterizas y Zonas Libres ... 18 de enero (SPP).

Acuerdo número 101-078 mediante el cual se delega al Departamento del Distrito Federal y a la Tesorería del Distrito Federal la administración del Impuesto Federal sobre Ingresos Mercantiles que se cause en el mismo Distrito ... 19 de enero (SHCP).

Decretos que aprueban convenios diversos de cooperación científica, técnica y cultural, económica y tecnológica, educativa, y comercial entre

el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y los gobiernos de Hungría, Bulgaria, Portugal y Argelia, España, URSS, República Federal de Alemania ... 12 y 24 de enero; Bulgaria y Ecuador, 19 de diciembre (SRE).

Decreto por el que se aprueba el Convenio Sobre la Orientación Profesional y la Formación Profesional en el Desarrollo de los Recursos Humanos, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en su Sexagésima Reunión, en la ciudad de Ginebra, Suiza, el día veintitrés de junio de 1975 ... 24 de enero; decreto de promulgación, 23 de noviembre (SRE).

Oficio por el que se autorizan las reformas a los estatutos que rigen el funcionamiento de la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos ... 26 de enero (SPFI).

Acuerdo por el que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realizará los actos que legalmente procedan a efecto de extinguir el Fideicomiso para la Operación del Canal 13 de Televisión, constituida por dicha Secretaría como fideicomitente único del Gobierno Federal en la Sociedad Mexicana de Crédito Industrial, S. A., con fecha 9 de marzo de 1972 (SG), y el Fideicomiso que para cubrir los gastos de la Comisión Nacional Consultiva de Pesca, se constituyó por la misma Secretaría como fideicomitente único del Gobierno Federal en el Banco Nacional de Fomento Cooperativo, S. A., de C. V., con fecha 28 de agosto de 1962 (DP) ... 27 de enero.

Acuerdo por el que para los efectos del Artículo VI del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, la Secretaría de Marina será la autoridad que ejerza todas y cada una de las funciones previstas en dicho Convenio ... 30 de enero (SRE).

Decreto que reforma los artículos 59, 62, 63, 88, 100 y penúltimo párrafo del artículo 101 del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta ... 31 de enero (SHCP).

Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación ... 2 de febrero (SHCP).

Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Fiscal de la Federación ... 2 de febrero (SHCP).

Decreto por el que se otorga ampliación, por un año más del plazo de dos, a que se refiere el artículo Decimosegundo Transitorio de la Ley de Inventiones y Marcas, relativo a marcas de origen extranjero, vinculadas a cargas registradas en el país ... 6 de febrero; reformado otra vez, el 29 de diciembre (SG).

Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975, 9 de febrero; decreto de promulgación, 2 de mayo (SR).

Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas,

suscrita en la ciudad de Panamá, el día treinta del mes de enero de 1975 ... 9 de febrero (SRE).

Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional firmado en la ciudad de Panamá el 30 del mes de enero de 1975 ... 9 de febrero; decreto de promulgación, 27 de abril (SRE).

Convenio relativo a la Igualdad del Trato de Nacionales y Extranjeros en materia de Seguridad Social, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo ... 15 de febrero (SRE).

Acuerdo por el que se establece un procedimiento permanente de reubicación y de reasignación de personal al servicio de la administración pública federal, coordinado por la Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal ... 16 de febrero (SG).

Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Regulatorias suscrita en Panamá, el día 30 de enero de 1975 ... 20 de febrero; decreto de promulgación, 25 de abril (SRE).

Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Centro Internacional para Empresas Públicas de Países en Desarrollo, firmados en Ljudljana, Yugoslavia, el día 4 de marzo de 1976 ... 20 de febrero (SRE).

Aviso sobre el procedimiento de enajenación de bienes muebles de la Administración Pública Federal ... 20 de febrero (SPP).

Decreto por el que se crea el Comité Organizador de los X Juegos Universitarios Mundiales ... 21 de febrero (SEP).

Acuerdo por el que se crea la Comisión Intersecretarial de Investigación Oceanográfica ... 22 de febrero (SM).

Decreto por el que se crea un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se denominará "Pronósticos Deportivos para la Asistencia Pública" ... 24 de febrero (SSA).

Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública ... 27 de febrero (SEP).

Decreto por el que se crea la Comisión Nacional Coordinadora de la Industria Naval ... 1o. de marzo (SPFI).

Convocatoria para el registro de Partidos Políticos condicionado al resultado de las elecciones federales de 1979 ... 13 de marzo (CFE).

Lineamientos Generales para Registro de Asociaciones Políticas Nacionales ... 13 de marzo (CFE).

Convenio que celebran el Director del Registro Nacional de Electores y el Gobernador del Estado Libre y soberano de México, 20 de marzo; de Yucatán, 30 de marzo; de Coahuila, 20 de abril; de Nayarit, 5 de junio; para el desarrollo de los trabajos preelectorales, tanto en elecciones federales como en elecciones para la renovación de los Poderes Locales y Ayuntamientos, ordinarias y extraordinarias.

Acuerdo por el que se establecen delegaciones generales de la Secreta-

ría de Educación Pública en cada uno de los Estados de la República ... 22 de marzo (SEP).

Acuerdo por el que se establece la Comisión Sectorial de Administración y Programación del Sector Agrario (COSAP) ... 29 de marzo (SRA).

Acuerdo por el que se crea el Consejo Nacional de Educación a Grupos Marginados ... 30 de marzo (SEP).

Decreto por el que se convoca al Congreso de la Unión a un Primer Período Extraordinario de Sesiones del Segundo Receso de la "L" Legislatura, que se iniciará el día 17 del presente mes de abril ... 7 de abril (SG).

Acuerdo por el que se agregan a los sectores a que se refiere el artículo 1o. del Acuerdo residencial de 13 de enero de 1977, las entidades de la Administración Pública Paraestatal que se indican ... 10 de abril (SG).

Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores 18 de abril (SRE).

Decreto de Reformas a la Ley Federal del Trabajo (sobre Capacitación y Adiestramiento, Seguridad e Higiene y Federalización de Actividades y Ramas) ... 28 de abril (STPS).

Acuerdo del Tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de diecisiete de enero de mil novecientos setenta y ocho, que dispone la instalación de diversos tribunales y juzgados ... 28 de abril (Poder judicial).

Acuerdo de la Comisión Federal Electoral que otorga el registro condicionado al resultado de las elecciones federales de 1979, en favor del "Partido Demócrata Mexicano" ... 4 de mayo (CFE).

Acuerdo de la Comisión Federal Electoral que otorga el registro condicionado al resultado de las elecciones federales de 1979, en favor del "Partido Comunista Mexicano" ... 4 de mayo (CFE).

Acuerdo de la Comisión Federal Electoral que otorga el registro condicionado al resultado de las elecciones federales de 1979, en favor del "Partido Socialista de los Trabajadores" ... 4 de mayo (CFE).

Bases para la designación de Representantes de las Organizaciones Nacionales de Trabajadores y de Patrones ante la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ... 8 de mayo (STPS).

Acuerdo por el que se crea como órgano asesor del Ejecutivo Federal, la Comisión Consultiva del Empleo ... 9 de mayo (STPS).

Acuerdo por el que se crea, con el carácter de permanente, la Comisión Intersecretarial para el Fomento Cooperativo ... 10 de mayo (STPS).

Acuerdo por el que se crea, con el carácter de permanente, la Comisión Intersecretarial para el Fomento Cooperativo ... 10 de mayo (STPS).

Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas ... 12 de mayo (SDN).

Reformas y adiciones a la Ley del Mercado de Valores ... 12 de mayo (SHCP).

Decreto que forma y adiciona la Ley de Instituciones de Asistencia Privada en el Distrito Federal ... 15 de mayo (SSA).

Decreto por el que se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, conforme al cual el Gobierno Federal participará en el ordenamiento y regulación de los asentamientos humanos en el país ... 19 de mayo (SAHOP).

Reglamento del Consejo Directivo y del Director General de Pronósticos Deportivos para la Asistencia Pública ... 25 de mayo (SSA).

Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social ... 5 de junio (STPS).

Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo ... 5 de junio (STPS).

Reglamento de la Unidad Coordinadora del Empleo, Capacitación y Adiestramiento ... 5 de junio (STPS).

Reglamento Interior de la Secretaría de Salubridad y Asistencia ... 9 de junio (SSA).

Plan Nacional de Desarrollo Urbano ... 12 de junio (SAHOP).

Decreto por el que se reforman los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., y 6o., del Decreto de fecha 4 de febrero de 1975, que creó el Centro Mexicano de Estudios en Farmacodependencia y se crea un organismo público descentralizado denominado Centro Mexicano de Estudios en Salud Mental ... 15 de junio (SSA).

Acuerdo que establece las bases para la contratación y ejecución de obras en los centros SAHOP, que operan en cada entidad federativa ... 26 de junio (SAHOP).

Decreto por el que se abroga el diverso que creó el Consejo Nacional de Prevención de Accidentes ... 19 de julio (SSA).

Acuerdo número 14 por el que se establece la organización y funcionamiento del Consejo Coordinador de Sistemas Abiertos ... 28 de julio (SEP).

Acuerdo que dispone que los titulares de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, con la intervención de los respectivos sindicatos, establecerán el sistema de vacaciones escalonadas, en función de las necesidades del servicio ... 8 de agosto (SG).

Acuerdo que determina la organización y funcionamiento de las Delegaciones Federales de la Secretaría de Comercio y delega facultades en sus funcionarios ... 21 de agosto (SC).

Decreto por el que se reforman los artículos 17, 19 y 20 del Reglamento de los artículos 2, 3, 4, 8, 11, 13, 14 y 16 a 20 de la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica ... 24 de agosto (SC).

Reglamento de la Policía Federal de Caminos ... 25 de agosto (SCT).

Acuerdo por el que se crea la Comisión Intersecretarial de Saneamiento Ambiental ... 25 de agosto (SSA).

Decreto que crea la Universidad Pedagógica Nacional ... 29 de agosto (SEP).

Reglamento para la Determinación de Coeficientes de Agostadero ... 30 de agosto (SARH).

Reglamento del Registro Público de la Propiedad Federal ... 30 de agosto (SAHOP)

Acuerdo por el que se otorga un aumento extraordinario al sueldo presupuestal base del personal al servicio del Ejecutivo Federal, de los Poderes Legislativo y Judicial, del Departamento del Distrito Federal y a los haberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, a partir del 1o. de septiembre del presente año (SPP).

Oficio 01-4197 por el que se fijan criterios para la formación y operación de comisiones mixtas de capacitación y adiestramiento en todas las empresas del país ... 4 de septiembre (STPS).

Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública ... 11 de septiembre (SEP).

Acuerdo por el que se crea la Comisión Coordinadora del Servicio Social de Estudiantes de las Instituciones de Educación Superior 21 de septiembre (SPP).

Acuerdo No. 261, por el que se crea el Programa de Intercambio Científico y Capacitación Técnica del Departamento del Distrito Federal ... 25 de septiembre (STPS).

Bases que determinan la demanda de espacio para estacionamiento de vehículos que genera el uso del predio o construcción de acuerdo con el artículo 34 de la Ley Sobre Estacionamiento de Vehículos en el Distrito Federal ... 25 de septiembre (DDF).

Ley de Amnistía ... 28 de septiembre (SG).

Registro de la Administración Pública Paraestatal ... 29 de septiembre (SEP).

Acuerdo por el que se crea el órgano desconcentrado, dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, denominado Servicios a la Navegación en el Espacio Aéreo Mexicano ... 3 de octubre (SHCP).

Acuerdo por el que se establece el Fondo Financiero Complementario de Participaciones de los Estados y del Distrito Federal ... 4 de octubre (SPP).

Decreto por el que se reforma a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado "B" del Artículo 123 Constitucional ... 23 de octubre (SG).

Cuerdo por el que se dispone que corresponderá a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, la organización, administración y acondicionamiento de los parques nacionales que determine el titular del Poder Ejecutivo Federal ... 11 de octubre (SAHOP).

Reglamento de los Organismos Electorales y Previsiones para la Ley

Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales ... 27 de octubre (CFE).

Convenio Uniforme de Coordinación Fiscal que celebran el Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los Gobiernos de los Estados de Sonora, Querétaro, Campeche, Morelos y Puebla, 31 de octubre; Tlaxcala, 1o. de noviembre; Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Nayarit, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas ... 26 de diciembre (SHCP).

Integración de las Comisiones Locales Electorales ... 1o. de noviembre (CFE).

Decreto de Promulgación del Convenio sobre Consultas Tripartitas para Promover la Aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 21 de junio de 1976 ... 28 de noviembre (SRE).

Acuerdos de la Comisión Federal Electoral que otorgan el registro como Asociación Política Nacional en favor de las agrupaciones denominada "Unificación y Progreso", "Unidad izquierda-Comunista", "Movimiento por el Partido Revolucionario de los Trabajadores" y "Acción Comunitaria" ... 29 de noviembre (CFE).

Decreto por el que se promulga el Convenio sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales y su funcionamiento en el Desarrollo Económico y Social, adoptado el día veintitrés del mes de junio del año de 1975, por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo ... 4 de diciembre (SRE).

Decreto de adición a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, (en lo relativo a las atribuciones de la Secretaría de Comercio) ... 8 de diciembre (SG).

Decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, en sus artículos 85, 194, 195, 196, 197 y 198 (sobre estupefacientes) ... 8 de diciembre (SG).

Decreto que reforma el Artículo 541 del Código Federal de Procedimientos Penales... 8 de diciembre (SG).

Instructivo para la inscripción de Trabajadores y Patrones en el Instituto del Fondo Nacional de la vivienda para los Trabajadores, así como para el entero de las aportaciones y de los abonos por concepto de créditos otorgados por el propio instituto ... 12 de diciembre (STPS).

Decreto por el que se aprueba el Protocolo relativo a una enmienda al Convenio de Aviación Civil Internacional, firmado en Roma el día quince del mes de septiembre de 1972 ... 19 de diciembre (SRE).

Decreto por el que se aprueba la Convención sobre las Misiones Especiales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el

ocho de diciembre de mil novecientos setenta y nueve ... 19 de diciembre (SRE).

Decreto por el que se aprueba la Convención sobre las Misiones Especiales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el ocho de diciembre de mil novecientos setenta y nueve ... 19 de diciembre (SRE).

Decreto por el que se adiciona un párrafo inicial al artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ... 19 de diciembre (STPS).

Tabla de cómputo de plazos de días hábiles, para efectos de la Ley y Reglamentos citados, para el año de 1979, elaborado de conformidad con el acuerdo presidencial de 27 de diciembre de 1972, que estableció la semana laboral de cinco días a los trabajadores de las Secretarías y Departamentos de Estado, dependientes del Ejecutivo Federal ... 20 de diciembre (SPFI).

Convocatoria y bases a que se sujetarán las unidades públicas que celebrará la Comisión Federal Electoral ... 20 de diciembre (CFE).

Ley de disciplina de la Armada de México ... 26 de diciembre (SM).

Decreto de reformas al artículo 109 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares... 26 de diciembre (SHCP).

Ley de Valoración Aduanera de las Mercancías de Importación ... 27 de diciembre (SHCP).

Ley de Coordinación Fiscal ... 27 de diciembre (SHCP).

Decreto de reformas y adiciones a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (sobre concesiones al ejercicio de la banca y del crédito, operaciones bancarias, instituciones de banca múltiple) ... 27 de diciembre (SHCP).

Resolución del H. Consejo de Representantes de la H. Comisión Nacional de los Salarios Mínimos que fija salarios mínimos generales y para trabajadores del campo en las 89 zonas económicas en que está dividida la República Mexicana, para el año de 1979 ... 27 de diciembre (STPS).

Ley reglamentaria de la Fracción V del Artículo 76 de la Constitución General de la República (desaparición de los poderes de un Estado y nombramiento de gobernador provisional) ... 29 de diciembre (SG).

Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación ... 29 de diciembre (SG).

Decreto por el que se reforma la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado ... 29 de diciembre (SG).

Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército Fuerza Aérea y Armada, S. A. ... 29 de diciembre (SON).

Reglamento que señala los días del año de 1979 en que las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares podrán suspender sus operaciones, de acuerdo con lo que previene el artículo 93 de la Ley General de

Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares ... 29 de diciembre (SHCP).

Decreto mediante el cual el Ejecutivo Federal otorgará los estímulos que establece este Decreto a las empresas que lleven a cabo nuevas instalaciones industriales ... 29 de diciembre (SPFI).

Decreto por el que se reforma la Ley que crea el Instituto Nacional para el Desarrollo de la Comunidad Rural y de la Vivienda Popular ... 29 de diciembre (SAHOP).

Decreto que ordena la liquidación de las Juntas Federales de Mejoras Materiales ... 29 de diciembre (SAHOP).

Ley para la Coordinación de la Educación Superior ... 29 de diciembre (SEP).

Decreto que crea el Colegio Nacional de Educación Profesional Técnica ... 29 de diciembre (SEP).

Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio Fiscal de 1979 ... 29 de diciembre (SHCP).

Decreto de Reformas y Adiciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta ... 29 de diciembre (SHCP).

Ley de Impuesto al Valor Agregado ... 29 de diciembre (SHCP).

Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda ... 29 de diciembre (SHCP).

Decreto de reformas a diversas disposiciones fiscales y diversas leyes fiscales que gravan distintas mercancías, en virtud de Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (del Código Aduanero, del Código Fiscal) ... 29 de diciembre (SHCP).

Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio Fiscal de 1979 ... 29 de diciembre (SHCP).

Presupuesto de egresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1979 ... 29 de diciembre (SPP).

Decreto por el que se acepta la Cuenta Pública de Gobierno Federal ... 29 de diciembre (SPP).

Decreto por el que se acepta la Cuenta Pública del Departamento del Distrito Federal ... 29 de diciembre (SPP).

Ley de Ingresos del Departamento del Distrito Federal para el ejercicio de 1979 ... 29 de diciembre (DDF).

Presupuesto de egresos del Departamento del Distrito Federal para el ejercicio fiscal de 1979 ... 29 de diciembre (DDF).

Decreto por el que se reforma la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal ... 29 de diciembre (DDF).

Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal ... 29 de diciembre (DDF).

NOTA: Las abreviaturas corresponden a las Secretarías de Estado, Departamento de Pesca, Distrito Federal y Comisión Federal Electoral.

## EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

JOSÉ DE JESÚS RODRÍGUEZ TOVAR

### I

El principio de legalidad constituye el fundamento normativo de la función administrativa, que el Poder ejecutivo tiene básicamente a su cargo, por cuanto que esta función administrativa es, desde el punto de vista de su naturaleza, la actividad que el Estado realiza bajo un orden jurídico, consistente en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

El concepto anterior tomado de Gabino Fraga (Derecho Administrativo, página 59, México 1973), no es idea exclusiva de este autor, sino resultado de la doctrina que analiza previamente, para llegar a la conclusión de que, de una u otra manera, los autores coinciden en el principio de legalidad como rector de la función administrativa, ya que ésta no puede quedar al arbitrio de la autoridad administrativa, sino que es imperativo que se realice bajo un orden jurídico establecido.

La aplicación del principio de legalidad, empero, no se ha circunscrito a regular la actividad de la autoridad administrativa, sino que se ha extendido también a fundamentar las obligaciones a cargo de los particulares en el campo del Derecho Administrativo, como se puede apreciar en el artículo 17 del Código Fiscal de la Federación, en donde se establece que "La obligación fiscal nace cuando se realizan las situaciones jurídicas o de hecho previstas en las leyes fiscales", disposición que es válido citar por cuanto que el Derecho Fiscal es parte del Derecho Administrativo, o al menos una rama que se ha desprendido de este Derecho, además de que, conforme al inciso c) del artículo 228 del mismo ordenamiento legal, una resolución o un procedimiento administrativo es nulo por "violación de la disposición aplicada, o no haberse aplicado la disposición debida", precepto este que, habida cuenta de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, no concreta su aplicación a la materia fiscal, por lo que, interpretado al contrario, significa que la resolución es válida cuando se encuentra fundada correctamente en la disposición aplicada.

El principio de legalidad ha venido a modificar el principio contractual que se da con generalidad en el Derecho Civil, de que se adquiere la obligación a una prestación en tanto en cuanto que la otra parte tiene

o ha cumplido la obligación a una contraprestación, principio este que, por antiguo y arraigado, dificulta la comprensión y aplicación de aquel otro principio de legalidad.

El análisis de un problema que plantea la disyuntiva de los dos principios mencionados, además de los resultados que se obtengan con la solución de dicho problema, es instrumento para seguir elaborando o perfeccionando la doctrina sobre el principio de legalidad en el campo del Derecho Administrativo, por lo que resulta de interés el análisis del problema originado con motivo de la aplicación del artículo Décimocuarto transitorio de la Ley del Seguro Social que entró en vigor el 1o. de abril de 1973, que en su párrafo primero estableció que "El Instituto deberá organizar y establecer los servicios de guardería para hijos de aseguradas, en un plazo de cuatro años contando a partir de la fecha en que entre en vigor la presente Ley, en las localidades y municipios en que el número de hijos de madres trabajadoras lo requiera. Al efecto de inmediato hará los estudios y trabajos correspondientes, para iniciar la prestación del servicio durante el año de 1973."

## II

El artículo 110 de la Ley Federal de Trabajo de 1931 estableció la obligación para los patrones, de proporcionar los servicios de guardería. Esta obligación se encontraba contenida en el párrafo segundo del precepto citado, en los términos siguientes: "En los establecimientos en que trabajen más de cincuenta mujeres, los patrones deberán establecer una guardería infantil. El reglamento respectivo determinará los casos en que se haga necesaria la guardería, las condiciones en que deba funcionar y los servicios que deba cubrir".

La disposición legal transcrita careció de efectividad, pues el reglamento que necesitaba para su aplicación, fue expedido y publicado hasta el 1o. de agosto de 1961, sin que tampoco ésto haya resultado suficiente para que se comenzaran a prestar los servicios de guarderías infantiles, lo que se deduce del hecho de que el artículo 110 de la Ley Federal del Trabajo fue reformado al siguiente año de 1962, para quedar el artículo 110-C de esta manera: "Los servicios de Guardería Infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias", en donde se puede apreciar que no persiste la limitación, consistente en que sólo en los centros de trabajo en que laboraran más de cincuenta mujeres, los patrones tenían la obligación de establecer una guardería infantil.

El artículo 110-C de la Ley Federal del Trabajo anterior fue repetido textualmente en el 171 de la Ley de 1970, pero, según se dice en la Exposición de Motivos de la Ley del Seguro Social, "...diversos factores,

principalmente de carácter económico, impidieron su cumplimiento", por lo que, "Debido a la creciente participación de la mujer en las actividades productivas, resulta indispensable facilitarle los medios adecuados que le permitan cumplir con su función laboral sin desatender sus obligaciones maternas. De aquí que la iniciativa agregue a los ramos tradicionales del seguro obligatorio el ramo de Guarderías para Hijos de Aseguradas".

Con tales antecedentes, en la fracción IV del artículo 11 de la nueva Ley del Seguro Social, se añadió esta disposición que no existía en la anterior: "El régimen obligatorio comprende los seguros de: ... IV. Guarderías para Hijos de Aseguradas". Conforme al artículo 184 de la citada Ley del Seguro Social, "El ramo del Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas cubre el riesgo de la mujer trabajadora de no poder proporcionar cuidados maternos durante su jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo".

El financiamiento del Seguro en comentario quedó establecido en los artículos 190 y 191 de la propia Ley del Seguro Social, en los términos siguientes: "Los patrones cubrirán íntegramente la prima para el financiamiento de las prestaciones de guardería infantil, independientemente de que tengan o no trabajadoras a su servicio". "El monto de la prima para este ramo del Seguro Social será el uno por ciento de la cantidad que por salario paguen a todos sus trabajadores en efectivo por cuota diaria, con un límite superior a diez veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. El pago se efectuará por bimestres, en los términos establecidos en el capítulo II de este título, al enterar las cuotas de los demás ramos del seguro".

Una forma transitoria para el pago de la prima correspondiente al Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas, quedó establecida en los párrafos segundo y tercero del artículo Décimocuarto transitorio de la Ley del Seguro Social: "La prima establecida por el artículo 191 será exigible a partir del sexto bimestre de 1973: el pago correspondiente se cubrirá durante los primeros quince días de enero de 1974. Para que la recaudación total de la prima corresponda al desarrollo gradual de esta prestación, el pago cubrirá sólo el treinta por ciento de la misma durante el año de 1974, el que se incrementará en igual porcentaje durante el año de 1975 y en un cuarenta por ciento en el año de 1976, para alcanzar el uno por ciento sobre la totalidad de los salarios en efectivo por cuota diaria, con el límite superior de diez veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal".

Por otro lado, en lo que se refiere a la prestación de los servicios correspondientes al Seguro de Guarderías para Hijos de Asegurados, el mismo artículo Décimocuarto transitorio de la Ley del Seguro Social determinó, en su párrafo primero, que "El Instituto deberá organizar y establecer los servicios de guarderías para hijos de aseguradas, en un plazo de cuatro

años contado a partir de la fecha en que entre en vigor la presente Ley, en las localidades y municipios en que el número de hijos de madres trabajadoras lo requiera. Al efecto de inmediato hará los estudios y trabajos correspondientes, para iniciar la prestación del servicio durante el año de 1973."

### III

El hecho de que el Instituto Mexicano del Seguro Social no haya establecido todavía los servicios de guarderías para hijos de aseguradas, en algunas localidades y municipios, no es razón suficiente para que los patrones dejen de cubrir la prima por el Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas, ni tampoco para que se considere procedente una solicitud de devolución de las primas por el mismo seguro, que han pagado con anterioridad.

1. El artículo 17 del Código Fiscal de la Federación señala, en su párrafo primero, que "La obligación fiscal nace cuando se realizan las situaciones jurídicas o de hecho previstas en las leyes fiscales", disposición ésta que tiene aplicación al caso de la prima del Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas, por cuanto que el artículo 267 de la Ley del Seguro Social determina que "El pago de las cuotas, los recargos y los capitales constitutivos, tienen el carácter de fiscal".

Ahora bien, las situaciones jurídicas o de hecho previstas en la Ley del Seguro Social, para el nacimiento de la obligación de pagar la prima en referencia, se deducen fundamentalmente de sus artículos 15, 190 y 191: a). Que se trate de patrones, b) Que tengan trabajadores afiliados en el Régimen Obligatorio Urbano, y c). Que hayan pagado salarios a sus trabajadores en un bimestre determinado.

Si se dan las situaciones indicadas, se origina la obligación de pagar la prima por el Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas, sin ser necesario otro requisito, condición o presupuesto legal, ya que no existen otros exigidos por la ley en cita, específicamente no hay disposición alguna que determine expresamente o de la que se deduzca que, para que nazca la obligación de pagar la prima en estudio, sea necesario que el Instituto Mexicano del Seguro Social tenga establecidos los servicios de guardería, en los municipios en que se encuentren los centros de trabajo de los patrones obligados.

Por lo tanto, el patrón con trabajadores afiliados en el Régimen Obligatorio Urbano, a los que ha pagado salarios en un bimestre determinado, tiene la obligación de pagar la prima por el Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas, sin que sea necesario que, en el municipio al que corresponda su centro de trabajo, se encuentren establecidos los servicios correspondientes, ya que éste no es una situación jurídica o de he-

cho cuya realización se requiera por la ley para el nacimiento de tal obligación.

Consecuencia de lo anterior es la de que los patrones han pagado con justificación legal la prima por el Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas, por lo que no se da el supuesto del artículo 278 de la Ley del Seguro Social, para devolverles las cuotas que han pagado con anterioridad.

2. En el Derecho Administrativo, y especialmente en el Derecho Fiscal, no tiene aplicación el principio contractual que se da con generalidad en el Derecho Civil, de que se adquiere la obligación a una prestación en tanto en cuanto la otra parte tiene o ha cumplido con la obligación a una contraprestación, pues la ley es en el Derecho Administrativo la fuente primordial de las obligaciones, así de aquellas que corresponden al sujeto encargado de la prestación de un servicio público, como de las impuestas a los particulares para la prestación de un servicio público determinado o de los servicios públicos en general.

Esto sucede con el Seguro Social, que es un servicio público de carácter nacional en términos del artículo 4o. de la Ley del Seguro Social, ya que tal ordenamiento jurídico no sujeta la prestación del servicio al pago de las cuotas o primas, como tampoco el pago de éstas queda condicionado a la prestación de aquél, de donde resulta que la irregularidad en la prestación del servicio no quita la obligación de pagar las cuotas o contribuciones, del mismo modo que que el incumplimiento de esta obligación tampoco justifica dejar de prestar el servicio.

Así como el Instituto no podría negar la prestación de los servicios porque algunos patrones no hayan pagado las cuotas a su cargo, por estar en imposibilidad económica de hacerlo, lo que suele suceder, o por retener deliberadamente el pago, lo que no es poco frecuente según lo revela el volumen de las liquidaciones en mora, de igual modo los patrones o los trabajadores no pueden negarse a pagar sus cuotas por el hecho de que el Instituto Mexicano del Seguro Social no preste algunos servicios o no lo haga en la forma y condiciones que ellos quisieran.

La razón de lo anterior es la de que un servicio público, como lo es el Seguro Social, no puede quedar sujeto a la voluntad de los particulares, ni en lo que mira al pago de las primas, cuotas o contribuciones para su financiamiento, ni en lo que se refiere a la forma y condiciones de su prestación.

3. Cabe abundar con la invocación del artículo 190 de la Ley del Seguro Social, en donde se establece que "Los patrones cubrirán íntegramente la prima para el financiamiento de las prestaciones de guardería infantil, independientemente de que tengan o no trabajadoras a su servicio", de donde se desprende claramente que de ningún modo los servicios de guardería establecidos pueden ser considerados como la contraprestación del pago de la prima de que se trata, puesto que, de ser así, los

patrones que no tienen trabajadoras a su servicio, no estarían obligados al pago de la misma.

En el mismo precepto transcrito se puede apreciar la solidaridad social, como causa motivadora de la norma jurídica que establece, para todo patrón que se coloque en los supuestos de la misma, la imposición de pagar la prima del Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas, tal y como se apunta en la parte conducente de la Exposición de Motivos: "Mediante esta disposición se logra una efectiva solidaridad, pues todos los patrones concurrirán con la aportación respectiva...".

4. El criterio de solidaridad social, no el contractual de prestación y contraprestación, como causa motivadora de las normas jurídicas que, en materia de Seguro Social, establecen obligaciones a los particulares y al Instituto Mexicano del Seguro Social, se corrobora con las impuestas a este organismo, originalmente por la Ley del Seguro Social de 1973 y posteriormente en sus reformas, de las que se mencionan estas dos:

De conformidad con los artículos 8o., 232, 235, 237, 238 y 239 de la Ley del Seguro Social, se impone al Instituto Mexicano del Seguro Social la obligación de prestar servicios de asistencia médica, farmacéutica o incluso hospitalaria, a núcleos de población que constituyan polos de profunda marginación rural, suburbana y urbana, sin que estos servicios tengan necesariamente una contraprestación por parte de los beneficiarios, ya que pueden estar condicionados únicamente a la realización de trabajos personales de beneficio para sus propias comunidades, lo cual se debe a que la prestación de tales servicios tiene su fundamento en la solidaridad social, según se expresa en el citado artículo 8o. de la Ley del Seguro Social y se explica con detalle en la parte conducente en la Exposición de Motivos.

Respecto de los aumentos a las cuantías básicas y a los incrementos anuales, aplicados retroactivamente en favor de los beneficiarios del Seguro Social, por las Reformas y Adiciones de la Ley del Seguro Social, publicadas en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974, la respectiva Exposición de Motivos señalaba lo siguiente: "Como auténtica expresión de solidaridad colectiva y atendiendo a las numerosas y justas peticiones que al respecto han formulado los pensionistas, con anterioridad a la fecha de vigencia de la nueva Ley del Seguro Social, se dispone en el artículo Cuarto Transitorio que todos los beneficios derivados de estos aumentos a las cuantías básicas y a los incrementos anuales se apliquen a todas las pensiones en curso de pago, con efectos a partir del 1o. de enero de 1975...", lo que implicó que los beneficiarios del Seguro Social obtuvieran una prestación mayor a aquella que les correspondía de acuerdo con las cuotas pagadas por la cobertura del ramo del Seguro Social correspondiente.

5. Es oportuno observar, por último, que la Ley del Seguro Social no ha dejado la prestación del servicio público de que se trata, al arbitrio del

Instituto Mexicano del Seguro Social, pues determina en su artículo 7o., que debe proporcionarse "...en las formas y condiciones previstas por esta Ley y sus Reglamentos", para establecer posteriormente en el artículo 186 que los servicios de guardería infantil "...Serán proporcionados por el Instituto Mexicano del Seguro Social, en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico" que, en términos de los artículos 252 y 253 fracción II del mismo ordenamiento legal, es el administrador del Instituto con facultades para resolver sobre sus operaciones.

Por cuanto que el Consejo Técnico se encuentra integrado por cuatro representantes del Estado, cuatro de los trabajadores y cuatro de los patrones, conforme lo señala el artículo 252 de la Ley del Seguro Social, las decisiones de este órgano colegiado no pueden considerarse arbitrarias o lesivas de los intereses patronales, en virtud de la representación que los patrones tienen en el mismo; y menos aún puede admitirse tal afirmación, de considerar a la Comisión de Vigilancia que, según el artículo 255 de la Ley del Seguro Social, tiene las atribuciones de vigilar las operaciones administrativas del Consejo Técnico, las cuales son aprobadas en definitiva por la autoridad suprema del Instituto que es la Asamblea General, lo que se deduce de los artículos 247 y 250 de la Ley en cita.

No se debe omitir mencionar la vigilancia y el control que el Poder Ejecutivo ejerce respecto de todos los organismos descentralizados, y consecuentemente respecto del Instituto Mexicano del Seguro Social, conforme a una reglamentación contenida en la Ley para el Control, por Parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, así como en ordenamientos jurídicos relacionados. A su vez, las operaciones financieras de la Administración Pública Federal, de la que es parte el Instituto Mexicano del Seguro Social como organismo descentralizado, según los artículos 1o., 3o., 45 y 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tienen la vigilancia y el control del Congreso de la Unión, quien los realiza fundamentalmente por medio de la aprobación de la Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos, según lo dispuesto por los artículos 65 fracciones I y II, 73 fracción VII y 74 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que, conforme al párrafo segundo del artículo 93 de la propia Constitución, cualquiera de las Cámaras puede citar al director de un organismo descentralizado, para que informe cuando se estudie un negocio concerniente a su respectiva actividad.

En otro orden de ideas, los artículos 274 y 275 de la Ley del Seguro Social establecen un procedimiento para el control de la legalidad de los actos realizados por cualquier órgano del Instituto Mexicano del Seguro Social, complementado por los que se regulan en la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, el Código Fiscal de la Federación y la Ley de Amparo.

De esta manera, ni los actos administrativos materiales, ni tampoco los jurídicos, que se refieren a la prestación del Seguro Social, quedan al arbitrio del organismo descentralizado que lo tiene a su cargo, el Instituto Mexicano del Seguro Social, ya que su ley no solamente le señala la forma y condiciones en que debe prestar los servicios que integran los del Seguro Social, sino que también establece, junto con otros ordenamientos legales, sistemas de control adecuados para vigilar el cumplimiento de sus obligaciones.

6. A la luz de las consideraciones expuestas, principalmente las del punto inmediato anterior, debe ser interpretado el párrafo primero del artículo Decimocuarto transitorio de la Ley del Seguro Social, en donde se establece esto: "El Instituto deberá organizar y establecer los servicios de guardería infantil para hijos de aseguradas, en un plazo de cuatro años contado a partir de la fecha en que entre en vigor la presente Ley, en las localidades y municipios en que el número de hijos de madres trabajadoras lo requiera. Al efecto de inmediato hará los estudios y trabajos correspondientes, para iniciar la prestación del servicio durante el año de 1973."

El número de hijos de madres trabajadoras, elemento determinante del lugar en que se deben establecer los servicios de guardería, tiende por lo general a ser progresivo, de donde se desprende con evidencia que la organización y el establecimiento de los servicios de guardería para hijos de aseguradas, no han podido ni pueden ser tampoco, realizados en un momento determinado en todas y cada una de las localidades o municipios en donde se encuentre extendido el Régimen del Seguro Social, sino que deben ser acordes a las necesidades que se vayan presentando en cada uno de los lugares.

Lo anterior se corrobora con la disposición contenida en el artículo 187 de la Ley del Seguro Social, en donde se indica que "Para otorgar la prestación de los servicios de guardería, el Instituto establecerá instalaciones especiales, por zonas convenientemente localizadas en relación a los centros de trabajo y de habitación, y en las localidades donde opere el régimen obligatorio del Seguro Social."

Pero no solamente son de tomarse en consideración las necesidades cambiantes de la población constituida por madres aseguradas, sino que, al formular el programa de guarderías, debe hacerse y llevarse a cabo en manera acorde con las otras ramas y aspectos del servicio público que tiene encomendado el Instituto Mexicano del Seguro Social, algunos de los cuales clara y evidentemente tienen primacía, como es el caso de los servicios médicos y hospitalarios.

Por lo tanto, el plazo de cuatro años para la organización y establecimiento de los servicios de guardería, a que se refiere el artículo Decimocuarto transitorio de la Ley del Seguro Social, de ninguna manera admite la interpretación en el sentido de que tales servicios debieron, en el

plazo señalado, quedar establecidos en todos y cada uno de los municipios en donde se encuentre extendido el Régimen del Seguro Social; puesto que, además de que el propio precepto señala que el establecimiento de los servicios de guardería debe ser, solamente, en los lugares en que el número de hijos de madres trabajadoras lo requiera, el citado artículo 187 de la misma Ley del Seguro Social exige también que los servicios de guardería se establezcan de acuerdo con un programa, que no puede ser aislado o independiente, sino relacionado y acorde con los correspondientes a las otras tres ramas y los demás aspectos del Seguro Social.

Sin embargo, si el Instituto Mexicano del Seguro Social no ha organizado y establecido los servicios guarderías para hijos de aseguradas, en las localidades y municipios en que el número de hijos de madres trabajadoras lo requieran, dentro del plazo de cuatro años contado a partir del 1o. de abril de 1973 en que entró en vigor la nueva Ley del Seguro Social, esto implicaría única y exclusivamente el incumplimiento de una obligación dentro del plazo señalado, por parte de un organismo descentralizado, pero de ninguna manera, por lo que se ha dicho antes, constituye razón jurídica suficiente para que los patrones dejen de pagar la prima por el Seguro de Guarderías para Hijos de Asegurados o tengan derecho a la devolución de las primas pagadas.

#### IV

A manera de síntesis, se pueden formular las conclusiones siguientes:

1a. De acuerdo con los artículos 15, 190 y 191 de la Ley del Seguro Social, en relación con el 267 del mismo ordenamiento legal, el patrón con trabajadores afiliados en el Régimen Obligatorio Urbano, a los que ha pagado salarios en un bimestre determinado, tiene la obligación de pagar la prima por el Seguro de Guarderías para Oijos de Aseguradas.

2a. Para el pago de la prima mencionada, no es necesario que, en el municipio al que corresponda el centro del trabajo del patrón, se encuentren establecidos los servicios de guardería, pues disposición legal no existe en que se establezca esto, como una condición jurídica o de hecho, para la existencia y el cumplimiento de la obligación de pagar dicha prima.

3a. La solidaridad social, no el principio contractual de que a una prestación debe corresponder una contraprestación, constituye la causa motivadora de la norma jurídica que impone, a los patrones, la obligación de pagar la prima del Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas.

4a. No procede devolución alguna de las primas por el Seguro de Guarderías para Hijos de Aseguradas; puesto que, de acuerdo con las conclu-

siones anteriores los patrones han pagado con justificación legal esta prima, por lo que no se da el supuesto del artículo 278 de la Ley del Seguro Social.

5a. La propia Ley del Seguro Social, que impone obligaciones a los patrones, establece la forma y condiciones en que el Instituto Mexicano del Seguro Social debe prestar el servicio público que tiene encomendado, como una vigilancia y control adecuados para lograr la mejor prestación del mismo, además de otros ordenamientos legales que existen para el control y la vigilancia del Instituto Mexicano del Seguro Social.

6a. A mayor abundamiento, el Instituto Mexicano del Seguro Social ha iniciado y sigue ampliando la prestación de los servicios de guarderías infantiles, de acuerdo con un programa integral aprobado por el H. Consejo Técnico, que comprende las cuatro ramas y todos los aspectos del Seguro Social, por lo que no se puede admitir la imputación a dicho Instituto, de que no está prestando los servicios de guardería para hijos de aseguradas.

7a. Sin embargo, el incumplimiento de la obligación señalada dentro del plazo legal establecido, por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social, de ninguna manera constituye razón jurídica suficiente para Hijos de Aseguradas, ni da derecho a la devolución de las primas pagadas.

8a. Todo lo anterior tiene su explicación en el principio de legalidad, conforme al cual la función administrativa debe realizarse dentro de un orden jurídico establecido, a la vez que las obligaciones de los particulares deben fundarse también en ese mismo orden jurídico.

## ELEMENTOS Y CARACTERES PROPIOS DEL SERVICIO PUBLICO Y SU UBICACION DENTRO DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO

FAUZI HAMDAN AMAD

### I. Introducción

El interés público, en la actual etapa del Estado intervencionista, no sólo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o de fomento, sino que el Estado —en algunos casos en forma exclusiva y excluyendo la participación de los particulares,<sup>1</sup> y en otros, concurrendo y combinándose con ellos— se ha convertido en titular de una actividad consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados. Evidentemente que este tipo de actividad, principalmente a partir de la segunda década de este siglo por lo que hace a nuestro país, ha venido a romper el esquema del Estado abstencionista, cuya única y fundamental misión consistía en asegurar el orden jurídico dejando a los particulares la satisfacción de sus necesidades físicas, sociales, morales y culturales.

No es nuestro propósito señalar las muy diversas razones que dieron lugar a que el Estado asumiera la prestación de los servicios públicos, sean asistenciales y sociales, es decir, aquéllos encaminados a la conservación de la vida y la salud, al igual que el desarrollo de su personalidad: educación, vivienda, cultura, etc., ya que ello rebasaría el cometido de este trabajo, eminentemente técnico-jurídico, para invadir el cambio de la filosofía política. Es menester, sin embargo, destacar que cuando el Estado inició su intervención en este campo, la prestación de tales servicios no constituía, y aún hoy en día en muchos casos no constituye, un monopolio estatal la prestación de servicios públicos; es decir, no existía prohibición a los particulares de llevar a cabo muchas actividades paralelamente con el Estado.

Hoy en día, en casi todos los países, se aprecia una clara tendencia a aumentar el Estado sus atribuciones para satisfacer necesidades de diversa índole, una de cuyas expresiones más contundentes es precisamente la satisfacción de necesidades económicas, lo que representa un cambio radical en el ámbito funcional de la administración pública moderna por cuanto no sólo es titular originario de determinados servicios económicos, sino que ha asumido la gestión directa de ellos, compitiendo en forma

<sup>1</sup> Correos, telégrafos, radiotelegrafía, acuñación de moneda, emisión de billetes, petróleo y electricidad.

desproporcionada con los particulares en aquellas actividades económicas en las que aún no han sido excluidos.

El rompimiento violento del sistema tradicional de las relaciones del Estado y la economía, ha producido su impacto en el propio cambio del Derecho Administrativo, donde el concepto de servicio público ha sufrido profundos cambios, llegando algunos autores a aseverar que tal concepto está en franca crisis.<sup>2</sup>

El concepto de servicio público es junto con el de interés general, utilidad pública e interés colectivo, una de las nociones más imprecisas que existen en el Derecho Administrativo; si a ello aunamos la transformación que ha sufrido a causa del incremento, cada vez mayor, de las actividades asumidas por el Estado, y si además, nuestro derecho positivo es omiso, y en los pocos casos que trata el concepto es ambiguo y contradictorio en esta materia se entenderá por qué la noción de servicio público constituye una de las instituciones jurídicas que reclama de una manera apremiante su delimitación por medio de una reglamentación concienzuda. La imprecisión, ambigüedad y extensión de su noción ha ocasionado que el Estado maneje y manipule el concepto a su antojo, provocando con ello un grave deterioro y menoscabo al derecho de los individuos en lo atinente a su actividad económica.

La Doctrina, como reguladora y estabilizadora de las incongruencias o deficiencias que la realidad social presenta, ha tratado de corregir las desviaciones y errores del concepto de servicio público, modificándolo frecuentemente para adecuarlo a una realidad y circunscribir su ámbito de aplicación. Entre nosotros parece ser que no nos ha preocupado grandemente a pesar que el Estado ha ampliado considerablemente su esfera de acción, so pretexto del interés público o necesidad colectiva que hay que satisfacer por medio de la prestación de servicios públicos. No sólo la imprecisión del concepto ha dado lugar a una restricción de los particulares en el ámbito económico, sino que algo que también es muy preocupante es el hecho del estado de indefensión del particular frente a servicios cumplidos defectuosamente o inclusive no prestados.

Este ensayo pretende, dentro de los límites que la naturaleza ha dispensado a su autor, contribuir a conciliar y aclarar, en lo posible, los diferentes conceptos que en la doctrina se han vertido sobre esta materia y señalar aquellos elementos y caracteres propios de tal noción, al igual que su ubicación dentro de nuestro derecho vigente a fin de evitar, como está sucediendo actualmente, una explosión en número creciente de las atribuciones del Estado en esta materia que bien muchísimas de ellas constituyen transgresiones a nuestra Constitución.

<sup>2</sup> Ver Manuel M. Díez, *Derecho Administrativo*, Tomo III, pág. 194 y ss; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, pág. 58 y ss., Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 347 y ss., entre otros.

## II. Origen del concepto de servicio público

La noción de servicio público tuvo su origen en Francia, teniendo un concepto totalizador de la actividad de la administración pública, es decir, originalmente se consideró que el servicio público abarcaba prácticamente toda la actividad del Estado, pues toda la actividad estatal constituía servicio público según sus precursores.<sup>3</sup> A la noción se le dio una extensión amplísima, la cual sirvió además para la construcción del Derecho Administrativo en sus inicios, al igual que constituyó el fundamento de la competencia contencioso-administrativo del Consejo de Estado Francés.

Posteriormente la noción fue perdiendo importancia y amplitud al reconocerse que no toda la actividad del Estado constituye servicio público. Hoy en día, se supone que sirve para fundamenar un régimen jurídico especial para regir la actividad que se resuelva calificar como tal.

## III. Puntos esenciales de controversia doctrinaria sobre lo que ha de entenderse por servicio público

Tal como lo indicamos en el capítulo introductorio se trata de una noción fugaz, difícil de concretar en una definición. Por ello, como señala el Dr. Manuel María Díez<sup>4</sup> "...las nociones de servicio público son tantas, como autores se han ocupado de él".

Además de la controversia doctrinal relativa a los puntos de vista orgánica y material en que se pretende analizar el concepto de servicio público existen, según señala acertadamente el Dr. Miguel S. Marienhoff,<sup>5</sup> dos cuestiones esenciales que son motivo de controversia: "a) La actividad mediante la cual se satisface la pertinente necesidad. ¿Ha de desenvolverse de acuerdo a un régimen ("procedimiento") especial de Derecho Público? Ese "régimen" ¿Puede considerársele simplemente encuadrada en el Derecho Público, sujeta al mismo?; b) La necesidad a satisfacer ¿Ha de ser colectiva o de interés general? ¿Cuáles actividades quedan comprendidas en la noción de servicio público?"

<sup>3</sup> Para León Duguit, citado por Marienhoff, los servicios públicos son uno de los elementos del estado, y agrega "El Estado no es, como en cierto momento se creyó que era, un poder que manda, una soberanía; él es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los Gobernantes." Gaston Jeze, en su obra titulada *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Volumen I, Edición Española Depalma, Buenos Aires, señala que "habrá servicio público siempre que la administración satisfaga necesidades de interés general, mediante el procedimiento del servicio público, que implica un régimen jurídico especial de derecho público.

<sup>4</sup> *Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, S. R. L., Buenos Aires, 1967.

<sup>5</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 18.

Las cuestiones antes planteadas por el autor de referencia, que constituyen la problemática que la Doctrina en general plantea, no son suficientes para la cabal comprensión de tal noción, referida a nuestro Derecho vigente, pues existe en cuanto a nuestro régimen jurídico una laguna relativa a determinar qué órgano estatal (legislativo o ejecutivo) es el competente para señalar la actividad o actividades que constituyen necesidad colectiva y, por ende, que deba satisfacerse mediante la prestación del servicio público. Aparentemente, y restringido nuestro análisis a las leyes aplicables al Distrito Federal, tal cuestión no plantea ningún problema ya que la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de diciembre de 1978, faculta al propio Jefe del Departamento para calificar, discrecionalmente, cuando una actividad debe satisfacerse mediante el procedimiento de servicio público, de acuerdo con la definición que de tal noción señala dicha Ley en su Artículo 23. Sin embargo, analizada dicha cuestión a la luz de todo nuestro sistema jurídico— y no sólo a lo dispuesto por el mencionado ordenamiento legal— la cuestión planteada sigue vigente porque es dudoso que la autoridad administrativa tenga facultades para calificar si una actividad constituye necesidad colectiva y, como consecuencia de ello, desplace a los particulares de la posibilidad de llevar a cabo libremente tal actividad. Por la importancia del ejercicio de tal facultad, que vendría a restringir o a limitar la libertad de comercio o industria de los particulares, resulta cuestionable que sea la autoridad administrativa la que pueda legalmente calificar una actividad como de necesidad colectiva y se atribuya su satisfacción en forma directa o indirecta mediante el procedimiento de servicio público.

Las tres cuestiones señaladas, amén de otras que en el curso de este ensayo se plantearán, constituyen a nuestro juicio la problemática fundamental que plantea la noción de servicio público.

#### IV. Concepto orgánico y funcional de los servicios públicos

Ya indicábamos que en su origen se consideró como servicio público toda la actividad que el Estado desarrollaba, cuyo cumplimiento era menester asegurarlo, regularlo y controlarlo por los Gobernantes. El hecho de asimilar como servicio público toda la actividad estatal evidentemente que sólo podía prestarse por los órganos estatales, de ahí que en su origen la prestación del servicio público sólo podía ser realizado por los órganos estatales. Sin embargo, actualmente un sector muy importante de la Doctrina admite que el servicio público pueda ser prestado por personas o entes particulares o privados dando lugar con ello a que el servicio público sea analizado desde el punto de vista de su naturaleza, prescindiendo de quien es el que lo presta.

Con motivo de la transformación que ha sufrido el concepto, actualmente existen dos criterios fundamentales, el orgánico y funcional, para determinar qué debe entenderse por servicio público. El criterio orgánico caracteriza al servicio público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza; de ahí que sólo se considera servicio público la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por medio de concesionarios. El criterio material o funcional define o caracteriza al servicio público en razón a la índole de la necesidad que por ese medio o con esa actividad se satisfaga, independientemente de quien lo preste o realice (administración pública o particulares), siempre y cuando la necesidad a satisfacerse reúna determinadas características.

Para Marienhoff<sup>6</sup> el criterio que debe seguirse para determinar si estamos en presencia o no del servicio público, es el funcional o material, y al respecto expone: "Comparto en un todo el criterio funcional, material o substancial, complementado por las notas a que me referiré más adelante, relacionadas con la índole de la actividad que despliegue quien preste o realice el servicio y con el sistema jurídico en que tal servicio quedará encuadrado. En nuestro país, el criterio funcional es también compartido por otros expositores, entre éstos Bielsa y Greca, quienes aceptan la categoría de servicios públicos impropios propuesta por del Valles en Italia, es decir prestados por administrados o particulares. En España, Garrido Falla acepta también la categoría de servicios públicos "impropios". Con lo expuesto queda dicho que el elemento "público" de la locución "servicio público", no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta: Refiérese al destinatario del mismo, es decir, a quien dicho servicio va dirigido. "Servicio público" no es otro que servicio para el público".<sup>7</sup>

En nuestro país el criterio que predomina es el mixto o ecléctico, o sea tanto el orgánico como el funcional, pues sólo existe servicio público en sentido estricto cuando es prestado por la administración pública en forma directa, o bien, al través de concesionarios (criterio orgánico) y, además, cuando la prestación recaiga sobre una actividad que interese a toda la colectividad como una necesidad derivada de la vida en común (criterio funcional o material). En nuestro derecho, la actividad que desarrollan los particulares sin que medie concesión por parte de la autoridad administrativa no es calificada como servicio público, sino en todo caso como una actividad privada de interés público la cual queda sujeta, en mayor o menor grado dependiendo de la importancia de la actividad, a un régimen de policía administrativa, severo y minucioso, como medida para salvaguardar los intereses de la colectividad que se pretenden proteger

<sup>6</sup> Ob. Cit. pág. 21.

<sup>7</sup> En el capítulo V de este ensayo se tratará ampliamente la diferencia que en doctrina se hace entre servicios públicos "propios" e "impropios".

mediante el ejercicio de tal actividad. Para aclarar tal situación es conveniente presentar un ejemplo: La Ley del Mercado de Valores regula, entre otras situaciones, las actividades que realizan las personas dedicadas en forma habitual a hacer oferta pública de los valores a que se refiere la Ley. Las personas físicas o morales (agentes de valores) están sujetas a una severa reglamentación dado el interés que el público inversionista tiene en que las personas dedicadas a tal actividad sean personas capaces, honestas y solventes; para lo cual la Ley señala una serie de requisitos y condiciones que deben satisfacerse por quienes pretendan llevar a cabo tal actividad. Satisfechos tales requisitos y condiciones la autoridad competente otorga autorización al solicitante convirtiéndose de esa manera en Agente de Valores. En el ejemplo planteado, aún cuando la actividad que desarrolla es de interés general, no constituye un servicio público en sentido estricto, ni realiza el Agente de Valores una actividad que originariamente le compete al Estado; técnicamente hablando, tales sujetos no tienen el carácter de Organismos Descentralizados por Colaboración.<sup>8</sup> En general, muchas actividades que llevan a cabo los particulares, sujetos al régimen previo de permisos y autorizaciones, no constituyen prestaciones de servicios públicos por el hecho de que la actividad que desarrollen se pudiera calificar como de interés general.

#### V. Servicios públicos propios e impropios

En opinión del Dr. Rafael Bielsa<sup>9</sup> son servicios públicos propios "los que presta o debe prestar el estado directamente o por concesionario. Servicios públicos impropios son aquellos que tienen de común con los propios en satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el estado quien los presta ni los concede, sino tan sólo los reglamenta. Entre estos servicios están no pocos de los llamados de interés público o de necesidad pública".

Sobre el particular, Marienhoff,<sup>10</sup> por su parte señala que "el servicio público impropio constituye, pues una actividad "privada" situada entre la actividad pública y el comercio privado puro y simple, lo cual le atri-

<sup>8</sup> De acuerdo con la Doctrina los Organismos Descentralizados por Colaboración, a diferencia de los llamados organismos descentralizados por región y por servicio, son entidades privadas que realizan una función o quehacer público, que originariamente le corresponde llevar a cabo al Estado pero que la Ley lo autoriza a delegarlo a particulares. Como ejemplos de tal clase de organismos se encuentran las Cámaras de Industria y Comercio, las Asociaciones Ganaderas y Agrícolas, Notarios y Corredores públicos, concesionarios para la prestación de servicios públicos o para la explotación de bienes del dominio público de la Federación, etc.

<sup>9</sup> Derecho Administrativo, Tomo I, Quinta Edición, Roque Depalma, Buenos Aires, 1955, pág. 477.

<sup>10</sup> Ob. Cit., pág. 26 y ss.

buye caracteres singulares que justifican un correlativo tratamiento jurídico". Sigue el autor en cita señalando "la actividad del comerciante, especialmente la del que se dedica al tráfico de artículos de primera necesidad (alimentos, medicamentos, etc.) tiene una substancia tal que trasciende lo meramente privado para penetrar en lo social, saliendo así del estricto ámbito "privado" para ubicarse en una forma francamente regulada por el Derecho Público. En muchos casos hallamos que la actividad del comerciante implica un verdadero servicio público impropio; es lo que ocurre con los farmacéuticos y aún con los de venta de artículos alimenticios de primera necesidad, al por menor. En ambos supuestos tratándose de actividades vinculadas con necesidades vitales de la colectividad. En todo esto el derecho administrativo tiene una amplia esfera de aplicación, sea a través de normas reguladoras o de normas de contralor. El servicio público —sigue expresando el distinguido jurista— no es simplemente un concepto jurídico; es ante todo, un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias, en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de una necesidad de interés general. Tal declaración, cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico. Pero ello no obsta a que, dada su naturaleza, y aún a falta de toda declaración estatal, existen ciertos servicios públicos "virtuales" u "objetivos" como acaece con los llamados servicios "impropios" a que hice mención, a los que entonces corresponde aplicarles directamente el tratamiento que para esos supuestos reconoce o establece la ciencia jurídica".

Por su parte, Diez<sup>11</sup> critica la existencia del servicio público virtual, ya que ello implicaría que la administración pudiera imponer en ciertas condiciones al particular obligaciones propias y ordinarias de aquellos que realizan propiamente la prestación de un servicio público. Agrega que la teoría del servicio público virtual es una noción subjetiva, vaga y arbitraria, ya que presenta el peligro de que la administración, subrogándose en una facultad propia del órgano legislativo, en lugar de limitar la creación de servicios públicos, tienda a facilitarla; además de que en cualquier momento el Estado puede eregir en servicio público cualquier actividad privada, en perjuicio de los derechos de los particulares. Este peligro que señala Diez, es el que está latente en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal a que hicimos alusión, pues prácticamente deja al arbitrio de la autoridad administrativa calificar cuando se está en presencia de una necesidad colectiva y, en consecuencia, convertirla en actividad sujeta a concesión. Ello mismo aconteció con la Ley General de Institu-

<sup>11</sup> Ob. Cit., págs. 192 y 193.

ciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares que antes las actividades bancarias podían realizarlas los particulares previa la obtención de permiso, pero no de concesión. Sin embargo, posteriormente la Ley fue reformada para establecer el requisito de "concesión" para llevar a cabo cualquier actividad bancaria convirtiéndola el Estado en forma ilegal en un servicio público, como si se tratara de una actividad originaria y propia del Estado. Con tal medida, el particular se vio limitado en una actividad, que aunque sujeta a un severo régimen de control y vigilancia, (policía administrativa) antes podía realizarla una vez cumplidos los requisitos señalados por la Ley; pero ahora al calificarla como servicio público y quedar en consecuencia sujeta al régimen de concesiones, el Estado queda en entera libertad de otorgar o no la concesión respectiva, inclusive sin necesidad de fundamentar o motivar su negativa ya que de acuerdo con la Doctrina y la Jurisprudencia el acto de concesión no confiere al particular un derecho preexistente, en tanto que en el régimen de permisos y autorizaciones el particular tiene un derecho preexistente que sólo se encuentra limitado hasta en tanto haya cumplido los requisitos señalados en la Ley. Se aprecia con toda nitidez que de aceptarse la teoría de Marienhoff, queda al capricho, en algunos casos del Organismo Legislativo ordinario y en otros del Organismo Ejecutivo, calificar cuando una actividad tiene el carácter de necesidad colectiva o de interés general, y por ende, sujetarla a un régimen de servicio público constituyéndose en una actividad reservada al Estado quien graciosamente puede o no concederla a particulares para su prestación mediante el acto de concesión.

Por todos esos razonamientos, Díez,<sup>12</sup> con quien coincidimos, colige que "...Cuando el particular se dedica a ciertas actividades que pueden interesar a la colectividad, como en el caso de las farmacias o de los mozos de cordel y muchas otras similares, no está prestando en manera alguna un servicio público, aunque el control que el Estado ejerce en el servicio puede interesar al público, en mérito de que mediante esa vigilancia se evita la comisión de abusos en las ventas. Podría el Estado reglamentar ese comercio y aún fijar precios, pero todo eso no le dará la característica de un servicio público ni aún impropriamente considerado. Además esta concepción estaría sujeta a mutaciones, según se produjeran o no oscilaciones de carácter económico en el Estado. Los llamados servicios públicos impropios se han denominado, en Doctrina, actividades individuales de interés público."

Es innegable que la actividad de interés público tiene una relevancia que trasciende los términos estrictos de interés privado, pero de ahí no cabe deducir que tales actividades constituyen lo que propiamente se denomina servicios públicos.

<sup>12</sup> Ob. Cit., pág. 193.

Por otro lado, y en estrecha relación con el tema que nos ocupa, Marienhoff se pregunta, cuya cuestión corresponde a uno de los puntos planteados en este ensayo, si la necesidad o el interés que se satisfacen mediante el servicio público han de ser de carácter colectivo o general. La mayor parte de los autores coinciden que la necesidad o el interés a satisfacer ha de ser "colectiva" entendiendo por tal palabra no necesariamente la población entera, sino es suficiente que una parte de ella sienta la necesidad para cuya satisfacción se creó el servicio, y agregan que tal necesidad debe derivar de la *vida en comunidad* y que la necesidad sentida o apetecida para que tenga el carácter de colectivo deber ser sentida por ser miembro de la colectividad, o sea, como consecuencia de la vida comunitaria.

Sobre lo anterior, Marienhoff<sup>13</sup> difiere de la postura adoptada por la Doctrina y señala al respecto que "no debe referirse a circunscribirse aquí el concepto de "necesidad" al hecho de que tal necesidad responda a un requerimiento de la vida en comunidad. El concepto de necesidad "colectiva" debe referirse al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado de personas. Por eso, y ante el alcance o interpretación que se le quiere dar, en lugar de necesidad colectiva corresponde hablar directamente de necesidad o interés general.

"La especie o la índole misma de la necesidad nada influye en esto: basta con que sea sentida por un grupo apreciable de personas. Por lo demás, el servicio público no sólo puede existir en ciudades populosas, sino también en pequeñas aldeas o en modestas poblaciones, porque una necesidad "general" también puede existir en éstas. No veo razón alguna para que la provisión de energía eléctrica para alumbrado sea o pueda ser un servicio público, y no pueda hacerlo el de alimentación. En la época actual, la necesidad de luz, mediante alumbrado, no sólo la siente quien viva en un gran centro urbano, sino también quienes vivan en una zona rural: por eso es que la índole o especie de la necesidad es irrelevante en esta materia: lo esencial es que la respectiva necesidad exista. Exactamente lo mismo puede decirse de la alimentación. No debe olvidarse que para vivir colectivamente se requiere, como requisito *sine qua non*, la vida individual de cada uno, y esto, entre otras cosas, exige como básico la alimentación, cuya atención en los centros urbanos presenta características evidentes de servicio público. La necesidad de alimentarse no nace de la vida en comunidad: existe como imperativa exigencia biológica aunque el individuo viva aislado." Sigue argumentando Marienhoff que lo anterior "no desvirtúa la circunstancia de que ciertas necesidades, como el transporte, se hagan más intensas, y adquieran ciertas características especiales en los centros poblados que en los centros no poblados. Cada necesidad tiene su modalidad propia, lo cual no impide que todas puedan

<sup>13</sup> Ob. Cit., pág. 30.

ser objeto y servir de base a un servicio público". Marienhoff concluye que es indebido el alcance limitado y restringido que se pretende dar al concepto de "colectividad" sugiriendo que en lugar de tal palabra, es más propio usar la denominación de necesidad, como "la suma apreciable de concordantes intereses individuales".

Diez<sup>14</sup> refuta el alcance que Marienhoff pretende darle al concepto de necesidad colectiva para lo cual señala lo siguiente: "La idea del interés general se encuentra en todas las actividades públicas, sean ellas o no servicios públicos, y en este sentido los agentes públicos deben obrar siempre en interés general. Por otra parte, la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado. Por ello se ha dicho que lo que caracteriza al servicio público desde este punto de vista es que la satisfacción de una necesidad de interés general constituye el objeto de su creación. Una actividad se convierte en servicio público cuando los poderes públicos decidan asumirla para dar satisfacción a una necesidad de interés general, que sin esa intervención sería insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha". Continúa exponiendo el citado autor que "la necesidad de interés general que se trata de llevar mediante el procedimiento de los servicios públicos es la que resulta de la vida del hombre en sociedad. El hombre aislado tiene necesidades que satisfacer que son fundamentales pero que las satisface por su cuenta, especialmente, por ejemplo, la alimentación. Más otras necesidades van a nacer como consecuencia de ser miembro de la colectividad. La necesidad, entonces, que el servicio público cubre, no basta que sea general; es preciso que sea una consecuencia de la vida colectiva. En consecuencia, la alimentación no constituye un servicio público. En la práctica la prestan directamente los particulares como actividad privada. En cambio el transporte es un servicio público porque es una consecuencia de la vida del hombre en la sociedad. Las necesidades que se experimenten de manera diferente de individuo o individuos, por ejemplo, la alimentación, no pueden ser satisfechas por el sistema de los servicios públicos ya que sería imposible reglamentar su prestación, desde que faltarían las grandes uniformidades que hacen posible las generalizaciones. Por ello se ha dicho que no puede ser considerado servicio público el del propietario de una panadería que suministra pan para todo un barrio, sobre todo si se tiene en cuenta que el interés de la administración podrá descubrirse en las medidas de policía de diverso tipo relativas a la producción de pan". Concluye Diez indicando que la apreciación del interés general es discrecional y queda en manos del poder público. Asevera, no sin cierta razón, que no existe un criterio uniforme para calificar qué actividades merecen el tratamiento de servicio público, pues ello depende de las necesidades, que cambian de tiempo en tiempo y de lugar. Ejemplifica, entre otros casos, el servicio de

<sup>14</sup> Ob. Cit., pág. 202 y ss.

cultos, que fue en un tiempo servicio público en Francia hasta el año de 1905 que por Ley sancionada en ese año se decretó la separación de la iglesia y el Estado.

Comparando las posturas de los mencionados autores, bien podríamos calificar que la postura de Marienhoff refleja la tendencia, cada vez mayor, a una socialización de aquellas necesidades que afectan o puedan afectar a la colectividad. Por lo contrario, la actitud de Diez es evitar un aumento de las atribuciones del Estado y su intervención en las actividades que hasta ahora todavía tienen ingerencia los particulares, o sea, una actitud limitante de las atribuciones estatales. No obstante la discrepancia entre ellos, coinciden, independientemente de la interpretación del concepto de *necesidad colectiva*, que para que un servicio público merezca tal categoría jurídica, es menester que sea calificado como tal por el Estado, difiriendo en que Diez exige que sea al través de una Ley formal (Organo Legislativo) en tanto que a Marienhoff le basta con que provenga del Organo Ejecutivo, mediante decreto.

En nuestro país ciertamente que la tendencia coincide con la apuntada por Marienhoff y quizá no estemos lejos de actividades como la alimentación y vestido, entre otras, por el interés general que existe de disminuir las diferencias económicas entre los diversos estratos sociales, el Estado pudiera llegar en un tiempo no muy lejano, a convertir esas actividades en servicio público asumiéndolas en forma directa (estatización absoluta) o en forma indirecta mediante actos de concesión, constituyendo de esa forma prácticamente un monopolio estatal. Apenas en 1972, por reformas introducidas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dio el fundamento para la creación de la Ley Orgánica del INFOVIT, Organismo Público Descentralizado por servicio, que desde entonces tiene por objeto proveer a la clase trabajadora de una vivienda decorosa y digna. No cabe la menor duda que la vivienda constituye una necesidad de interés general: la cual no nace de la vida en sociedad. La prestación del servicio social de proporcionar vivienda actualmente no es originaria del Estado, por lo que no se requiere obviamente la obtención de concesión estatal para dedicarse a tal actividad; se requiere, en todo caso, permisos y autorizaciones, los cuales son exigidos por las Leyes aplicables como medidas necesarias para salvaguardar la seguridad, el orden, al igual que evitar abusos en perjuicio de los que contratan con aquellos que se dedican a tales actividades. En el ejemplo citado, no es una actividad totalizadora o monopolizante por parte del Estado; éste ha asumido tal función, paralelamente con los particulares, como un imperativo categórico social del fin último que justifica su existencia: El bien común. En el caso planteado la actividad no constituye un servicio público, pues para ello tendría que ser una actividad que sólo el Estado pueda realizarla por sí o mediante concesionarios, como sucede en el caso de las minas, transportes, pesca, etc. En los términos como está redactado

el capítulo de "Servicios Públicos" en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal podría haber una interpretación extensiva para comprender en el concepto de necesidad colectiva múltiples actividades que corresponden a los que la Doctrina llama servicios públicos "impropios" o "virtuales" y, pretender con ello convertirlas en servicios públicos "propios" de manera que sea el Estado a quien corresponda originalmente la actividad pudiendo llevarla a cabo por sí mismo o al través del acto de concesión, con lo cual se pondría en grave peligro la fuerza y vigencia del derecho individual consagrado en el Artículo 4 de nuestra Constitución.

#### VI. *Distinción entre función pública y servicio público*

Zanobini, citado por Fernando Garrido Falla,<sup>15</sup> opina que la función pública representa el ejercicio de una protesta pública, entendida ésta como una esfera de la capacidad del Estado, o sea, del ejercicio pleno de su soberanía, en tanto que el servicio público representa, por su parte, actividades materiales, técnicas, incluyendo de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines.

Por su parte, Rafael Bielsa<sup>16</sup> afirma que en principio la distinción entre función y servicio público se encuentra en que en el primer caso es abstracta y general, en tanto que en el segundo es concreta y particular, agregando que entre las funciones esenciales del Estado, se encuentra la defensa de la soberanía, la de asegurar la paz interior, la de promover el bienestar general. La función, concluye es un concepto institucional y el servicio público actualiza y materializa la función. Diez<sup>17</sup> inicia señalando que hay ciertas funciones esenciales e inherentes a su calidad de Estado y que no se concibe su existencia sin su ejercicio directo. Por ejemplo, la Defensa Nacional, el Poder Impositivo, la Seguridad interior, la Administración de Justicia, etc. No es factible, dice, que puedan ser encomendados a los particulares, ni aún en su carácter de concesionarios, por ser indelegables. En resumen indica que "en la actividad de la administración es posible distinguir la función pública del servicio público. Mientras es la actividad del Estado, la legislación y la justicia se caracterizan siempre por ser ejercicio de una función pública, la actividad administrativa comprende además del ejercicio de la función pública, el de los servicios públicos. Es necesario limitar el concepto de servicio público solamente a algunos aspectos de la actividad administrativa y contraponerle el concepto de función pública como forma superior de manifestación de la misma actividad".

<sup>15</sup> Ob. Cit., pág. 344.

<sup>16</sup> Ob. Cit., pág. 475.

<sup>17</sup> Ob. Cit., pág. 188.

Encontrar el criterio que permita distinguir ambos conceptos es trascendente, ya que ello permitirá decidir si se está o no en presencia de un servicio público, y a cargo de quien queda su prestación. A nuestro juicio el concepto de función pública está íntimamente vinculado al de las funciones esenciales del Estado (legislativo, judicial y administrativo). Si bien tales funciones —que constituyen la manera o forma de expresión de las potestades o atribuciones esenciales del Estado— en sí mismas pudieran ser consideradas servicios públicos en sentido lato sensu, y si bien es cierto, por ejemplo, que la función judicial en tiempos remotos la llegaron a ejercer particulares, por el desarrollo que ha sufrido la estructura estatal, hoy en día las tres funciones mencionadas son el ejercicio primario y fundamental de la soberanía estatal, como lo señalan Bielsa y Diez, y constituyen actividades indelegables que por razones obvias en ningún momento pueden ser ejercidas por los particulares. En cambio, el servicio público, es un concepto que encuadra dentro de la administración y que por la índole de la naturaleza e importancia de la necesidad a satisfacerse, dependiendo de la valorización que cada país le concede a cada necesidad, en algunos casos el servicio debe ser prestado por la administración en forma directa, excluyendo la posible participación de particulares (Defensa Nacional, Policía Preventiva y de Seguridad). En cambio otras necesidades pueden ser prestadas conjuntamente por la administración y los particulares (educación, transporte, etc.) cuya índole de la necesidad a satisfacer, por lo menos hoy en día nuestro país, no reviste tal magnitud que requiera ser prestado el servicio en forma exclusiva por el Estado desplazando a los particulares. Por lo contingente y mutable de ambos conceptos, quizá el criterio que pueda servirnos de base para determinar si un servicio público debe ser prestado por la administración o si podrá serlo por los administrados, es el relativo a la determinación, en cada caso particular, si la actividad apareja la idea de soberanía, como son los casos de Defensa Nacional y Policía de Seguridad, en tanto que si la actividad no afecta ni interesa en forma contundente la idea de soberanía, el servicio puede ser prestado por los administrados o particulares. En Argentina, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica es una actividad que la desarrollan los administrados mediante actos de concesión; mientras que entre nosotros, a partir de 1960, (nacionalización) se convirtió tal actividad en un ejercicio de soberanía, y en consecuencia, en función pública por ser el Estado el que la ejerce totalmente, sin que puedan intervenir los particulares.

#### VII. *El servicio público como organización*

Por la importancia que tiene la prestación eficaz de un servicio público para la satisfacción de una necesidad colectiva o de interés ge-

neral, y a fin de que pueda llevarse a cabo con todos los elementos humanos y técnicos necesarios y convenientes para obtener óptimos resultados en su prestación, y cumplir así con el fin de su creación, el servicio público presupone usualmente una organización de elementos y actividades, una ordenación de medios materiales y personales, esto es una empresa en sentido económico. La idea de organización prácticamente es inseparable de la noción de servicio público. Sin embargo, hay autores como Marienhoff<sup>18</sup> que señalan que no es necesario jurídicamente que exista una empresa o una organización agregando que lo substancial en la prestación del servicio público es la satisfacción de una necesidad, la cual puede ser satisfecha, haya o no organización constituida al efecto. La opinión de Marienhoff no tiene un sustento lógico pues toda organización presupone la combinación de elementos materiales y humanos, independientemente que tal organización o empresa tenga como titular a una persona física o moral, por lo que si una de las características del servicio público, como más adelante lo veremos, es la permanencia, resulta inconcebible que se pueda satisfacer sin que exista una organización, o sea, una combinación de capital y trabajo que permitan estar en condiciones y en aptitud de prestarlo eficazmente. La anterior aseveración queda corroborada por nuestro derecho vigente que en casi todas aquellas actividades calificadas como servicio público por nuestra legislación (Ley de Vías Generales de Comunicación, Ley de Navegación y Comercio Marítimos, Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional, en materia Minera, Ley Forestal, Ley Federal de Aguas, etc.), se exige una organización como presupuesto para asegurar la explotación de bienes del dominio público o la prestación de servicios públicos, o ambos a la vez. En algunos casos, como es el caso de la Ley de Vías Generales de Comunicación, no sólo exige una organización sino que ésta adopte la forma de una sociedad mercantil para asegurar su continuidad, independientemente del cambio de las personas físicas que formen parte de dicha organización.

#### VIII. Finalidad del servicio público

Todo el esquema técnico-jurídico atinente a la institución jurídica denominada servicio público tiene por objeto y fin que la actividad que se preste satisfaga una necesidad pública, colectiva o de interés general. En el capítulo Quinto de este ensayo hicimos alusión a los diversos criterios doctrinales para ubicar el concepto de necesidad colectiva y llegamos a la conclusión, si a ello se le puede llamar así, que dependiendo de la mayor o menor estatización será mayor o menor la amplitud o extensión de tal

<sup>18</sup> Ob. Cit., pág. 52.

concepto. La finalidad del servicio público es satisfacer el mayor número de necesidades sean de naturaleza biológica o física, social, cultural, inclusive moral, y lo que es más importante que llegue a satisfacer al mayor número de sujetos que tengan tal necesidad. Por ello, uno de los caracteres propios del servicio público es su generalidad, como más adelante lo analizaremos. En consecuencia, si un servicio público no realiza el fin para lo cual fue creado, tiene lugar en todo caso la caducidad o rescisión de la concesión, según sea el caso.

#### IX. Régimen jurídico aplicable a los servicios públicos

Con motivo de la absurda tesis doctrinal sobre la doble personalidad del Estado (que en un tiempo tuvo su razón de ser), y que por desgracia todavía sostiene nuestro máximo tribunal, dio lugar en la doctrina al planteamiento del régimen aplicable a los servicios públicos, es decir, si su régimen jurídico es de Derecho Privado o de Derecho Público, o bien, parte de uno o parte del otro. Existe coincidencia en la Doctrina<sup>19</sup> en el sentido de que el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos es primordialmente un régimen de Derecho Público. Sin embargo, Díez, entre otros, señala como excepciones a tal regla aquellos servicios públicos industriales o comerciales en que para su prestación se adopta la forma de empresa pública, más bien conocida entre nosotros como Empresa de Participación Estatal, mayoritaria o minoritaria.

En nuestra opinión el régimen jurídico aplicable a la prestación del servicio público, sea por parte del Estado directamente o por medio de concesionarios, con mayor razón en el primer caso, es de Derecho Público, es decir, conforme a un régimen exorbitante del Derecho Privado. En resumidas cuentas, por afectar la estructura corporativa del Estado en cuanto que a él le compete, en última instancia, reglamentar, regular y vigilar su prestación y, en cuanto que en mayor o menor grado el Estado es el encargado de imponer las modalidades en su prestación y dado que, además, tratándose de un particular concesionario éste queda vinculado en cuanto a tal actividad a todo un régimen jurídico distinto a las normas propias del Derecho Privado, colegimos de ello que todo el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos es de Derecho Público, aún en aquellas transacciones que realiza, por ejemplo, un concesionario al adquirir maquinaria y equipo, pues uno de los elementos del servicio público es la estabilidad financiera necesaria para prestarlo eficazmente, estabilidad que vigila el propio Estado y para ello exige determinadas condiciones y requisitos para mantener tal equilibrio financiero. Claro está

<sup>19</sup> Ver Dr. Gabino Fraga, Derecho Administrativo; Dr. Andrés Serra Rojas, Derecho Administrativo; Agustín A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, entre otros.

que cuando el concesionario adquiere equipo o maquinaria como medios de capital o como instrumentos para prestar el servicio público, considerado en sí mismo el acto de adquisición (contrato de compraventa) se regula como institución jurídica, por el Derecho Privado; sin embargo, aún en ese caso, la adquisición del equipo o maquinaria, en muchas ocasiones, es por orden de la autoridad concedente, para contar con los elementos materiales necesarios para la eficaz prestación del servicio, o bien, para renovar la maquinaria o equipo deteriorado u obsoleto. En cuanto a las relaciones del concesionario o prestador del servicio público con el usuario, su relación se regula preponderadamente por el Derecho Público, pues el prestador del servicio está sujeto a un régimen de tarifas, a un conjunto de términos y condiciones relativos a la manera y forma de prestar el servicio, los cuales no son materia, ni pueden serlo de discusión o transacción con los usuarios, o sea, legalmente carece el prestador del servicio de la autonomía de voluntad, propia del Derecho Privado en materia contractual, para discutir y convenir con el usuario los elementos esenciales de la manera y términos de prestar el servicio, pues ello le es impuesto unilateralmente por el Estado. En fin, que todas las actividades del prestador están impregnadas del Derecho Público, cuyas normas de control son cada vez más intensas y rigurosas, ejerciendo el Estado un poder de policía general, continuo y permanente. La solución que se ha dado en cada país sobre el régimen jurídico aplicable es más o menos generalizado y uniforme. En donde difieren es en los tribunales competentes para dirimir las controversias que surjan entre la autoridad concedente y el concesionario, por un lado, y este último y el usuario, por el otro. Naturalmente el hecho de que en algunos casos los tribunales ordinarios (y no los tribunales contenciosos-administrativos) sean los competentes para resolver tales conflictos no es razón legal para determinar el régimen jurídico aplicable en cuanto al derecho sustantivo.

#### X. Caracteres jurídicos del servicio público

En razón de que se trata de satisfacer una necesidad pública colectiva o de interés general, el servicio público debe estar dotado, tal como quedó señalado en el capítulo anterior, de medios y normas exorbitantes al Derecho Privado, es decir, sometido a un régimen de Derecho Público, de ahí que la Doctrina y nuestra propia legislación señalan cuatro caracteres fundamentales que deben tener los servicios públicos, que son los siguientes: continuidad, regularidad, igualdad y generalidad. Algunos autores, como Marienhoff, señalan como elementos característicos también la obligatoriedad de prestar el servicio público.

Tales caracteres, incluyendo el de la obligatoriedad, constituyen la

esencia propia del servicio público sin los cuales la noción perdería su auténtico y cabal significado.

La continuidad constituye quizá el carácter más acentuado del servicio público, y ello significa que la prestación no puede interrumpirse ni suspenderse por haberse establecido en favor de la colectividad. Paralizar los servicios públicos puede ocasionar graves daños a la colectividad y a nuestro juicio debe sancionarse severamente todo acto tendiente a su interrupción total a parcial. En nuestro país continuamente se ve amenazada la interrupción de un servicio público por el ejercicio, irrestricto y absoluto del Derecho de huelga, cuyo tema será analizado en el último capítulo de este trabajo.

El segundo elemento del servicio público es la regularidad lo cual es distinto del de la continuidad. Decíamos que un servicio es continuo cuando no se interrumpe, en tanto que la regularidad se refiere a que el servicio se preste en forma correcta y de acuerdo con la reglamentación vigente. Por ello, la mayoría de las legislaciones, incluyendo la nuestra, señalan que para el buen funcionamiento del servicio la administración cuenta con la facultad de imponer modificaciones y modalidades en su prestación que sean necesarias y razonables.

Otro elemento fundamental del servicio público es el principio de igualdad. El servicio debe prestarse en igualdad de condiciones, sin que obste que se puedan establecer diversas categorías de usuarios manteniéndose en estricta igualdad a todos aquellos que estén en determinada categoría. Algunos autores denominan a este elemento con el nombre de uniformidad.

También el servicio tiene el carácter de general, es decir, que es para todos y no a determinadas personas. Dicho principio se vincula intensamente con el de igualdad o uniformidad ya que el servicio tiene derecho a usarlo todos los habitantes que cumplan o satisfagan los requisitos que la Ley del servicio imponga en cada caso para su otorgamiento o prestación.

Por último, algunos autores como Marienhoff, señalan como característica esencial de los servicios públicos, la obligatoriedad. Al efecto señala, con toda razón, que de nada servirían los caracteres mencionados sino debe prestarlo o realizarlo quien estuviere obligado a ello. La negativa a prestar el servicio debe tenerse como una falta gravísima. Muchas de nuestras leyes que regulan diversos servicios públicos señalan como causa de caducidad del servicio no prestarlo cuando es solicitado, siempre y cuando no medie una causa justificada. Obviamente que la nota o característica de obligatoriedad se encuentra referida a quien debe prestar el servicio; no al usuario, a pesar de que hay determinados servicios públicos obligatorios para el usuario, como es la instrucción primaria de acuerdo con el Artículo 3o. Constitucional.

*XI. Órgano estatal competente para calificar si una actividad constituye una necesidad colectiva o de interés público y, en consecuencia, debe satisfacerse mediante el sistema del servicio público*

La cuestión planteada es determinante para saber en cada caso qué órgano es el competente para calificar cuando estamos en presencia de una necesidad de tal magnitud que merezca y requiera ser satisfecha mediante el procedimiento del servicio público. Esto tiene una importancia capital por cuanto que tal calificación viene a poner en peligro o a restringir la libertad privada en virtud del principio de libertad de trabajo.

El planteamiento del problema no sólo se restringe a determinar si el órgano ejecutivo es o no competente para llevar a cabo tal calificación sino que de acuerdo con la jerarquía de normas jurídicas nos encontramos en nuestro Derecho con el problema atinente a saber si la actividad a calificarse como necesaria implica una reforma constitucional o es suficiente una ley secundaria. Este tema, merece de por sí ser analizado bajo un tratamiento monográfico más amplio que el presente. Nos inclinamos a sostener que corresponde la facultad de crear servicios públicos al órgano legislativo. Hay que distinguir: a) si se trata de un servicio público exclusivo del Estado que tenga como presupuesto necesario para llevarlo a cabo la explotación de un bien del dominio del Estado debe estar contenida la facultad en forma expresa en el texto constitucional. Hubiera sido un acto inconstitucional que mediante una ley secundaria u ordinaria, sin reforma constitucional, se hubiera decretado el dominio directo de la nación sobre los hidrocarburos (artículo 27, párrafo 4º de la Constitución) y, por ende, que su aprovechamiento o explotación hubiere dado exclusividad o monopolio al Estado. Por ello cuando en 1917 los hidrocarburos fueron incluidos en el texto constitucional como del dominio directo no por ello quedó impedido el Estado para conceder su aprovechamiento a terceros, mediante concesiones, pero para que el aprovechamiento y explotación fueran exclusivos del Estado, hubo necesidad del acto de nacionalización mediante la reforma constitucional respectiva. Lo mismo cabe decir de aquellas actividades que ejerce el Estado en forma exclusiva a que se refiere el Artículo 28 Constitucional; y b) la otra situación es la relativa a que si en el texto constitucional se atribuye expresamente al congreso la facultad de legislar sobre ciertas instituciones que impliquen servicios públicos, es factible que la creación de tales servicios correspondan al órgano legislativo en sus funciones ordinarias, sin requerirse en todo caso la reforma constitucional; lo que no es admisible por ningún concepto, aún cuando haya una Ley del Congreso de la Unión sobre el particular, que sea el órgano ejecutivo, como sucede en el caso de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, quien califique cuando se está en presencia de una necesidad y la convierta a un régimen especial de servicio público, pues ello implica

romper el esquema y estructura de nuestro régimen jurídico en detrimento de la libertad de trabajo. Téngase presente que los derechos individuales sólo pueden ser restringidos o limitados por medio de una ley en sentido formal y material emanada por el órgano legislativo. En esta materia no cabe el ejercicio de la facultad discrecional, en cuanto a determinar si se está o no en presencia de una necesidad colectiva, pues ello implicaría prácticamente la delegación de facultades legislativas en el ejecutivo, lo cual está prohibido en principio por nuestra Constitución.

En síntesis la creación de un servicio público le corresponde al órgano legislativo, sea al constituyente permanente o al ordinario, según sea el caso. Para sustentar la expresada competencia legislativa caben los siguientes argumentos:

1. La creación de un servicio público limita la esfera de acción de los particulares o administrados, afectando su libertad, su propiedad, la libertad de comercio, de industria, etc.;

2. Los medios con que cuenta un servicio público desfavorecen o perjudican a las actividades privadas concurrentes, lo que sucede aunque se trate de un servicio público no monopolizado, pues ello es una consecuencia de la fuerza o poder económico del Estado, cuyo Presupuesto cubrirá eventualmente el déficit que arroje el servicio público, de ahí que surja por parte del Estado, tratándose de un servicio público no monopolizado, su concurrencia que bien puede calificarse de competencia desleal pues resulta mucho más gravosa y difícil para las empresas privadas que compiten con el Estado en la prestación del servicio; y

3. La creación de un servicio público por parte del ejecutivo que implica a su vez la creación de un organismo descentralizado o empresa de participación estatal trae aparejada necesariamente una nueva inversión que debe de ser autorizada por parte del Congreso de la Unión (Cámara de Diputados) por medio del Presupuesto de Egresos de la Federación.

*XII. El derecho de huelga en los servicios públicos*

Cuando hablamos de los caracteres jurídicos de los servicios públicos mencionábamos su continuidad, o sea, la no interrupción del servicio porque ello puede ocasionar graves daños a la colectividad. De ahí que la huelga en los servicios públicos es una contraposición a ese elemento esencial que es la continuidad. Aparentemente resultan antagónicos el derecho a la continuidad del servicio público y el derecho de huelga. En el Apartado A) del Artículo 123 y su Ley Reglamentaria (Ley Federal del Trabajo), el Derecho de Huelga se consagra en forma absoluta, cuando es calificada como lícita. En cambio, el Derecho de Huelga no es absoluto en su origen tratándose de los trabajadores al servicio del Estado, según lo dispone el Apartado B) del Artículo 123 Constitucional, pues para

que la huelga sea procedente se requiere que las violaciones a los derechos de los trabajadores sea de manera general y sistemática; pero también como sucede en el Derecho de Huelga previsto en el Apartado A), dándose los presupuestos correspondientes la huelga se convierte en un derecho absoluto e irrestricto. No cabe la menor duda que la huelga se desnaturaliza cuando se le usa como instrumento de lucha y presión políticas; pero tampoco cabe duda sobre la legitimidad de tal derecho cuando se ejerce como medio eficaz para contrarrestar los abusos y excesos de los patrones, y estabilizador de las fuerzas sociales y económicas. La huelga en los servicios públicos da la impresión que son incompatibles, pues por una parte existe el deber del Estado de asegurar a toda costa la continuidad del servicio.

Reconocer el derecho de huelga en los servicios públicos implica destruir, en beneficio de una colectividad menor, el régimen jurídico de una colectividad mayor. Por razones estrictamente políticas, que no viene al caso señalarlas, muchas de las actividades que constituyen servicios públicos, las relaciones laborales entre los prestadores del servicio y sus trabajadores se rigen por el Apartado A) del Artículo 123 a pesar de que existe disposición legal contenida en el Artículo 1º de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional que enumera en forma enunciativa más no limitativa aquellos Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal que quedan también comprendidos en dicha Ley, así como cualesquiera otros análogos que presten servicios públicos. Por el principio de autoridad formal de la Ley, es cuestionable que el Ejecutivo al crear un Organismo Descentralizado o una Empresa de Participación Estatal destinado a la prestación de un servicio público pueda señalar en el propio decreto que las relaciones obrero-patronales se regirán por el Apartado A), pues ello implicaría una derogación a la disposición mencionada de la ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. También sabemos que se ha usado como instrumento para restar una fuerza a la huelga en los servicios públicos, la facultad de la requisición, prevista en la ley de Expropiación cuyo instrumento legal suele usarse con mucha frecuencia. Como solución a tal aparente antagonismo se ha propuesto la adición de un nuevo Apartado, como C), al Artículo 123 Constitucional, tratándose de instituciones docentes. La solución a nuestro parecer es innecesaria si para el caso de huelga en los servicios públicos se adoptara el criterio que por ejemplo en Alemania se ha seguido sobre el particular. En dicho país se ha exigido el arbitraje obligatorio ante los Tribunales competentes, que entre nosotros evidentemente serían los federales, para evitar que en forma indebida se paralicen las actividades relativas a la prestación del servicio. Adoptar la posición del arbitraje obligatorio quizá resulta la solución más justa y equitativa conciliando así los intereses de las partes en conflicto, pues el arbitraje no menoscaba el

derecho de "huelga" y tampoco se paralizan los servicios pues ello implicaría que la autoridad judicial se avocara al fondo de la cuestión y resolviera definitivamente el conflicto planteado, y no esperar hasta que las partes decidan de mutuo acuerdo la solución del conflicto.

"INTEGRI RESTITUTIO COMPETIT AUT IN REM AUT  
IN PERSONAM"

Exégesis de PS 1.7.4.

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO

I. Introducción; 2. La interpretación de Ernst Levy sobre PS 1.7.4; 3. Relaciones entre la *in integrum restitutio propter metum* y la *actio quod metus causa*; 4. Conclusiones respecto del autor del texto analizado.

1. Es comúnmente aceptado por la doctrina que el régimen clásico de la *in integrum restitutio*<sup>1</sup> constaba de dos etapas: en la primera el pretor realizaba una *causae cognitio* para resolver, mediante un *decretum*,<sup>2</sup> si protegía al solicitante concediéndole una *actio rescissoria* o una *exceptio*; la segunda era un verdadero *iudicium*, llamado *rescissorium*, en cuya fórmula iba incluida una *fictio* que indicaba al juez que juzgara como si no hubiera ocurrido el acto impugnado, tendiente a hacer efectivas las consecuencias prácticas de la rescisión.

Había varias causas por las que el pretor concedía la i.i.r.; una de ellas era el *metus*. Inicialmente, quien había realizado un negocio jurídico a causa de intimidación sólo contaba con este recurso; pero luego apareció una nueva acción que también protegía al intimidado, la *actio quod metus causa*,<sup>3</sup> dirigida a obtener una *condemnatio* por el cuádruplo del negocio realizado con intimidación, en favor de quien había sufrido el *metus*.<sup>4</sup> Como la fórmula de esta acción contenía una cláusula arbitraria, por la que el demandado evitaba la condena por el cuádruplo si restituía lo que hubiera obtenido por medio de la intimidación, llegó a convertirse en un expediente rescisorio y a quitar campo de aplicación a

<sup>1</sup> En lo sucesivo se abreviará *in integrum restitutio* con las siglas i.i.r.

<sup>2</sup> Actualmente se discute si el *decretum* del pretor era necesario en todos los casos. LAURIA, *Studi Bonfante* 2, pp. 514 y ss., y CERVENCA, *Novissimo Digesto Italiano*, v. *restitutio*, consideran que ordinariamente el pretor concedía la acción rescisoria sin pronunciar el *decretum* y que éste sólo era necesario en casos especiales, p. c. cuando se concedía una i.i.r. a fin de dar una *facultas abstinendi* o una *bonorum possessio*.

<sup>3</sup> En lo sucesivo se designará la *actio quod metus causa* con las siglas a.q.m.c.

<sup>4</sup> Respecto del tiempo en que aparecen una y otra, vid PAULYS-WISSOWA, *Realencyclopädie*..., v. *restitutio*.

la i.i.r. *propter metum*. Así, la a.q.m.c. llegó a figurar en el edicto perpetuo, según la reconstrucción de Lenel, en el título X, que llevaba la rúbrica "*De in integrum restitutionibus*", junto al edicto que concedía la i.i.r. *propter metum*.

Estos dos dispositivos procesales llegaron a quedar completamente confundidos al ser absorbida la i.i.r. por la a.q.m.c. Esto ya es patente en documentos posteriores a Dioclesiano,<sup>5</sup> y fue resultado de la extinción del procedimiento ordinario de las fórmulas.<sup>6</sup> Sin embargo, parece fundada la afirmación de que esa confusión ya ocurría en la última época clásica en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*,<sup>7</sup> y que ya se manifestaba en rescriptos de Diocleciano.<sup>8</sup>

En este artículo haré una exégesis de un pasaje de las *Pauli Sententiae*, en el que aparentemente se presentan confundidos esos dos recursos, con el objeto de hallar algún elemento que ayude a explicar la relación en la i.i.r. *propter metum* y la a.q.m.c., y de fijar la posible época de redacción del texto. El fragmento a comentar (PS 1.7.4) textualmente dice:

*Integri restitutio competit aut in rem aut in personam. In rem actio competit ut res ipsa qua de agitur revocetur; in personam aut quadrupli poena intra annum vel simpli post annum peti potest.\**

El texto llama la atención por varios motivos: a) por la mención de que la i.i.r. puede proceder *in rem* o *in personam*, ya que la i.i.r. clásica daba lugar sólo a una *actio rescissoria* con ficción o a una *exceptio*; b) porque habla de la i.i.r. como una *in rem actio*; c) porque señala como efecto de la i.i.r. una pena del cuádruplo y éste era el efecto propio de la a.q.m.c., y d) por la expresión *integri restitutio* en vez de la clásica *in integrum restitutio*.

2. Ernst Levy, quien ha sido el único autor que ha pretendido hacer un examen crítico general de PS, examinó el texto que nos ocupa en su trabajo titulado "*Zur nachklassischen in integrum restitutio*",<sup>9</sup> cuyas conclusiones han sido generalmente aceptadas por la romanística contemporánea.<sup>10</sup>

Según este autor, la mencionada *sententia* se explica por que la i.i.r.

<sup>5</sup> Vid. LEVY, ZS 86, 1951, pp. 381 y ss.

<sup>6</sup> Así lo ha demostrado SCHULTZ, ZS 43, 1922, pp. 228 y ss.

<sup>7</sup> CERVENKA, *op. cit.* n. 2, pp. 741 y ss.; LAURIA, *op. cit.* n. 2, pp. 519 y ss.

<sup>8</sup> D'ORS, AHDE, 1971, pp. 827 y ss.

\* La restitución del entero procede *in rem* o *in personam*. Procede *in rem* para que la cosa misma de que se trata se revoque; puede pedirse *in personam* la pena del cuádruplo [si la acción se ejercita] dentro del año o la pena simple [si la acción se ejercita] después del año.

<sup>9</sup> Publicado en ZS 86, 1951, pp. 360 y ss.

<sup>10</sup> KASER, *Römischen Privatrecht* II, pp. 61 y ss., cit. por D'ORS, AHDE, 1971, p. 827.

llegó a ser, para la doctrina vulgar de occidente, una *actio* igual a todas las demás acciones.<sup>11</sup> El criterio que determinó la distinción entre una *actio* (= *restitutio*) *in rem* y una *actio* (= *restitutio*) *in personam* fue el de la finalidad de la demanda: si se pedía la cosa misma, se intentaba la *actio in rem*, si se pedía una cantidad de dinero, la *actio in personam*.<sup>12</sup> El texto, continúa Levy, pone de manifiesto la confusión en que incurrió la doctrina jurídica vulgar de occidente respecto de la i.i.r.: la confunde con la a.q.m.c. al decir que aquélla implica una responsabilidad por el cuádruplo.<sup>13</sup>

Por consiguiente, PS 1.7.4 debió ser redactado, no por el autor original de PS, quien reflejaría el derecho vigente en la época de Diocleciano, sino por un autor que estuviera en contacto con el derecho vulgar de los visigodos y que escribiera entre los años 400 y 450, o por uno de los compiladores de la *Lex Romana Visigothorum* del año 506.<sup>14</sup> La *sententia*, afirma Levy, tiene el espíritu de la *Interpretatio* visigótica de PS.<sup>15</sup>

Pero esta tesis de Levy no parece sostenible si se tiene a la vista D. 4.2.9.4, que textualmente dice:

*Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.\**

Este fragmento del Digesto ha sido criticado por Beseler, quien considera que en su totalidad es obra de los compiladores.<sup>16</sup> El objetivo que éstos tenían en mente era dar a quien, intimidado, remitió una deuda, una vía directa para la rescisión, además de la a.q.m.c. Suponiendo que efectivamente todo el texto fuera invención justiniana, sería necesario, sin embargo, explicar la semejanza con PS 1.7.4. Si ésta, como opina Levy, fue obra de los visigodos, sería muy extraño que los compiladores, formados en las escuelas clasisistas de oriente, se inspiraran en un texto redactado por hombres poco conocedores del derecho. Por el contrario, si el texto del Digesto, adversamente a lo que piensa Beseler, no es obra justiniana, entonces tampoco puede explicarse su coincidencia con el texto de PS, si es que éste, como quiere Levy, fue obra visigótica.

Parece más verosímil, a rasgos generales, suponer que tanto PS 1.7.4 como D. 4.2.9.4 reflejan una situación jurídica que prevaleció tanto en

<sup>11</sup> LEVY, *op. cit.*, n. 9, p. 382.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 394 y 395.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 395 y 396.

<sup>14</sup> Es decir, de acuerdo al método que utilizó LEVY en su *Pauli Sententiae. A palin-genesia...*, New York, Cornell U. P., 1945, el autor de esta PS sería C o quizá V.

<sup>15</sup> LEVY, *op. cit.*, n. 9, p. 382.

\* Pues se concede al que lo desea tanto la acción real como la personal, una vez rescindida la aceptilación u otro medio de liberación.

<sup>16</sup> BESELER, I, 73; cit. por SCHULTZ, ZS 43, 1922, pp. 217 y ss.

oriente como en occidente, antes del *Breviario* de Alarico y de la codificación justiniana.

3. En época clásica, quien había celebrado un acto jurídico por causa de intimidación tenía, hacia fines de la República,<sup>17</sup> dos recursos para recuperar lo que hubiese perdido: la i.i.r. *propter metum* o la a.q.m.c. Lo más probable es que la i.i.r. fuera el recurso más antiguo y que la a.q.m.c. fuera un recurso más perfecto.<sup>18</sup>

A partir de entonces fue necesario escoger el recurso con que el intimidado sería protegido.<sup>19</sup> *D* 4.2.21.6 y 14.2 plantean claramente la alternativa.

Hubieron algunas razones prácticas para que, en general, la a.q.m.c. fuera quitando terreno a la i.i.r.: 1) el que la primera tuviera una fórmula con cláusula arbitraria la hacía apta para servir como acción rescisoria;<sup>20</sup> o sea que el juez, de resultar fundada la pretensión del demandante, condenaría al intimidante a pagar el cuádruplo de lo que la cosa valiere, a no ser que restituyere la cosa, cancelare la estipulación, reconociere como válida una obligación, etc.; 2) por principio de economía procesal era más conveniente intentar la a.q.m.c., cuyo ejercicio llevaba directamente al examen de la cuestión, y no la i.i.r. que requería un examen para decidir si se concedía o no la protección, y luego ejercitar la correspondiente acción rescisoria, y 3) la interpretación que hizo la jurisprudencia, particularmente Juliano, del alcance que tenía la restitución que debía hacer el demandado si no quería ser condenado al cuádruplo: en *D* 4.2.9.7 se dice que Juliano opinaba (4 *Dig.*) que la restitución de la obligación que había sido cancelada por intimidación, debía hacerse de suerte que si el deudor (y demandado) no la pagaba, o si, una vez restablecida la obligación, éste no aceptare el juicio correspondiente, debía ser condenado al cuádruplo; la novedad que introdujo Juliano consistió en exigir que la aceptación del juicio sobre la obligación restituida fuera necesaria para evitar la

<sup>17</sup> SCHULTZ, *ZS* 43, pp. 217 y ss. sostiene que la a.q.m.c., cuya fórmula, llamada "octaviana", fue diseñada por el pretor Octavio hacia el año 80 a. C. con fines preponderantemente penales, llegó a convertirse en una acción para rescindir negocios civiles hacia fines de la República; y que la i.i.r. *propter metum* aparece citada por primera vez con alcance general por Séneca el Viejo (54 a. C.—39 d. C.).

<sup>18</sup> PAULYS-WISSOWA, *Realencyclopädie...*, v. *restitutio*, p. 679.

<sup>19</sup> Parece probable que en la mayoría de los casos la elección del recurso la hiciera el demandante. Así lo hacen pensar *D*. 4.2.9.4, 5; 21.6; en *D*. 4.2.9.6 Juliano dice que al escogerse una vía se extingue la otra. Pero cuando el demandante intentaba la a.q.m.c. después del año útil, el pretor tenía que hacer una *causae cognitio* para examinar si no era procedente otra acción y, en este caso, si era prudente conceder la acción pedida, o bien conceder otra acción; así *D* 4.2.14.2. Quizá también sucediera que cuando se solicitaba una i.i.r. *propter metum* al pretor, éste, cuando decidiera proteger al solicitante, le diera la a.q.m.c. en función rescisoria; esto pudo ocurrir cuando todavía no se delimitaba claramente el campo de aplicación de uno y otro recurso.

<sup>20</sup> *Vid.* D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 3a. ed., 1977, par. 380, n. 12.

condena al cuádruplo. Esto no era posible con la protección que en un caso similar concedería la i.i.r.: una acción con ficción, cuyo juicio podía ser o no aceptado, sin que la negativa de aceptación conllevara más consecuencias que las ordinarias.

Sin embargo, hubo supuestos en que la i.i.r. era un mejor remedio que la a.q.m.c.: 1) cuando alguien aceptaba o repudiaba una herencia, y 2) cuando los efectos de la rescisión afectaban a terceros.<sup>21</sup>

Se ha aceptado que la a.q.m.c. clásica era una *actio in rem scripta*, y que por la redacción objetiva de su fórmula podía ser dirigida contra terceros, ya que no era necesario nombrar a quien había causado la intimidación, sino sólo probar que se había actuado por intimidación. Pero incluso Lenel duda que la a.q.m.c. fuera una *actio in rem scripta*,<sup>22</sup> y antes que él Schultz había probado, a mi juicio, que tal concepción no era clásica.<sup>23</sup> Hay textos que demuestran que en época clásica los juristas discutían en qué casos y hasta qué grado podían ser perjudicados los terceros por el ejercicio de una a.q.m.c., y esta discusión es la que hace comprensible las palabras de *PS* 1.7.4: *competit aut in rem aut in personam*.

En *D* 4.2.14.5 se dice que algunos juristas pensaban que el comprador de buena fe, lo mismo que el legatario o el donatario, que adquirían de quien intimidó no podían ser demandados por la a.q.m.c.; pero que la opinión de Pedio y Viviano en el sentido de admitir la acción contra terceros adquirentes de buena fe, fue la que prevaleció. Los casos que aquí se planteaban como objeto de la discusión eran: la cosa que llegó a manos de un tercero adquirente ha perecido sin dolo de éste, y el esclavo adquirido de buena fe se ha fugado.<sup>24</sup>

*D* 4.2.11 (Paulo, *notae ad Jul. 4 dig*) señala un caso en que la a.q.m.c. no procede contra terceros: cuando alguien, sin conocimiento del fiador, hace violencia para que se libere al fiador, éste no quedaba obligado.

También a propósito de *fideiussio*, refiere *D* 4.2.9.8 que Juliano opinaba que cuando un *fideiussor* actuaba con violencia para que se le liberara, no podía proceder la a.q.m.c. contra el deudor principal, sino que la acción debía enderezarse contra el mismo *fideiussor* para condenarle al cuádruplo, a no ser que restituyera la acción contra el deudor principal; pero el texto añade que Juliano fue criticado certeramente por Marcelo, quien

<sup>21</sup> MARGADANT, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, v. *restitutio*, p. 984.

<sup>22</sup> LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 3a. ed., p. 113.

<sup>23</sup> SCHULTZ, *SZ* 43, 1922, pp. 240 y ss.

<sup>24</sup> SCHULTZ, *Op. cit.*, p. 250 y ss. juzga que este texto fue manipulado: en su primera parte, donde se proponen los casos objeto de la discusión, se nota, dice Schultz, un estilo completamente justiniano, por lo que concluye que todo este trozo del texto es obra de los compiladores. No obstante, el mismo autor está de acuerdo en que los clásicos discutieron sobre el alcance de la a.q.m.c., y los casos propuestos en el texto se repiten en *D* 4.2.14.11, por lo que no me parece que sea aceptable la afirmación de que fueron inventados por los compiladores.

afirmaba que la *a.q.m.c.* si procedía contra el deudor principal, porque se trataba de una *actio in rem scripta*.

En un rescripto del emperador Gordiano, del año 238, se niega la *a.q.m.c.* al heredero del intimidado que quería ejercitarla contra un tercero adquirente de buena fe, y en cambio se le permite ejercitar una *actio in rem*.<sup>25</sup>

Como en términos generales, la *a.q.m.c.* pareció mejor defensa, se fueron haciendo interpretaciones para ampliar sus efectos contra terceros adquirentes de buena fe. Es muy probable que tal acción fuera en sus orígenes, por razón de su carácter penal, pasivamente intransmisible, pero poco a poco sus efectos se fueron extendiendo contra el heredero del intimidante por la medida de su enriquecimiento (*D* 4.2.19) y aun contra el heredero del heredero del intimidante (*D* 4.2.17). Juliano, quien parece haber intervenido decisivamente en favor del desarrollo de la *a.q.m.c.* (ver, además del texto citado a continuación, *D* 4.2.9.6.7 y 8), afirmaba (*D* 4.2.18) que la acción procedía contra cualquier tercero adquirente de buena fe por la medida de su enriquecimiento.

Estas interpretaciones debieron ocurrir en época clásica, cuando todavía se distingue la *i.i.r. propter metum* de la *a.q.m.c.* Pero cuando el proceso formulario fue sustituido por el proceso cognitorio, la diferencia entre una acción real con ficción en funciones de rescisoria, derivada de una *i.i.r. propter metum*, y una acción simplemente rescisoria (la *a.q.m.c.*) dejó de tener importancia. Para el juez del procedimiento cognitorio, lo mismo que para las partes, lo que interesa es definir si hay lugar o no a la rescisión.<sup>26</sup> En este sentido es ilustrativo el hecho de que todos los rescriptos y constituciones imperiales conservados en el título "*De his quae vi metusve causa gesta sunt*" del *Codex* justineano, que fueron emitidos por Diocleciano o sus sucesores (o sea posteriores al año 284) se ocuparon en definir si hubo o no *metus* en los casos propuestos, es decir si hay lugar o no a la rescisión, pero ninguno señaló como habría de hacerse la restitución, si por vía de *i.i.r.* o de *a.q.m.c.*

La extensión que fue recibiendo el campo de aplicación de la *a.q.m.c.* hizo que, en general, desapareciera la *i.i.r. propter metum* ya que el siglo cuarto.<sup>27</sup> Y para proteger aquellos casos de *metus* en que era más adecuado el auxilio de una acción real, se fue haciendo la interpretación de que la *a.q.m.c.* era una *actio in rem scripta*.

<sup>25</sup> SCHULTZ, *Op. cit.*, pp. 253 y 254 dice que el texto es clásico en todo, excepto en las palabras *in rem actionem*, que según él debieron ser el sustituto de *in integrum restitutionem*. Esto lo afirma porque piensa que la *i.i.r.* y la *a.q.m.c.* estaban completamente diferenciadas en época clásica; pero el texto bien puede ser un indicio de que la confusión entre ambos recursos ya se perfilaba en tiempos clásicos.

<sup>26</sup> Vid. SCHULTZ, *Op. cit.*, p. 230. D'ORS, *Op. cit.*, n. 8, p. 309.

<sup>27</sup> LEVY, *ZS* 86, 1951, p. 398 y ss. afirma que no existió en época postclásica otra *i.i.r.*, que no fuera la que protegía a los menores de edad; pero que luego Justiniano trata de revivir, sin lograrlo cabalmente la *i.i.r.* clásica.

En el ya citado texto (*D* 4.214.5) se dice que Pedio opinaba que la *a.q.m.c.* debía proceder contra quien infundió miedo, aunque la cosa estuviera en poder de otro, o contra quien tenía la cosa en su poder, aunque la intimidación la hubiera causado otro. Según esta interpretación, la acción procedería contra cualquier tercero adquirente de buena fe, o cuando la cosa hubiere perecido, contra quien causó la intimidación. En *D* 4.2.9.8 se define, por única vez, que la *a.q.m.c.* es una *actio in rem scripta*.

Schultz<sup>28</sup> ha demostrado, a mi parecer que esta concepción de la *a.q.m.c.* no era clásica, ya que los textos que la definen fueron manipulados por los compiladores. Su argumento principal es, en pocas palabras, que los textos que aparecen en el *Digesto* en sede de la *a.q.m.c.* y que la definen como *in rem scripta* fueron textos que originalmente se escribieron a propósito de la *i.i.r. in rem*. Por esta razón, Schultz propuso que se revisara el texto de la fórmula de la *a.q.m.c.*, en el sentido de incluir en ella la mención de quien causó el *metus*, de suerte que fuera una acción personal, como la *actio doli*. Lenel recogió esta sugerencia en su tercera edición del EP y, sin modificar la reconstrucción que había hecho de la fórmula, la presenta como una posibilidad.

4. Regresando al texto de *PS* que nos ocupa, después de las consideraciones que se han hecho arriba respecto de la *a.q.m.c.*, se puede concluir que el texto refleja una situación en que quien había realizado un negocio a causa de intimidación, podía optar por uno de dos caminos: o ejercer una *i.i.r.* para alcanzar una *actio in rem* con ficción, o ejercitar directamente la *actio in personam*, es decir la *a.q.m.c.* Esta situación seguramente fue conocida por Paulo, quien bien pudo haber escrito sobre casos en que era preferible una vía u otra. Dos rescriptos del emperador Gordiano (*C* 2.19 (20). 3 y 4), de los años 226 y 239 ya reflejaban esa alternativa.

Pero *PS* 1.7.4 está redactada en una forma general que confunde los dos recursos procesales en una sola figura: la "*integri restitutio*". De aquí se infiere que la versión que tenemos de *PS* 1.7.4 debió redactarse cuando fueron confundidas la *i.i.r.* y la *a.q.m.c.* Con esto concuerda el que *PS* 1.7.1. defina la *i.i.r.* como *actio*. Hay indicios, a mi entender, claros de que la confusión entre ambos recursos se fue realizando en el procedimiento cognitorio de época clásica: algunos textos hablan de *contestatio* para indicar el acto inicial de un procedimiento; otros exigen la presencia de los adversarios para dictar la *restitutio*; en otros se dice que el procedimiento de *i.i.r.* era una *lis* o *causa*, o que se concluía por una *sententia*.<sup>29</sup> Es posible, pues, que la confusión ya fuera corriente en tiempos de Diocleciano, cuando fue generalizado el procedimiento cognitorio.

<sup>28</sup> SCHULTZ, *Ops cit.*, p. 240 y ss.

<sup>29</sup> Vid. CERVENCA, *Op. cit.*, n. 2, pp. 741 y ss.

Por consiguiente, PS 1.7.4 pudo ser redactada por el autor original de la obra,<sup>30</sup> quien por su interés de sintetizar y presentar una obra para el gran público, probablemente abrevió y unió varios textos de Paulo, similares a los rescriptos arriba citados, en que se hablaba de la procedencia de una y otra vía procesal. El hecho de que la *Interpretatio* visigótica de PS, en el fragmento correspondiente, también hable de *aut in rem aut in personam agendum est*, puede interpretarse como una paráfrasis de su modelo, pues en realidad el fragmento de la *Interpretatio* no aporta nada nuevo.

La expresión "*integri restitutio*", sin embargo, no puede ser atribuida al mismo autor. Esta terminología, en lugar de la clásica *in integrum restitutio*, es propia del siglo IV e indica un cambio de fondo: la concepción clásica de restitución en una situación es sustituida por la concepción de que una persona es restituida de algo.<sup>31</sup>

La nueva locución aparece frecuentemente en el Código Teodosiano, e incluso la reproduce su rúbrica 2.16, "*De integri restitutione*"<sup>32</sup> En PS aparece encabezando el título 7 del Libro Primero, en los fragmentos 1, 2, 3 y 4 del mismo, y en 1.9.4b; sin embargo la expresión clásica *in integrum restitutio* aparece en 1.9.2, 3, 4, 5, 5a, 7, 8 y en 1.9a, por lo cual cabe suponer que la versión original de PS usaba la expresión clásica, que se conservó principalmente en la rúbrica 1.9 que se refiere a la i.i.r. de los menores, o sea a la especie de i.i.r. que guardó durante más tiempo sus caracteres clásicos. Entonces, el nuevo giro debió ser introducido en una edición del siglo IV,<sup>33</sup> cuando ya carecía de sentido hablar de una *integrum restitutio propter metum* y lo que importaba era alcanzar la restitución total, la *integri restitutio*, de la cosa perdida.

<sup>30</sup> O sea por A, según el método de LEVY. Vid *supra* n. 14.

<sup>31</sup> LEVY, *Op. cit.*, n. 27, pp. 396 y 397.

<sup>32</sup> La expresión aparece por vez primera en un rescripto del año 286, que conocemos a través de FV 282 i. f.; pero esto no es prueba suficiente de que esa locución se usara en tiempos de Dioclesiano, pues nuestra versión de FV fue escrita en el siglo IV o V, y los textos que nos trasmite se consideran, en general, fuertemente interpolados. Vid. SCHULTZ, *History of Roman Legal Science*, 2a. ed., Oxford U. P., 1967.

<sup>33</sup> Es decir por B según el método empleado por LEVY; vid *supra* n. 14.

## RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

*La tradición jurídica de Occidente*. Antología de los apuntes del profesor Javier de Cervantes. Preparada por María del Refugio González y José Luis Soberanes Fernández. Con un prólogo de los mismos compiladores y una semblanza del autor escrita por José Arce y Cervantes. México, UNAM, 1978, pp. 202.

Por JORGE ADAME GODDARD

Con este título se han publicado los apuntes que redactó Javier de Cervantes para su clase de Historia General del Derecho, que se cursa en el cuarto año de los estudios de licenciatura en Derecho en la ELD, adicionados con los apuntes que el mismo autor escribió acerca del derecho medieval español y que eran materia del curso que él mismo daba de Historia del Derecho Patrio.

La publicación está destinada a los estudiantes, aunque también es útil a los profesores de la materia.

La versión de los "apuntes" de Javier de Cervantes que sirvió de base a esta publicación fue proporcionada por José Arce y Cervantes, quien, cuando cursó la materia en 1938, la recibió de manos del propio autor. Esto hace pensar que se trata de una versión confiable, que refleja claramente el pensamiento del autor y que no fue mutilada o adicionada por los estudiantes o a través de sucesivas ediciones. Sin embargo, es conveniente aclarar que los "apuntes" que se publican son los que utilizó el autor durante el cuarto año que profesó la cátedra, y que sus enseñanzas sobre la materia continuaron veinte años más, o sea que los "apuntes" editados reflejan cuáles fueron los puntos de partida del autor y no sus conclusiones ni reflexiones propias sobre la materia.

La obra comprende el estudio de la historia del derecho en la Antigüedad, Edad Media y Epoca Moderna, pero la mayor parte del texto se concentra en la Edad Media (70 páginas, capítulos 4, 5 y 6) y en la Antigüedad (65 páginas, de las cuales 43 corresponden a Roma). De la Epoca Moderna, el autor sólo trata dos temas en 32 páginas: el constitucionalismo moderno (en el que hace referencias a la constitución de los EU y a la Revolución Francesa), y la codificación (concretamente, la historia de la promulgación del *Code Civil*).

El método de exposición que sigue el autor es el siguiente: inicia el tema con una exposición de las circunstancias sociales, políticas o económicas que repercutieron en el desarrollo del derecho; luego hace una exposición de las fuentes del derecho, principalmente de la legislación, y concluye haciendo algunas referencias a las instituciones de derecho público y de derecho privado definidas por ellas. El uso de este método puede apreciarse claramente en el cap. 4, titulado "Los Bárbaros", pp. 81 a 100; en las pp. 81 a 87 el autor trata de las invasiones y la organización social de los pueblos germanos; en las páginas 87 a 92 trata de las distintas leyes promulgadas por estos pueblos, y expone cuáles fueron las instituciones jurídicas del pueblo franco (las que considera las más representativas de los pueblos germánicos y las de mayor trascendencia histórica) en las pp. 92 a 100.

Pero la aplicación de este método no es regular. En la mayor parte de los temas tratados el autor se ocupa principalmente de las fuentes jurídicas, especialmente de la legislación, y de las instituciones jurídicas públicas; en cambio las referencias al derecho privado son, en general, escasas y en algunos temas se omiten por completo.

Esta atención primordial a la legislación y al derecho público hace que la obra sea, en buena parte, una historia política en que el desarrollo del derecho aparece supeditado a la suerte de los gobiernos.<sup>1</sup> El autor, al hacer la introducción a su estudio de la historia del derecho romano, reconoce expresamente esa postura metódica: "...es la historia del derecho la que debe supeditarse a la historia general", por lo que al estudiar la historia del derecho romano "tendremos que seguir la división que de la historia de este pueblo se hace, en virtud de los grandes acontecimientos políticos que modificaron su aspecto como nación y como gobierno", y por lo tanto divide la historia del derecho romano en tres períodos: la Monarquía, la República y el Imperio.

Este método implica una renuncia a hacer una historia del derecho en que la evolución de éste sea el tema central. Si consideramos que las transformaciones sociales, políticas o económicas condicionan de manera determinante el desarrollo del derecho, entonces la historia del derecho no viene a ser más que un capítulo de la historia política, de la historia económica o de la historia social. El autor no llega, evidentemente, a este extremo, pues en la mayor parte de su obra se ocupa precisamente del derecho, pero como encuadra las transformaciones jurídicas dentro de los marcos definidos por la evolución política, su historia carece de unidad: en los temas tratados se dice cuál fue el derecho vigente en determinados pueblos y períodos, pero muy poco se dice acerca de cómo el derecho de

<sup>1</sup> Este parece ser el modo ordinario de concebir la evolución del derecho por el jurista de nuestros días: acostumbrado a identificar el derecho con las leyes, le parece lo más natural que el derecho dependa fundamentalmente del estado, y que aquél cambie cuando los gobiernos o gobernantes cambien.

un período o pueblo devino en un derecho distinto vigente en otro período. Esto lo advierte fácilmente denominado "El derecho medieval en particular" y se enfrenta con un nuevo capítulo titulado "El Constitucionalismo moderno", en el que encontrará datos sobre cómo se constituyeron las trece colonias norteamericanas en una república federal, sin haber podido leer acerca de cuáles habían sido las causas y desarrollos que hicieron que surgiera la idea moderna de constitución, ni cuáles habían sido las transformaciones que había sufrido el derecho a lo largo de los siglos XVII y XVIII. Por eso, cuando el autor comienza su estudio del constitucionalismo moderno, pretende ligar el tema con los anteriormente tratados, diciendo que estudiará las constituciones modernas porque "Entre los diversos cuerpos de leyes que existen desde fines del siglo XVIII, [ellas] ocupan un puesto de capital importancia..."

Aunque la división por capítulos que presenta la obra no es original del autor, como se explicará más abajo, me parece que la falta de unidad es un defecto de la obra misma, muy explicable si se tiene en cuenta que se trata de unos "apuntes" que servían de guía a las explicaciones del profesor y en los que no era necesario expresar con detalles todos los temas, que los "apuntes" fueron redactados cuando el autor iniciaba sus cátedras sobre la materia, y si se entiende la dificultad intrínseca de encontrar la unidad del desenvolvimiento general del derecho en Occidente.<sup>2</sup>

No obstante, cada uno de los distintos temas tocados en la obra, y en especial los de la Edad Media, es tratado de forma amena, erudita e inteligente, lo cual hace que la obra, en general, amerite ser leída por estudiantes, profesores de la materia y abogados interesados en la historia de su especialidad.

<sup>2</sup> Mi postura personal al respecto es de que el derecho, como una realidad que se da en la conciencia humana como conciencia de lo justo, aunque evidentemente se manifieste en las instituciones jurídicas vigentes en un momento dado, no agota su ser en ellas. El derecho es primordialmente un saber, un saber práctico, o sea un saber obrar y, concretamente, un saber obrar lo justo; como sabiduría o como ciencia, lo jurídico es algo universal que se da en la conciencia humana y se manifiesta en la vida social: por eso la evolución del derecho tiene un ritmo propio, distinto del que obra en la vida social. Esto explica que en algunos momentos la evolución del derecho marche a contrapunto de la evolución social, como en el s. III cuando la sociedad y el estado romano son abatidos por una profunda crisis y, sin embargo, todavía hay juristas y derecho clásico; o cuando en la Baja Edad Media existe un derecho común aplicable en todos los pueblos de la cristiandad, mientras que lo predominante en cuanto a instituciones sociales y políticas es la fragmentación. Por consiguiente, la historia del derecho, y más su historia "general" o "universal", ha de ser una historia del saber o de la ciencia jurídica. Con este enfoque son particularmente interesantes: WIEACKER, F. *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, trad. por Francisco Fernández Jordón, Madrid, Aguilar, 1957, y SCHULTZ, F. *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967. En la biblioteca de la ELD hay unos apuntes de Javier de Cervantes titulados "Historia del Pensamiento Jurídico Mexicano".

Para terminar quiero hacer dos observaciones y un reconocimiento a los editores: El título que escogieron para publicar "los apuntes de Don Javier" es bello, pero no refleja el contenido de la obra: promete más de lo que hay. Los "apuntes" que ofrecen al lector son todavía "muy apuntes"; contienen, como se reconoce en el prólogo, repeticiones, omisiones y demás defectos propios de una obra no acabada; quizá hubiera sido mejor un título más modesto como "Introducción a..." o "Apuntes de..." Segunda observación: la división por capítulos que hicieron de la obra, para sustituir la división original por temas, no parece indicar con claridad cuál es el contenido de la materia tratada: por ejemplo, el título del capítulo 4, "Los Bárbaros", no da idea de que tratará el derecho germánico en general y en particular el de los francos; o el capítulo 8, titulado "La Codificación", así, en general, cuando en realidad sólo se ocupa de la historia de la promulgación del *Código Napoleón*. Con los incisos de los capítulos sucede lo mismo. Quizá hubiera sido más conforme con el pensamiento del autor, quien quería que la historia del derecho quedara sujeta a la historia general, respetar la división original por temas, pero distribuyéndolos en tres grandes divisiones correspondientes a las épocas a que se refieren: Antigüedad, Edad Media y Epoca Moderna. Y el reconocimiento: como profesor de la materia y egresado de la Escuela Libre de Derecho, manifiesto mi agradecimiento a quienes han hecho posible la difusión de una obra que abrió camino en México al estudio de la historia del derecho y que, además, nos da, a quienes estudiamos en esta Escuela, la oportunidad de acercarnos al pensamiento de uno de nuestros maestros insignes.

## ANTOLOGIA DE ESTUDIOS SOBRE LA INVESTIGACION JURIDICA

*Lecturas Universitarias*, vol. 29. Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978. 14 x 21 cms., 276 págs. Compilador: Jorge Witker V.

Por Manuel LOPEZ MEDINA

HETENOS frente a un volumen, utilísimo a juristas y estudiantes, que sistematiza con acierto siete estudios dispersos referidos a la investigación del derecho y escritos en fechas recientes por destacados especialistas latinoamericanos. Aun sin tener la disposición de un libro de texto, la Antología puede servir de muy eficaz apoyo a las cátedras de Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica que con propósitos formativos funcionan fructíferamente en algunas escuelas y facultades de derecho mexicanas.

Los estudiantes de los primeros niveles encontrarán enseñanzas propedéuticas sobre los pasos que deben dar para hacer adecuadamente sus trabajos de curso, desde la selección del tema hasta la redacción final, en la *Guía de Técnicas de Investigación* que escribieron Jorge Mario García Laguardia y Jorge Luján Muñoz, profesores en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Sobre el concepto, elementos y características de la investigación, técnica, métodos y fuentes del conocimiento jurídico, nos ilustra Lino Rodríguez-Arias Bustamante, profesor de la Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, y conocido tratadista en *La investigación*, capítulo de Metodología del estudio y de la investigación, Caracas, Congreso de la República, 1976.

Con gran lozanía docente, José Luis Estévez profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, explica *Cómo proyectar una investigación jurídica*, tema extraído de *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho* — El acorralamiento sistemático de los errores jurídicos, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Cursos del Doctorado, 1972.

Del volumen sobre Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica, que como auxiliar didáctico para el desarrollo del curso preparara el equi-

po de profesores del Departamento de Metodología Docente de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1968, se recogen los dos capítulos sobre *Técnica de la Investigación Jurídica*, donde se fijan los principios generales y danse indicaciones basadas en ejemplos prácticos: investigación pura y aplicada, determinación del problema, análisis estructural, métodos y crítica jurídica.

Héctor Fix-Zamudio, jurista mexicano y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, censura la improvisación y el apresuramiento con que algunos profesores y autoridades tratan de implementar cursos de posgrado o institutos que por carecer de los elementos básicos humanos o materiales transórmense en meros aparatos burocráticos o simples cursos de difusión jurídica. Sobre esto, sus *Breves reflexiones sobre la enseñanza de posgrado y de la investigación en materia jurídica*, que habían sido publicadas en la Revista de la Facultad de Derecho UNAM, México, 1975, tomo XXV, julio-diciembre, núms. 99-100, págs. 557 a 590.

Por sus inquietudes y labores, el joven decano Gerardo Saér Pérez "ha impulsado en su Facultad una renovación global de los estudios jurídicos que ubican a Carabobo como un centro único en América Latina en la materia". De él se nos ofrece *Desarrollo de una Investigación Jurídica*, que viene en su Estudio e investigación del derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1974, págs. 81 a 103.

Finalmente el joven y meritísimo compilador, de comprobada madurez científica y experiencia en materia de investigación jurídica, inserta para provecho de docentes y alumnos el capítulo sobre *La investigación jurídica formativa*, con que enriqueció su libro relativo a La enseñanza del Derecho —Crítica metodológica, Editora Nacional, México, 1975, págs. 133 a 152. El profesor chileno, miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pone énfasis esencialmente en la investigación como ingrediente formativo que debe acompañar simultáneamente a la docencia: "No puede haber enseñanza fructífera si ésta va separada de la creación del conocimiento, creación que se renueva permanentemente en el cotejo que realizan los estudiantes en el proceso del aprendizaje. No se trata de llenar cabezas sino de formarlas y para formarlas debemos utilizar esencialmente el camino de la investigación creadora", sostiene con razón en la presentación de autores y obras con la que abre esta luminosa Antología.

Ciérrala una recomendabilísima *Bibliografía seleccionada sobre investigación jurídica*, elaborada por Eugenio Hurtado Márquez, técnico académico y miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

## DELITOS DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS CONTRA LAS INSTITUCIONES DE CREDITO

FELIPE GÓMEZ MONT

El sistema bancario y crediticio, por las múltiples transacciones que realiza con su principal medio, el dinero, roza con frecuencia el delito; las normas penales vigentes son insuficientes para los actuales cambios sociales, más aún, por la complejidad creciente de las relaciones bancarias, en que la comisión del delito se realiza de manera ingeniosa.

Ante las múltiples modalidades que la conducta puede manifestar el legislador desde el año de 1970, acudió, a una pormenorizada regulación con la que pretendió abarcar todos los posibles supuestos; posteriormente, en 1974, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, fue adicionada en su artículo 153, bis. I atendiendo esta reforma, posiblemente a la evolución de los sistemas bancarios, los cuales al utilizar nuevos métodos y técnicas perfeccionadas, se ven constantemente afectados en su patrimonio, desde sus mismas entrañas, al surgir una nueva criminalidad, la cual aprovechando los instrumentos electrónicos, y material cibernético, manipula los programas, los datos, etc. Es notorio que aún con la adición, la ley va lenta, ya que depende de un largo proceso formativo, y en cambio la técnica y la delincuencia que esta apareja va rápida.

Me ocuparé de este análisis de aquellas conductas previstas por la citada ley, en las que el sujeto activo sólo puede ser un funcionario o empleado bancario, tratando de destacar, las repercusiones forenses, que la práctica ocasiona, el que estos delitos se encuentren previstos en una ley federal.

Detengámonos a examinar el párrafo segundo del artículo 153, bis. I que indica:

"Serán sancionados con las penas que señala el artículo que antecede, (de dos a diez años de prisión), los funcionarios y los empleados de las instituciones de Crédito u organizaciones auxiliares: ...II. Que falsifiquen, alteren, simulen o, a sabiendas, realicen operaciones que resulten en quebrantos al patrimonio de la institución u organización a la que presten sus servicios.

"Se consideran comprendidos dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior y, consecuentemente, sujetos a iguales sanciones, los fun-

cionarios o empleados de instituciones u organizaciones: a). Que otorguen préstamos a sociedades constituidas con el propósito de obtener financiamientos de instituciones de crédito u organizaciones auxiliares, a sabiendas de que las mismas no han integrado el capital que registren las actas constitutivas correspondientes.

"b). Que otorguen préstamos físicos o morales cuyo estado de insolvencia les sea conocido, si resulta previsible al realizarse la operación que carecen de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las sumas acreditadas, produciendo quebranto patrimonial a la institución u organización.

"c). Que renueven créditos vencidos parcial o totalmente a las personas físicas o morales a que se refiere el inciso b, anterior.

"d). Que para liberar a un deudor, otorguen créditos a una o varias personas físicas o morales, que se encuentren en estado de insolvencia, sustituyendo en los registros de la institución u organización respectiva, unos activos por otros.

"e). Que a sabiendas permitan a un deudor desviar el importe del préstamo en beneficio de terceros, reduciendo notoriamente su capacidad para no responder por el importe del crédito y, como consecuencia de ello, resulte quebranto patrimonial a la institución u organización...".

En relación, a la última parte de este numeral, se considera que se ha consagrado en favor del acusado, lo que para algunos autores es un impedimento suspensivo, un requisito de procedibilidad, un obstáculo procesal o un requisito prejudicial, al preverse:

"En los casos previstos en este artículo y en el anterior se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros."

Situación que obliga, al Ministerio Público Federal, abstenerse de ejercitar la acción penal, hasta en cuanto, no sea satisfecha la autorización administrativa para proceder.

No hay que olvidar que toda reforma es un mal, en cuanto destruye situaciones adquiridas, al crear un desorden momentáneo, a la fecha, sin excepción alguna, los representantes legales, de las instituciones bancarias, presentan sus denuncias o querellas, ante las autoridades del fuero común, lo que impone la necesidad de reconsiderar el sistema del procedimiento, para ponerlo en armonía con la reforma legal.

Supongamos, cualquier hecho típico, realizado por algún funcionario o empleado bancario, mediante engaño, falsificación, alteración, simulación, etc., en quebranto del patrimonio del banco donde presta sus servicios, y realizado en el curso o con motivo de su trabajo.

Si el apoderado legal, que conforme a lo dispuesto por los artículos 264 del Código Adjetivo Distrital, y el 120 del Procesal Federal, requiere poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, para estar legitimado a formular los requisitos de iniciación del proceso penal, lo hace, ante el fuero común, este debe declararse incompetente de acuerdo a las siguientes consideraciones:

- a) El artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece la jurisdicción, de los jueces de distrito, tratándose de delitos previstos en leyes federales.
- b) El artículo 6o. del Código Penal indica: "Cuando se comenta un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código."
- c) El Código Federal de Procedimientos Penales prevé en su artículo 2o. y 3o. que tanto el Ministerio Público como la Policía Judicial Federal, en ejercicio de sus facultades, deben recibir las denuncias y querellas sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal.
- d) Igualmente el Código Adjetivo Federal considera en su artículo 4o. el que corresponde exclusivamente a los tribunales federales, resolver si un hecho es o no delito federal.
- e) Sabido es, que en materia penal no cabe prórroga ni renuncia de jurisdicción (Art. 12 Código Federal Procesal).
- f) La Constitución en su artículo 14 proclama el principio de la exacta aplicación de la ley, en materia penal.
- g) El 16 Constitucional enarbola claramente la garantía de legalidad en el procedimiento.

No trato de hacer un estudio jurídico dogmático de estos delitos, sino destacar la indebida práctica que a la fecha impera en las acusaciones incoadas por los bancos, por ilícitos cometidos por los funcionarios y empleados de las Instituciones de Crédito.

La Ley en estudio contempla actos típicos cuyo sujeto activo, propio o especial sólo pueden ser los funcionarios y los empleados de dichas instituciones.

El Código Penal sufre una derogación por lo que se refiere a los tipos de falsificación, tipificado en el artículo 243, fraude previsto por el 386, y el abuso de confianza regulado por el 382, en virtud de que el tipo especial a que se refiere la fracción II del artículo 153 bis I de la Ley de Instituciones de Crédito, contiene los mismos elementos de los tipos genéricos del Código Penal, pero además contiene otras características especializantes, como son la calidad de los sujetos activo y pasivo que debe ser una institución bancaria, condición esta que concretiza más el supues-

to, lo que acorde al principio de la exacta aplicación, deja sin duda alguna, la competencia federal para estos hechos.

Lo anterior, queda corroborado, al encontrarse en la Ley Federal que analizamos, diversos supuestos, en los que se destaca, la calidad del sujeto activo como por ejemplo: A. Tratándose de particulares, el párrafo III del artículo 146 proscribire el ejercicio habitual de la Banca y Crédito sin la concesión; el 149 contempla el ilícito de presentar balances falsos para la obtención de Créditos; B. Dirigentes, consejeros, accionistas: En la fracción XV del artículo 17 les reprocha penalísticamente cuando a un deudor se le concede préstamo por importe mayor al diez por ciento del capital pagado; C. A los funcionarios y empleados bancarios, en los artículos 153 bis 1 al 153 bis 3, se prevén diversos delitos que van desde la omisión, alteración de los registros contables, informes falsos a la Comisión Nacional Bancaria, Comisiones indebidas o inexplicables, y como ya se ha visto las falsificaciones, simulaciones o quebrantos dolosos.

Desde hace tiempo, los autores están acordes en que la capacidad para delinquir sólo reside en el hombre, sólo él puede aparecer como sujeto activo del delito, porque únicamente, el hombre se encuentra provisto de voluntad y capacidad, y puede, con su acción u omisión realizar la conducta prevista por el ordenamiento jurídico penal.

El Maestro Francisco Pavón Vasconcelos en su libro de Derecho Penal Mexicano, clasifica el delito en orden al sujeto activo, tomando en consideración la calidad de la persona que lo realiza, llamándolos de sujeto común indiferente, cuando la ley no destaca algún carácter, y permite su comisión por cualquier persona como es el caso de los delitos de homicidio, lesiones, etc.; distinguiéndolos de los delitos exclusivos, propios o de sujeto calificado en los cuales, citando a Manzini, se exige la concurrencia, en el sujeto de una determinada cualidad o relación personal, de tal manera que únicamente quienes la reúnen pueden realizarlos, como en los casos de infanticidio, paricidio, peculado, etc.

Lo anterior lleva a considerar operante, en la hipótesis de que un funcionario o empleado bancario, realice, alguna conducta intencional, y antijurídica, en perjuicio del patrimonio de la institución donde presta sus servicios, la competencia de los tribunales federales, en aplicación del artículo 153 bis 1 de la ley en comentario, y que de igual forma si un tercero, es el que realiza el acto injusto, contra los intereses de la institución de crédito serán los tribunales del fuero común, con base en el Código Penal, los jurisdiccionalmente competentes, ya que este ordenamiento no exige para la realización de los delitos patrimoniales, alguna circunstancia, o característica propia en el sujeto activo.

Por lo que toca, al sujeto pasivo, al sujeto pasivo, siendo este el titular del derecho lesionado, se distingue, cuando la lesión recae sobre una persona física, designándolos como personajes, en contra posición de los impersonales que surgen cuando la lesión recae sobre una persona moral, y

en la especie, es la persona moral o jurídica (institución de crédito) sobre la cual recae la conducta delictiva, lesionando el patrimonio, bien jurídico tutelado, y del que es su titular.

La Suprema Corte de Justicia ha considerado, que no obstante el requisito de la concesión del Gobierno Federal, no se afecta el patrimonio de la Federación, salvo en los casos que se encuentren regidos por la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, criterio que se ha sostenido, y al cual se refiere las siguientes resoluciones:

**"INSTITUCIONES DE CREDITO. COMPETENCIA EN MATERIA PENAL.\***

No es cierto que todas las instituciones de crédito, por el hecho de que para dedicarse al ejercicio de la banca requieran concesión del Gobierno Federal, que cuando intervenga en un asunto una institución de crédito el mismo negocio sea de la competencia del fuero federal, pues sólo lo es en los casos en que resulta aplicable la ley para el control por parte del Gobierno Federal de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

"Competencia penal 49/70. Juez de Distrito en la Laguna y Segundo de Primera Instancia del Ramo Penal de Torreón Coah. 24 de noviembre de 1971. Mayoría de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez."

Ratificando la Corte estos conceptos en la forma siguiente:

**"NACIONAL MONTE DE PIEDAD, DELITOS COMETIDOS EN PERJUICIO DEL. COMPETENCIA.**

El Nacional Monte de Piedad es una institución de crédito, por lo que su capital es distinto al de los socios, y aun cuando el estado haya aportado más del cincuenta por ciento del mismo, no puede decirse que la Federación sea sujeto de los delitos cometidos en perjuicio de aquella institución, que continúa siendo una persona moral de derecho privado y no el Estado mismo, dado que de acuerdo con la doctrina mercantil configura un organismo con nombre, patrimonio y personalidad propios y diferentes a los de los socios, sin que sea el caso de los Bancos Agrícolas o Ejidales, que por sus situaciones específicas son de servicio público y los delitos que contra ellos se cometan corresponden al fuero federal; por lo que no afectándose en nada el patrimonio de la Federación en el caso del citado Monte de Piedad, ni prestando éste un servicio público, sino teniendo un patrimonio privado y dando servicios de banca privada, la Federación no puede resultar afectada; cabe concluir, pues, que la jurisprudencia para conocer de los delitos en perjuicio del Nacional Monte de Piedad, radica en el fuero común.

"Competencia 69/71. Suscitada entre los Jueces Primero de Distrito en el Estado de Jalisco y Primero de lo Criminal de Guadalajara, Jal. 21 de febrero de 1972. Mayoría de 3 votos. Disidente: Mario G. Reboledo F."

Como complemento de la anterior idea cito la siguiente tesis:

"BANCO DEL PEQUEÑO COMERCIO, DELITOS EN PERJUICIO DEL. COMPETENCIA.\* Si bien es cierto que el Banco del Pequeño Comercio del Distrito Federal, es una empresa constituida en su aspecto formal como una sociedad anónima de capital variable conforme a la Ley de Sociedades Mercantiles, también lo es que dada su función eminentemente pública para la que fue creado dentro del ámbito de la economía nacional consistente en financiar a las Asociaciones de Comerciantes en Pequeño, cuyos miembros exploten por sí mismos un negocio comercial de su propiedad con capital en giro no mayor de diez pesos 'para que adquieran directamente de los productores y a bajo forma ofrecerlos en venta a las masas populares', como se desprende del contexto del artículo 4 de la Ley que Reforma la Orgánica del Banco del Pequeño Comercio del Distrito Federal, S. A. de C. V., son circunstancias que confieren a la función encomendada al pluricitado Banco, un carácter de servicio público en orden a las necesidades vitales de las masas del pueblo, por mediación del sector, por cierto bastante numeroso, de los pequeños comerciantes. En esas condiciones, es incuestionable concluir que si la finalidad que aquel tiene encomendada es una función de servicio público y en interés de las clases con menos recursos económicos de la gran masa del pueblo, los delitos cometidos por los empleados de dicha institución en perjuicio de ésta por ser en menoscabo de bienes destinados a un servicio público federal, son de la competencia de las autoridades judiciales federales, por surtir los particulares del artículo 41, fracción I, inciso i) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

"Competencia 48/73. Suscitada entre los Jueces Quinto de lo Criminal de Guadalajara, Jalisco y Segundo de Distrito en el Estado de Jalisco. 23 de agosto de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera."

Es de hacerse notar, que la doctrina, en forma reiterada acepta el principio de especialidad como solución, en la determinación de la norma aplicable, cuando existe una dualidad reguladora respecto del mismo supuesto fáctico; el aplicador de la ley deberá acudir a los medios de interpretación y resolver si las normas en conflicto tutelan el mismo bien jurídico, que es en estos delitos el patrimonio, debiendo apoyar su reso-

lución, en la norma que contempla el hecho de manera más precisa, es decir aplicará la ley que tenga una descripción más concreta de los hechos.

Dilucidando este punto, habrá que referirnos a otras cuestiones, de carácter constitucional, y que imponen, la lógica consecuencia, de aplicar la Ley Federal. Como es sabido el primer párrafo del artículo 14 constitucional consagra la garantía de la irretroactividad en la aplicación de la Ley, prohibiendo su fundamentación en perjuicio de persona alguna.

El Código Penal, entró en vigor en el año de 1931, mientras que la adición de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, concretamente la del artículo 153 bis I fue creada por decreto del día 27 de diciembre de 1954, publicado en el diario oficial el 30 del mismo mes, siendo reformado por decreto del 26 de diciembre de 1970 publicado en el Diario Oficial el 29 del mismo mes, y después reformado por decreto del 31 de diciembre de 1973 publicado en el Diario Oficial del 3 de enero de 1974, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, sin olvidar que dicha ley entró en vigor en el año de 1941.

Al haberse creado este tipo delictivo, con posterioridad al Código Penal, se está en la hipótesis de la modificación, en la nueva ley, respecto de un delito ya sancionado en ley anterior, apareciendo sustancialmente cambiado el tipo, respecto de la pena, así como en sus elementos particulares, de carácter normativo como son el sujeto activo, el pasivo, y los requisitos de procedibilidad.

En cuanto a la pena, hay una disminución en relación a la establecida por el Código Penal, ya que para el abuso de confianza cuando el daño patrimonial es mayor de \$80,000.00, la pena prevista es de 6 a 12 años, en cuanto al fraude, si el daño es mayor a 12,000.00, la consecuencia jurídica contemplada es de 3 a 12 años de prisión, en tanto que la pena indicada por la Ley General de Instituciones de Crédito es más benigna y va de los 2 a los 10 años de prisión.

El artículo 2o. transitorio del Código Penal acoge el principio de la Ley más benigna, al indicar:

"Queda abrogado el Código Penal del 15 de diciembre de 1929, así como todas las demás leyes que se opongan a la presente, pero tanto ese Código como el de 1871 deberán continuar aplicándose por los hechos ejecutados durante su vigencia, a menos que los acusados manifiesten su voluntad de acogerse al ordenamiento que estimen más favorable."

El mismo ordenamiento, en su artículo 56 dispone: "Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en otra ley vigente al cometerse el delito o la substituyan con otra menor, se aplicará la nueva ley.

"Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se hubie-

re impuesto una sanción corporal, se dictare una ley que, dejando subsistente la sanción señalada al delito, sólo disminuya su duración, si el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la sanción impuesta, en la misma proporción en que estén el mínimo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior."

En el problema de sucesión de leyes en el tiempo, debe aplicarse la posterior, ante el principio de que la ley posterior deroga a la anterior.

Finalmente vale considerar, el penúltimo párrafo del artículo 153 bis 1 de la Ley Federal, que textualmente indica:

"En los casos previstos en este artículo y en el anterior se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros".

Al parecer, el legislador que aprobó esta fracción, es falto de sus conceptos jurídicos, y de la política criminal, ya que al volver los delitos de oficio, como es el fraude, el de querrela necesaria de cabida, al impunidad de muchos ilícitos.

El artículo 113, y 114 del Código Adjetivo en Materia Federal prohíbe a los funcionarios y agentes de la Policía Judicial Federal la investigación de los delitos, cuando no se ha presentado la querrela o bien no se ha satisfecho el requisito previo o prejudicial que la ley exige.

La Suprema Corte de Justicia por ejecutoria de la Primera Sala, al estudiar el régimen de procedibilidad, resolvió en el amparo directo 2740/73 el 20 de marzo de 1975, por unanimidad de 5 votos, y con ponencia del Maestro Don Manuel Rivera Silva, de esta manera:

"INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES, DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 153 BIS 1, DE LA LEY. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. El artículo 153 bis 1, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en su texto anterior a su reforma de 29 de diciembre de 1970, establece: 'Los funcionarios y los empleados de las instituciones de crédito que omitan registrar en los términos del primer párrafo del artículo 94 de esta ley, las operaciones realizadas por la institución de que se trate y de dicha omisión resultare la variación del activo o pasivo, o de ambos, serán sancionados con las penas que señale el artículo que antecede.' En los casos previstos en este artículo y en el anterior, se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria. El artículo 94 del propio ordenamiento

bancario, dispone: 'Todo acto o contrato que signifique variación en el activo o en el pasivo de una institución de crédito u organización auxiliar, o implique obligación inmediata o contingente, deberá ser registrado en la contabilidad. La contabilidad podrá llevarse, sin perjuicio de su valor probatorio legal en auxiliares encuadrados o en hojas sueltas y se regirá por lo que disponga el reglamento que dictará al efecto la Comisión Nacional Bancaria'. La Comisión Nacional Bancaria determinará por medio de resoluciones de carácter general, cuáles son los libros o documentos que por integrar la contabilidad de las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares deben ser conservados; cuáles pueden ser destruidos previa microfilmación que de los mismos hagan dichas instituciones en los rollos autorizados por la propia Comisión Nacional Bancaria; y cuáles pueden ser destruidos sin necesidad de microfilmación. También fijará los plazos de conservación de los mencionados libros y documentos, una vez que dichas instituciones hayan sido liquidadas. Los libros y documentos de las instituciones liquidadas se pondrán a disposición de la Comisión Nacional Bancaria, proveyéndola de los medios necesarios para su conservación y destrucción una vez transcurrido el plazo a que se refiere el anterior párrafo.' El artículo 153 bis de la Ley en cita en su texto también anterior a la reforma de la misma fecha, expresa que: 'serán sancionados con prisión de uno a nueve años quienes...' Ahora bien, los requisitos de procedibilidad que se exigen, consisten en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, después de escuchar la opinión de la Comisión Nacional Bancaria, haya hecho una petición para que se proceda ante el *órgano facultado para proceder penalmente, esto es, el Ministerio Público Federal*. En tales condiciones, si se alega que el Procurador Fiscal de la Federación no tiene la representación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para hacer tal petición y que la misma sólo la pueden hacer los más elevados Funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conforme lo dispone la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, esa afirmación carece de consistencia, ya que independientemente de la distribución de atribuciones que la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado hace entre los altos Funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para determinar la competencia administrativa de cada uno de ellos en los asuntos que competen a la misma y la capacidad para representarla, la Ley Orgánica de la Procuraduría Fiscal de la Federación en su artículo 4o., fracción VII, establece que dicha Procuraduría es competente: "En general, para comparecer ante todos los tribunales de la República o autoridades de la misma, en defensa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, siempre que la representación de dicha Secretaría no corresponda al Minis-

terio Público Federal'. Así pues, de acuerdo con las disposiciones anteriores, la Procuraduría Fiscal de la Federación tiene la representación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ante todas las autoridades o tribunales de la República en defensa de esa Secretaría y como en el caso, para hacer la petición de que no se viene tratando no está facultado el Ministerio Público para representar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sino que esta debe hacer su petición ante dicha autoridad, es evidente que la Procuraduría Fiscal de la Federación es la competente para hacer la repetida petición, representando a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público."

Error en la técnica legislativa decíamos, en virtud de que en la misma fracción se erigen dos institutos procesales de naturaleza distinta; la querrela, en cuanto la petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el requisito prejudicial, consisten en la opinión de la Comisión Nacional Bancaria.

La Constitución Federal de la República, al proscribir, la pesquisa, y la delación, como formas de iniciación del procedimiento penal, sólo permite la denuncia o la querrela, lo que ha sido ampliado, por las leyes secundarias, a la exitativa y a la autorización, insertando en el Derecho Positivo, prácticas ajenas de otros países. Como ejemplo, en España, en la Ley de enjuiciamiento criminal, en su artículo 666 regula bajo el epígrafe de artículos de previo pronunciamiento, la falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que es necesaria con arreglo a la Constitución y a las Leyes Especiales.

En México son múltiples los casos en que se requiere de la autorización previa, para que el Ministerio Público pueda ejercitar acción penal, así tenemos, en la Ley de Población, la opinión de la Secretaría de Gobernación; en el Código Fiscal de la Federación, la manifestación de que el erario ha sufrido quebranto; en la Ley de Propiedad Industrial la declaración de falsificación o uso ilegal de marca registrada, por parte de la Secretaría de Industria y Comercio; el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 672 prevé que cuando un Magistrado, Juez o Ministerio Público fuere acusado, debe pedirse la autorización al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal para que lo ponga a su disposición; la Ley de Responsabilidades en su artículo 70 también contiene la autorización a la que nos estamos refiriendo tratándose de funcionarios públicos; la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación atribuye a la Suprema Corte de Justicia el decretar la suspensión de los funcionarios judiciales cuando son acusados ante el fuero común, etc.

En esta forma nuestro máximo tribunal ha resuelto:

"MARCA REGISTRADA, uso ilegal de. Ley de Propiedad Industrial. Aun cuando la ley especial hace alusión a la querrela (artículo 268) referida a los delitos que describe, ello no significa que su ausencia impida el ejercicio de la acción penal correspondiente, con obligación del ofendido de hacer relación de hechos al Ministerio Público, manifestándose su voluntad de que se persiga al autor que dañó sus intereses, pues de acuerdo con la hermenéutica jurídica, se colige que la intención del legislador fue la de instaurar un requisito prejudicial consistente en que la Secretaría de Economía Nacional (hoy de Industria y Comercio), previa solicitud del afectado, haga declaración de que en el caso hubo imitación, falsificación o uso ilegal de marca registrada, para que el Ministerio Público proceda conforme a sus atribuciones (artículo 197), e incluso, sin llenarse el requisito, autoriza a que 'una vez iniciado el proceso, se continuará el oficio, de todos modos' (artículo 264); consecuentemente, los delitos que enuncia la ley especial son de los que se persiguen de oficio, y no por querrela necesaria.

"Directo 5764/1960. Gustavo Rosas Quiróz. Resuelto el 25 de junio de 1962, por mayoría de 3 votos, contra el del Sr. Mtro. Vela. Ausente el Sr. Mtro. Rivera Silva. Ponente el Sr. Mtro. Mercado Alarcón. Srio. Lic. Rubén Montes de Oca."

De esto se colige que estas instituciones están reservadas en favor del iniciado, ya que a este es al único que benefician, porque en sí mismas implican, un impedimento suspensivo que impide la substanciación del juicio, ya que en ambos Códigos Procesales se contempla, al tenor de la fracción segunda del numerario 477, del ordenamiento distrital y en la fracción segunda del 468 del Federal, la suspensión del procedimiento, hasta que se haya formulado debidamente el requisito de procedibilidad.

Si la ley va lenta, las instituciones encargadas de la prosecución de la ley, a la fecha, no existe en la Procuraduría General de Justicia de la Nación, agente del Ministerio Público Federal, abogado en vía de la función persecutoria, a la integración de averiguaciones previas con base a estos supuestos; y mucho menos en la Comisión Nacional Bancaria de Seguros y Fianzas, que reciba las denuncias y querrela, formuladas en quebranto al patrimonio de los bancos y de qué manera pronta pudiese dar su opinión, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ante los hechos posiblemente constitutivos de delitos, tomando en cuenta, que el término señalado para la prescripción de la acción penal, en los delitos de querrela, según el Art. 107 del Código Penal, es de un año, contado a partir de la fecha del conocimiento del delito.

Las leyes deberían ser codificadas en lenguaje claro, para que cualquier hombre pueda conocer sus derechos, para que los jueces no las compli-

caran con sus interpretaciones, buscando que el procedimiento no sea oscuro y complicado.

Quizá el más ilustre penalista italiano, ejemplo de la Escuela Clásica Francesco Carrara, tenga razón, cuando al concluir el volumen séptimo de sus Opúsculos de Derecho Criminal, dice: Los errores son como ciertos animales que a su paso dejan una huella de baba; pero la aseadora diligente limpia esas huellas, de modo que no queda nada. Y así la luz espléndida de la verdad hará desaparecer los pequeños lunares que quedan en nuestra doctrina como vestigio de un pasado cuyas bases ya se han derrumbado totalmente. Y en verdad la generación que se levanta no querrá traicionar la misión a la que la destina la historia renegando a los frutos de tantos estudios de nuestros padres y volviendo el afecto por los antiguos errores.

## REGIMENES FISCALES DE EXTRANJEROS EN EL EXTRANJERO; DE PRESTACION DE SERVICIOS SUBORDINADOS Y DE PRESTACION DE SERVICIOS INDEPENDIENTES

FERNANDO VAZQUEZ PANDO

### 1. Introducción.

### 2. En búsqueda de un marco de referencia.

- 2.1. Límites internacionales de la competencia tributaria estatal.
- 2.2. El marco constitucional.
- 2.3. Aspectos generales de las reformas a la L.I.R.

- 2.3.1. Aspectos sistemáticos.
- 2.3.2. Objeto del impuesto.

### 3. Entrando en materia.

- 3.1. Régimen aplicable a extranjeros personas físicas residentes en el extranjero y a personas morales de nacionalidad extranjera, no establecidas en el país.

- 3.1.1. Breve referencia al régimen anterior.
- 3.1.2. Régimen nuevo.

1. Aspectos sistemáticos.
2. Régimen aplicable a personas físicas.

- 2.1. sujeto.
- 2.2. objeto.
- 2.3. determinación de la base, tasas, formas de pago y obligaciones diversas.

- 2.3.1. en caso de productos de capitales.
- 2.3.2. si se derivan de la prestación de servicios.
- 2.3.3. otros.

### 3. Régimen aplicable a las personas morales.

- 3.1. sujeto.
- 3.2. objeto
- 3.3. determinación de la base, tasas, formas de pago y obligaciones diversas.

### 4. Observaciones finales.

#### 3.2. Régimen aplicable a nacionales y a extranjeros residentes en el país.

- 3.2.1. Introducción.
- 3.2.2. Aspectos generales.
- 3.2.3. Ingresos por la prestación de servicio personal independiente.
- 3.2.5. Observaciones finales.

#### 3.3. Algunas sugerencias.

## 1. Introducción.<sup>1</sup>

Empecemos por tratar de deslindar nuestro objeto de estudio; este po-

<sup>1</sup> Este estudio fue preparado como base de la exposición oral del autor dentro del curso de actualización en Derecho Fiscal impartido en la Escuela Libre de Derecho, conforme al siguiente programa:

-25 de abril de 1979.

Expositor: Lic. Roberto Hoyo D'Adona.

Tema: La globalización del impuesto sobre la renta para las personas físicas.

-2 de mayo de 1979.

Expositor: Lic. Francisco Gil.

Tema: Panorama económico de la reforma fiscal.

-3 de mayo de 1979.

Expositor: Lic. Fernando A. Vázquez Pando.

Tema: Régimen del impuesto sobre la renta aplicable a:

1. Personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.
2. Personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en el país.
3. Personas físicas extranjeras residentes en el país y personas físicas mexicanas, con respecto a ingresos provenientes de la prestación de servicio subordinado o independiente.

-8 de mayo de 1979.

Expositor: Lic. Ignacio Morales.

Tema: Régimen del impuesto sobre la renta en arrendamiento y enajenación de bienes muebles e inmuebles.

-10 de mayo de 1979.

Expositor: C. P. Alberto Parás Pagés.

Tema: Reformas fiscales en materia de adquisiciones; transparencia fiscal. Régimen del impuesto sobre dividendos.

dría enunciarse diciendo que la temática principal a considerar, es el régimen del impuesto sobre la renta aplicable a:

1. las personas físicas extranjeras residentes en el extranjero.
2. las personas morales de nacionalidad extranjera, no establecidas en el país, y,
3. las personas físicas extranjeras residentes en el país y las personas físicas mexicanas, con respecto a ingresos provenientes de la prestación de servicio personal subordinado o independiente.

Evidentemente, nuestro análisis se enfocará a la luz de la ley del Impuesto sobre la Renta en vigor actualmente, es decir, una vez incorporadas las reformas y adiciones introducidas por el "Decreto de reformas y adiciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta", publicado en el Diario Oficial del día 29 de diciembre de 1978.

Sin duda, la temática mencionada exige la toma en consideración de algunos aspectos que se imponen como un marco de referencia indispensable, como son:

1. la normativa internacional relevante,
2. la normativa constitucional relevante, y
3. la consideración de algunos aspectos generales de la Ley del Impuesto sobre la Renta que, sin referirse directamente a nuestra temática principal, son de importancia fundamental para enmarcarla adecuadamente.

Desde luego, a estos aspectos se hará referencia brevemente, y tan sólo en tanto inciden en nuestra temática principal.

Nuestro análisis queda así dividido en dos secciones principales, la primera de ellas de tipo introductorio en la que se intenta construir el marco referencial mencionado —en sus tres aspectos— y la segunda, en la que abordaremos nuestro objeto principal.

Faltan tan sólo un par de aclaraciones, una para deslindar este estudio y la otra meramente estilística.

La primera es que, desde luego no se pretende una exposición sistemática completa y profunda, sino más bien destacar algunos aspectos que me parecen de importancia desde el punto de vista jurídico, en ocasiones por falta de claridad o congruencia de las reformas.

Por ello tal vez el análisis parezca demasiado crítico y demasiado centrado en aspectos técnico jurídicos. Tal es en efecto el propósito, pues si bien considero que, en términos generales las reformas a la LIR son un paso adelante, evidentemente no deja de haber algunas fallas que sería

-15 de mayo de 1979.

Expositor: Lic. Mariano Azuela.

Tema: Innovaciones en el Tribunal Fiscal.

conveniente superar. Si trato de hacer un enfoque crítico, lejos estoy de criticar por criticar, o de considerar que ha habido una involución; muy por el contrario, me anima el deseo de colaborar a la depuración de nuestros textos legales, pues la claridad de estos mucho ayuda al verdadero imperio del derecho.

La segunda aclaración es que, a fin de simplificar esta exposición, utilizaré la expresión "régimen anterior" para referirme al del impuesto sobre la renta en vigor durante el año de 1978 y la de "régimen nuevo", para referirme al resultante de las reformas antes mencionadas. Análogamente, utilizaré la expresión "ley anterior" para referirme a la LIR tal como estuvo en vigor del 1o. de enero de 1978 al 31 de diciembre del mismo año, y la de "ley vigente", para la LIR una vez incorporadas las reformas; con la misma finalidad de simplificación utilizo las siguientes abreviaturas.

D.R.	Decreto de reformas y adiciones a la ley del impuesto sobre la renta, publicado en el D.O. del 29 de diciembre de 1978.
D.I.P.	Derecho Internacional Público.
D.O.	Diario Oficial.
L.I.R.	Ley del Impuesto sobre la Renta.
C.F.F.	Código Fiscal de la Federación.
Constitución	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
L.R.	Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales publicadas en el D.O. del 29 de diciembre de 1978.

Todos los ordenamientos se citan —salvo en el caso de la "ley anterior"— según texto en vigor al 3 de mayo de 1979.

## 2. En búsqueda de un marco de referencia.

### 2.1. Límites internacionales de la competencia tributaria estatal.

<sup>2</sup> Sobre el tema de los límites internacionales de la competencia tributaria estatal y los diversos problemas relacionados con el mismo, existe una amplia bibliografía, especialmente en cuanto a la múltiple imposición. La síntesis que aquí presento se inspira fundamentalmente en los siguientes materiales:

Como es sabido, en el D.I.P. común si bien existen normas vigentes sobre los límites de la competencia estatal en materia tributaria, estas no llegan a prohibir la doble tributación, situación esta que si bien es indeseable según la opinión de un sector importante de la doctrina, es lícita a la luz del Derecho de Gentes.

En efecto, si tratamos de sintetizar las normas internacionales en la materia, tendríamos un marco bastante amplio dentro del cual puede darse fácilmente la concurrencia impositiva de dos o más estados, ya que, conforme al D.I.P. vigente se considera que el estado goza de una competencia tributaria que le permite establecer tributos con la sola limitación de que exista alguna relación real, efectiva, entre la situación de cuya realización se deriva la obligación de pago del tributo y el estado, es decir, que haya una conexión jurídica interna para la tributación. Entre las relaciones que tradicionalmente se han considerado suficientes para justificar la imposición de tributos, se puede hacer referencia a tres:

- a) la sujeción personal, tradicionalmente denominada "nacionalidad",
- b) la supremacía territorial, y
- c) la fuente del ingreso.

De las tres anteriores, la primera parece la más clara. En cuanto a la segunda, debe anotarse que sufre algunas excepciones, ya que la supremacía territorial no se considera razón suficiente para establecer impuestos personales a cargo de los transeúntes y, por otra parte, escapan a ella los agentes diplomáticos en cuanto a las contribuciones personales, tributos directos sobre objetos usados por los agentes en su calidad de tales y aranceles sobre objetos destinados a la misión o consumo personal. El concepto de fuente del ingreso por su parte, está lejos de alcanzar la claridad de significado que tienen los otros dos vínculos, y por lo mismo puede dar lugar a interpretaciones diversas.

1. Convención de La Habana sobre Condiciones de los extranjeros (D. O. 20 agosto, 1931).
2. Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas (D.O. 16, febrero, 1962).
3. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (D.O. 11, septiembre 1968).

O'Connell, D. P. *International law*, vol. 2, London, Stevens & Sons Limited Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications Inc., 1965, págs. 788 ss.

Tarke, J. G., Q. C. *Introduction to International law*, Sixth Edition, London, Butterworths, 1961. págs. 301.

Vendross, Alfred. *Derecho Internacional Público Trad. de la 5a. edición alemana con colaboración de Stephen Verosta y Kari Zemanek, por Antonio Truyol Serra con colaboración de Manuel Medina Ortega, Madrid, Aguilar, S. A. de ediciones, 1976, págs. 298-300.*

4. Convención sobre las Misiones Especiales (D.O. 12, marzo 1979).
5. Los canjes de notas con Estados Unidos de América y Canadá para evitar doble tributación en el caso de empresa de transporte marítimo y aéreo (sin publicar).
6. Los convenios constitutivos de diversas organizaciones internacionales en que México es parte.
7. Diversos tratados de relevancia indirecta.

Brevemente me referiré a ellos.

1. Convención de La Habana sobre condiciones de los extranjeros. Establece en su artículo 4 la obligación de los extranjeros de cumplir con las "contribuciones ordinarias" y extraordinarias y empréstitos forzosos. Es decir, consagra la facultad del estado recipiendario de establecer impuestos a cargo de extranjeros.
2. Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas. Esta convención establece las diversas inmunidades y privilegios aplicables a los estados acreditantes, jefes de misión, agentes diplomáticos, criados particulares de agentes diplomáticos, familiares de agentes diplomáticos, así como con respecto a los objetos pertenecientes o destinados al uso oficial de la misión, de los agentes o miembros de la familia. Las disposiciones de mayor importancia son los artículos 23, 28, y 33 a 40.
3. Convención de Viena sobre relaciones consulares. En su artículo 32 establece la exención fiscal de los locales consulares, y en sus artículos 48 y siguientes establece ciertos privilegios aplicables a los funcionarios consulares de carrera y demás miembros de la oficina consular. El artículo 60 establece también ciertas exenciones para el estado que envíe por lo que respecta a los locales de oficinas consulares, el 62 ciertas franquicias aduaneras, y el 66 la exención por las retribuciones y emolumentos que reciban los funcionarios consulares honorarios del estado que envía.
4. Convención sobre las misiones especiales. Son de especial relevancia los artículos 24, y 32 a 40, que establecen las diversas exenciones de que gozan los representantes en miembros de su familia, personal a servicio privado, así como los objetos afectados o destinados a la misión especial.

### 5. Canjes de notas.

Como es bien sabido, México ha sido reacio a celebrar acuerdos internacionales en materia tributaria, sin embargo he logrado localizar dos acuerdos internacionales celebrados mediante canjes de notas, el primero con los Estados Unidos de América y el segundo con el Canadá, que tienen como finalidad evitar la doble imposición sobre los ingresos provenientes de la operación de barcos y aeronaves. Ninguno de ambos tratados ha sido publicado en el D.O. y según los informes que he podido recabar, ambos se encuentran en vigor. El celebrado entre México y los Estados Unidos de América, se celebró mediante canje de notas de fecha 7 de agosto de 1964, y prevé la exclusión de todos los ingresos obtenidos por corporaciones organizadas en Estados Unidos de América o por personas físicas norteamericanas no residentes en México, provenientes de la operación de uno o más barcos matriculados o aeronaves registradas bajo las leyes de los Estados Unidos de América, con base en la exención recíproca que conceda el gobierno de los Estados Unidos de América a ciudadanos de México y a corporaciones organizadas en México.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> El texto de la nota enviada por Don Antonio Carrillo Flores, a la sazón embajador de México en Washington, a Dean Rusk, a la sazón Secretario de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, dice así:

Washington, D. C., 7 de agosto de 1964.

Señor Secretario:

Tengo el honor de referirme a la nota de Vuestra Excelencia, de esta misma fecha, en la cual se estipula que, con el fin de evitar la doble imposición sobre los ingresos provenientes de la operación de barcos matriculados y aeronaves registradas bajo las leyes de México, el Gobierno de Estados Unidos de América está de acuerdo en otorgar a título de reciprocidad, la exención del mencionado impuesto a corporaciones organizadas en México y a individuos ciudadanos de México no residentes de Estados Unidos de América, en los términos especificados en dicha nota.

Recíprocamente, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos conviene en lo siguiente:

1. El Gobierno de México, con base en la exención equivalente que conceda el Gobierno de Estados Unidos de América a ciudadanos de México y a corporaciones organizadas en México, excluirá del ingreso bruto y otorgará exención de impuesto a todos los ingresos obtenidos: a) por una corporación organizada en Estados Unidos de América o b) por una persona física individual que sea ciudadano de Estados Unidos de América y no sea residente en México, provenientes de la operación de uno o más barcos matriculados o aeronaves registradas bajo las leyes de Estados Unidos de América.

2. Para los fines de este acuerdo: a) la fase "operación de un barco o barcos" y "operación de aeronaves", significa el negocio o la empresa realizados por dueños o fletadores de barcos o aeronaves, según sea el caso, de transporte de personas, incluso el embarque y desembarque de pasajeros, y el transporte de artículos, correspon-

El acuerdo con el Canadá se celebró mediante canje de notas de fecha 29 de enero de 1974 y, prevé que ambos países eximirán del impuesto sobre la renta y de cualquier otro con el que se grave las utilidades que obtenga cualquier empresa de las nacionalidades del otro país, provenientes de la operación de barcos o aviones, en tráfico internacional.<sup>4</sup>

dencia y bultos postales, y otros cargamentos incluyendo la carga y descarga de los mismos. b) El término "ingresos" significa los ingresos derivados de las actividades descritas en este párrafo, incluso la venta de boletos en México.

3. Las exclusiones y exenciones estipuladas en el párrafo 1: a) serán otorgadas aún cuando la corporación fuere residente en México en virtud de dedicarse al comercio o a negocios en el país, en cualquier tiempo dentro del año fiscal y aún cuando las personas físicas hayan estado dedicadas en México al comercio o a negocios dentro del año fiscal, independientemente de las actividades que constituyan tales comercio o negocio; y b) serán aplicables respecto de años fiscales a partir del primer día de enero de 1964.

4. Cualquiera de los dos Gobiernos podrá dar por terminado este acuerdo con aviso previo de seis meses por escrito al otro Gobierno y, en tal caso, el acuerdo dejará de surtir efectos respecto de años fiscales contados a partir del día primero de enero siguiente a la expiración del período de seis meses.

Mi Gobierno considera que la nota de Vuestra Excelencia junto con esta nota en respuesta aceptando los términos propuestos, constituyen un acuerdo entre los dos Gobiernos, que entra en vigor en la fecha de la presente nota.

Reitero a Vuestra Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración."

<sup>4</sup> El texto de la nota enviada por Emilio O. Rabasa, a la sazón Secretario de Relaciones Exteriores de México al entonces su homólogo del Canadá Mitchell Sharp, reza así:

Tlatelolco, D. F., a 29 de enero de 1974.

Excelencia:

Tengo a honra referirme a la atenta Nota de Vuestra Excelencia número 20, fechada el día de hoy, cuyo texto vertido al español es el siguiente:

"Tengo el honor de referirme a las conversaciones que tuvieron lugar recientemente, entre representantes de nuestros Gobiernos, a fin de llegar a un Acuerdo para evitar la doble imposición sobre los ingresos obtenidos de la operación de barcos o aeronaves, en tráfico internacional. Como resultado de estas conversaciones he recibido instrucciones de mi Gobierno para proponer al de Vuestra Excelencia la celebración de un Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes términos:

1. El Gobierno del Canadá eximirá del impuesto sobre la renta, así como de cualquier otro impuesto con el que grave las utilidades que obtenga cualquier empresa mexicana provenientes de la operación de barcos o aviones, en tráfico internacional.

2. El Gobierno de México eximirá del impuesto sobre la renta, así como de cualquier otro impuesto con el que grave las utilidades que obtenga cualquier

6. Tratados constitutivos de organizaciones internacionales en que México es parte.

No sería posible hacer una exposición de los diversos privilegios e inmunidades en materia fiscal establecidos en los tratados constitutivos de organizaciones internacionales en que México es parte, baste mencionar que es común que los tratados constitutivos de organizaciones internacionales prevean, entre otras, la exención de impuestos

empresa mexicana provenientes de la operación de barcos o aviones, en tráfico internacional.

3. La exención de impuestos prevista en los párrafos 1 y 2 que anteceden, también se aplicará a las utilidades mencionadas en estos párrafos que sean obtenidos por la participación de una de dichas empresas en un acuerdo o asociación con otras, o en cualquiera entidad que opere internacionalmente.

4. Para los propósitos de este Acuerdo: a) La frase "Empresa Canadiense" significa el Gobierno del Canadá o una persona física (que no sea nacional de México) normalmente residente en Canadá y que no resida normalmente en México. También significa una corporación u otra entidad o conjunto de personas o una persona moral organizadas conforme a la ley canadiense y que, para efectos fiscales canadienses, resida en Canadá y cuyo negocio principal sea el transporte de pasajeros, carga o correo; en francés el término "Société" incluye una "Corporation" dentro del significado de la ley canadiense. b) La frase "Empresa Mexicana" significa el Gobierno de México, o una persona física (que no sea nacional del Canadá) normalmente reside en México y que no resida normalmente en Canadá. También significa una corporación u otra entidad o conjunto de personas o una persona moral organizadas conforme a la ley mexicana y que, para efectos fiscales mexicanos, resida en México y cuyo negocio principal sea el transporte de pasajeros, carga o correo. c) Con relación a una empresa canadiense, la frase "tráfico internacional" significa cualquier transporte de pasajeros, de carga o de correo por una aeronave. También significa cualquier transporte de pasajeros, carga o correo por un barco, en viaje que se realice por más de un país, excepto en el caso en el que el barco sea usado principalmente para transportar pasajeros, carga o correo exclusivamente entre localidades dentro de México. d) Con relación a una empresa mexicana, la frase "tráfico internacional" significa cualquier transporte de pasajeros, de carga o de correo por una aeronave. También significa cualquier transporte de pasajeros, carga o correo por un barco, en viaje que se realice por más de un país, excepto en caso en que el barco sea usado principalmente para transportar pasajeros, carga o correo exclusivamente entre localidades dentro del Canadá.

5. Para la aplicación de este acuerdo por uno de los Gobiernos Contratantes, cualquier término no específicamente definido tendrá, a menos que el contexto lo requiera en forma distinta, el significado que le corresponda conforme a las leyes de dicho Gobierno relativas a los impuestos materia de este Acuerdo.

6. Este Acuerdo surtirá efectos respecto de los ejercicios fiscales que hayan empezado el 1o. de enero de 1973 o con posterioridad.

7. Este acuerdo estará en vigor por tiempo indefinido, pero cualquiera de los dos Gobiernos puede, el 30 de junio o antes, de cualquier año, después de 1974 notificar su terminación al otro Gobierno. En tal caso, el Acuerdo dejará de estar vigente para los ejercicios fiscales que comiencen el 1o. de enero, o pos-

de los organismos, sus bienes, ingresos provenientes de sus operaciones, y en ocasiones incluso de sus funcionarios.

A título meramente ejemplificativo pueden citarse los casos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, más conocido como Banco Mundial, Corporación Financiera Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo.<sup>5</sup>

#### 7. Otros acuerdos internacionales.

Además de los tratados internacionales antes mencionados, en multitud de tratados pueden encontrarse disposiciones que tienen interés, siquiera indirecto en algunos casos, en materia fiscal.

No sería posible intentar aquí un análisis exhaustivo del cúmulo de tratados que contienen disposiciones de tal índole, tan sólo por vía de ejemplo, cito dos de ellos recientemente publicados en el D.O. y que establecen directrices que deberán desarrollarse en materia fiscal. En primer lugar, me referiré al "Acuerdo básico de cooperación industrial entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicano y el Gobierno de la República Federal del Brasil", que se publicó en el D.O. del día 17 de abril del año en curso.

El acuerdo tiene por finalidad promover las coinversiones en el sector industrial y, en su artículo I inciso 3) prevé que "las Partes Contratantes se empeñarán en llegar, oportunamente, a acuerdos con miras a armonizar los regímenes fiscales aplicables a los rendimientos derivados del presente Acuerdo".

En el mismo D.O. se promulgó el "Convenio de turismo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América", el cual tiene por finalidad fundamental el estimular el intercambio de turismo bilateral.

Entre sus disposiciones, el artículo I inciso 4) prevé que "En la medida en que cada una de las partes esté sujeta a su legislación fis-

teriormente, del año de calendario siguiente al que se hubiere hecho la notificación.

Si las proposiciones anteriores son aceptables para el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, propongo que esta Nota, que es auténtica en español, constituyan un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos."

En respuesta tengo el honor de manifestar a Vuestra Excelencia que mi Gobierno acepta la propuesta contenida en la Nota antes transcrita y, en consecuencia, considera que dicha Nota y la presente constituyen un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Aprovecho la oportunidad para renovar a Vuestra Excelencia el testimonio de mi más alta consideración."

<sup>5</sup> Los tratados respectivos se publicaron en los diarios oficiales de los días IFC 14-marzo 1956.

cal que fija impuestos a la importación de boletaje y material promocional de los transportistas y de las empresas turísticas de la otra, cada parte revisará dichos ordenamientos con el objeto de que la importación de dichos materiales pueda, en el futuro, ser libre de impuestos, en forma recíproca".

Como puede verse, sería necesario hacer una revisión minuciosa de una multitud de acuerdos internacionales para detectar todas las normas relevantes en materia fiscal, los cuales son de muy diversa índole, desde algunas que contemplan miras a realizar en lo futuro, como es el caso de los dos acuerdos a que ahora me he referido, hasta otros que establecen exenciones con respecto a los ingresos derivados de actividades específicas, como es el caso de aquellos a los cuales me he referido con anterioridad celebrados con los Estados Unidos de América y el Canadá, y las que establecen exenciones aplicables en el caso de organizaciones internacionales, funcionarios de organizaciones internacionales, cuerpo diplomático, consular, etc.

Según lo dicho, conforme al D.I.P. los extranjeros residentes fuera de México sólo pueden estar sujetos a un impuesto en el país, si existe alguna vinculación jurídico-interna, como podría ser la fuente del ingreso, ya que, por definición, no se encuentran bajo la supremacía territorial mexicana salvo por lo que pudiera referirse a propiedades que tuvieran en el país, en caso en el cual esa sería una vinculación suficiente por lo que se refiere a impuestos que recaigan sobre titularidad de tales bienes o sobre ingresos derivados de actos atinentes a los mismos.

Desde este punto de vista, el criterio adoptado en el artículo 3o. de la LIR parece en principio compatible con las normas vigentes del D.I.P. en la materia.

#### 2.2. El marco constitucional.

Si indagamos ahora sobre el marco constitucional, habríamos de plantearnos el problema de si la federación goza de facultades para establecer el impuesto sobre la renta en general y, en particular y dada la temática concreta de esta charla, si puede incluir como sujeto al mismo a extranjeros residentes en el exterior.

A la primera pregunta, y habida cuenta del sistema de distribución de competencia entre federación y estados, la respuesta parece a todas luces positiva, lo cual no implica el que los estados carezcan de facultades para crear un impuesto de la misma índole, habida cuenta de la concurrencia que existe —en principio— en materia tributaria entre federación y estados, y que rige en la materia por no tratarse ni de una rama atribuida

como exclusiva a la federación, ni como prohibida —absoluta o relativamente— a los estados.

Si de este aspecto general, pasamos a la segunda cuestión, aquella relativa a la competencia para establecer impuestos a cargo de extranjeros no residentes, la respuesta no es tan sencilla. La doctrina mexicana no parece haber advertido el problema, y se plantea en forma global el problema atinente a la obligación del pago de impuestos por parte de los extranjeros, sin diferenciar entre residentes y no residentes.<sup>6</sup>

Creo sin embargo que el argumento para sustentar el que están obligados a tales contribuciones, es sustancialmente válido en ambos casos —residentes y no residentes—, siempre y cuando se aclare que en el caso de no residentes, la imposición se justifica en la medida en que existe titularidad de inmuebles ubicados en territorio nacional, en el caso de gravámenes sobre la propiedad raíz (supremacía territorial), o la percepción del ingreso cuya fuente se encuentra en el territorio nacional. Al respecto los textos constitucionales no brindan mucha ayuda, pero parece que los principios de generalidad, proporcionalidad y equidad que presiden por mandato constitucional nuestro sistema tributario, son apoyo suficiente para sustentar las ideas anteriores.

Lo dicho no es bastante, pues debe ahora aclararse si la competencia es en este caso coincidente entre federación y entidades o exclusiva de aquella o estas. Los textos constitucionales dan poca luz, pero necesario es referirse a ellos.

El artículo 31 en su fracción IV al referirse a la obligación de contribuir a los gastos públicos locales utiliza el concepto de residencia como determinante de la competencia tributaria de las entidades. Este elemento, poco estudiado aún, de la residencia como delimitativo de la competencia tributaria local, parece llevar a la conclusión de incompetencia de las entidades para establecer gravámenes a cargo de no residentes en general y por consecuencia en el caso de extranjeros no residentes.

Sin embargo, tal interpretación del texto constitucional, cuya trascendencia como delimitante de las competencias locales —y por ende como criterio de solución de problemas de doble o múltiple imposición interestatal— ha pasado casi inadvertida, requiere ser matizada a fin de no des-

<sup>6</sup> Sobre el tema puede verse, por ejemplo:

Arellano García, Carlos. La condición jurídica-fiscal de los extranjeros en México. México Revista Jurídica de la sociedad de alumnos de la Escuela Libre de Derecho, Tomo I, No. 1, Junio, 1977, págs. 15-34.

Flores Zavala, Ernesto. Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas, 14a. edición, México, Editorial Porrúa, S. A., 1972, pág. 191.

Margain Manautou, Emilio, La Constitución y algunos aspectos del Derecho Tributario Mexicano, México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1967, págs. 87-88.

conocer un vínculo cuya relevancia jurídica, política y financiera es a todas luces mayor que la residencia, como lo es la supremacía territorial que parece suficiente para justificar los impuestos sobre la propiedad en el caso de bienes que se encuentren en la entidad.

Las otras disposiciones relevantes, son el artículo 73 en su fracción XXIX inciso 1) y el artículo 131 constitucionales, que otorgan competencia exclusiva al Congreso General para establecer contribuciones sobre el comercio exterior.

De lo anterior resulta que al carecer las entidades de facultades para establecer contribuciones en el caso de comercio exterior, carecen necesariamente de ellas independientemente de que el causante sea un nacional o no, resida o no en el país.

Tratando de sintetizar lo anterior, podríamos decir que la federación puede establecer contribuciones a cargo de extranjeros no residentes en el país. Por su parte, las entidades no pueden establecer contribuciones a cargo de sujetos que no residan en el país, salvo en el caso de impuestos sobre bienes ubicados en ellas y que, por último, aun en el caso de admitirse una concurrencia en la materia, las entidades deben de abstenerse en aquellos casos de competencia exclusiva de la federación —siendo de ellas una de las de mayor relevancia para nuestro tema la de comercio exterior—, así como en el caso de prohibiciones absolutas (art. 117-III, IV, V, VI y VII de la Constitución) o relativas (art. 117-IX y 118-I de la Constitución) salvo dentro de los límites fijados por el Congreso General en el caso de estas últimas.

### 2.3. Aspectos generales de las reformas a la LIR

Estos breves marcos generales de la normativa internacional y constitucional relevantes, parecen suficiente para entrar al análisis de la LIR. Empecemos por los aspectos sistemáticos que, aunque frecuentemente olvidados son de interés y en ocasiones, como veremos, de trascendencia.

#### 2.3.1. Aspectos sistemáticos

La ley anterior estaba sistematizada en cinco títulos, el primero contenía disposiciones preliminares y, los restantes llevaban los siguientes epígrafes:

- a) el segundo "Empresas".
- b) el tercero (que iba como II bis), la tasa complementaria sobre utilidades brutas extraordinarias.
- c) el cuarto "Personas Físicas", (que iba como título III),

d) el quinto (que iba como IV) "Asociaciones y Sociedades Civiles". El decreto llevó a cabo una completa resistemización, al derogar el título II bis, reestructurar la regulación específica de personas físicas en once capítulos que forman el título III, y derogar el título IV. A fin de tener una idea más clara de lo anterior, creo es importante comparar el índice de la ley anterior y la vigente en cuanto al título III, por ser este el que sufrió la reestructuración sistemática.

Ley Anterior	Ley Nueva
Título III. Del Impuesto al Ingreso de las Personas Físicas.	Título III. Del Impuesto al Ingreso de las Personas Físicas. Disposiciones Generales.
Capítulo I	Capítulo I
Del Impuesto sobre Productos del Trabajo.	De los Ingresos por Salarios y en General por la Prestación de un Servicio Personal Subordinado.
Ley Anterior	Ley Nueva
Capítulo II	Capítulo II
Del Impuesto sobre Productos o Rendimientos del Capital y otros Ingresos.	De los Ingresos por Honorarios y en General por la prestación de un servicio personal independien-
Capítulo III	Capítulo III
Tarifa de los Capítulos I y II.	De los ingresos por arrendamiento y en general por otorgar el uso o goce temporal de inmuebles.
Capítulo IV	Capítulo IV
Del Impuesto al Ingreso Global de las Personas Físicas.	De los ingresos por enajenación de bienes.
Capítulo V	Capítulo V
De la Tarifa y de las declaraciones.	De los ingresos por adquisición de bienes.

## Capítulo V

De los ingresos por adquisición de bienes.

## Capítulo VI

De los ingresos por actividades empresariales.

Ley Nueva

## Capítulo VII

De los ingresos por dividendos y en general por las ganancias distribuidas por empresas.

## Capítulo VIII

De los ingresos por intereses.

## Capítulo IX

De los demás ingresos que obtengan las personas físicas.

## Capítulo X

De los requisitos de las deducciones.

## Capítulo XI

De la declaración anual.

De la mera comparación de los índices, resulta claro que la nueva ley es más ordenada y completa. Esa misma comparación evidencia la nueva estructura del impuesto, el cual abarca la totalidad de los ingresos —salvo los expresamente exceptuados (art. 49)— a diferencia del sistema de la ley anterior, que tan sólo abarcaba determinados ingresos: los expresamente previstos.

También resulta claro que se abandonó la vieja división entre "productos del trabajo" por una parte y "productos de capitales" por la otra, para adoptar una que clasifica a los ingresos en nueve grandes categorías, a saber:

1. Ingresos por la prestación de servicio personal subordinado.
2. Ingresos por la prestación de servicio personal independiente.
3. Ingresos por otorgar el uso o goce temporal de inmuebles.

4. Ingresos por enajenación de bienes.
5. Ingresos por adquisición de bienes.
6. Ingresos por actividades empresariales.
7. Ingresos por ganancias distribuidas por empresas.
8. Ingresos por intereses.
9. Ingresos distintos a los anteriores.

Nótese que no se habla ya de "ingresos por productos o rendimientos de capitales" como una categoría que abarque diversos ingresos, como sucedía en la ley anterior; ello es de importancia, como veremos.

De los ingresos ahora comprendidos por la ley, varios no lo eran por la anterior, como es el caso de ingresos derivados de enajenación de bienes muebles (salvo en el caso de algunos títulos de crédito, que sí lo estaban), ingresos por donaciones y algunos otros.

Por otra parte, en tanto en el régimen anterior tan sólo quedaban sujetos al impuesto al ingreso global algunos sujetos: aquellos cuyos ingresos gravables en un año de calendario —tomados en la proporción y con las deducciones previstas por la ley anterior— excedían de \$100,000.00, conforme al régimen nuevo, el sistema global se aplica a todos, y tan sólo podrían quedar excluidos algunos sujetos que tan sólo perciben ingresos de determinado tipo, con respecto a los cuales puede optarse o debe hacerse un pago definitivo (ganancias distribuidas por empresas en los casos previstos en el párrafo final del art. 81; ingresos por intereses, según art. 86) en un período de unos días posterior a la percepción, sin que en tal caso deba acumularse (art. 96).

Como el tema de la globalización ya fue objeto de análisis por una parte y, por la otra, escapa a nuestra temática, no profundizo en este aspecto, y paso a nuestro tema siguiente.

### 2.3.2. El objeto del impuesto

Como es sabido, el objeto del impuesto sobre la renta suele definirse como la "renta gravable", expresión esta que significa la diferencia entre ingresos gravables menos deducciones autorizadas. Por ello, los conceptos de "ingreso gravable", y "deducción autorizada" son el punto de partida para el análisis del impuesto.

A la luz de la ley anterior, para que un ingreso pudiera considerarse como gravable, se requería:

- a) que este *existiera realmente*, bien consistiera en una percepción en efectivo, en crédito o en especie;
- b) que modificara el patrimonio del sujeto receptor; y
- c) que proviniera "de productos o rendimientos de capital, del trabajo

o de la combinación de ambos, o de otras situaciones jurídicas o de hecho" establecidas en la ley anterior; es decir, se requería el elemento de tipicidad.

Así por ejemplo, al amparo de la ley anterior, los ingresos en efectivo que obtuviera una persona física en virtud de una donación, no eran los ingresos que tuvieran una sociedad mercantil como pago de capital social o de primas por suscripción, por no haber una modificación patrimonial, ni lo era el pago del precio de un objeto adquirido por un residente en el país de un residente en el extranjero, por falta de tipicidad.

Conforme a las reformas, se modificó el artículo 1o. de la LIR, para quedar redactado en los términos siguientes:

"Artículo 1o. El impuesto sobre la renta grava los ingresos en efectivo, en especie o en crédito:

I. Que provengan de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas o de pesca.

II. Que obtengan las personas físicas.

III. Que perciban las asociaciones o sociedades de carácter civil.

En los preceptos de esta ley se señalarán las deducciones que en cada caso se autoricen".

De la reforma se desprende una primera modificación trascendental, el impuesto.

La segunda modificación, en cuanto al objeto, deriva de que ya no es necesaria la existencia de una modificación patrimonial, para que el ingreso se considere gravable; la tercera modificación es que se ha minimizado la tipicidad, pues si se trata de personas físicas o asociaciones o sociedades civiles, todo ingreso es gravable; en el caso de otros sujetos —salvo unidades económicas— se mantiene un cierto grado de tipicidad al considerarse como gravables los ingresos que provengan "de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, o de pesca".

Lo anterior implica una clara modificación del objeto del impuesto. Por otra parte, la falta de cuidado en hacer los ajustes necesarios a lo largo de las disposiciones de la LIR, puede plantear algunos problemas interpretativos delicados, para citar tan sólo un ejemplo me refiero al siguiente caso:

Supongamos que una sociedad anónima decide aumentar su capital social y, al efecto la asamblea extraordinaria aprueba el aumento y, habiendo renunciado los accionistas a su derecho de suscribir el aumento, se decide colocarlas a través de bolsa, acordándose que los interesados deberán cubrir una prima de suscripción de cien pesos por acción.

En tal supuesto, la sociedad tendrá un ingreso consistente en el pago

del valor nominal de las acciones y además un ingreso consistente en la prima de cien pesos por acción. Se plantea pues el problema de si alguno de tales ingresos es gravable.

En la ley anterior, la solución parecía clara: al no haber modificación patrimonial no había ingresado grave.<sup>7</sup> En la ley vigente la solución no es tan clara, pues hemos visto que según la reforma se grava ingresos, independientemente de que haya o no modificación patrimonial.

Podría decirse, sin embargo, que los ingresos por concepto de pago del capital social, no son gravables en tanto no provienen "de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas o de pesca", argumento que nos parece correcto, pero que no es del todo convincente en el caso de las primas de suscripción, pues en tal caso hay una verdadera especulación por parte de la sociedad colocadora.<sup>8</sup>

Desde luego, la reducción al absurdo con que pretendo argumentar, hace ver que no resulta correcto el artículo 1o. en su literalidad, y que requiere de una interpretación correctiva-restrictiva. Pero tal conclusión destaca la gravedad de la falla, pues dado el sistema de interpretación estricta que rige en derecho tributario —rector no sólo en cuanto a la determinación del tributo sino también con respecto a lo exento que cae dentro del género gravado— la argumentación ad absurdum resulta endeble, ya que tal sistema interpretativo no permita crear cargas tributarias ni exenciones por analogía ni por mayoría de razón (art. 15 C. F.), lo cual implica que el argumento de redacción al absurdo no sea técnicamente suficiente para limitar el sentido literal de las disposiciones tributarias.

Como veremos más adelante, la modificación del objeto del impuesto plantea también problemas en el caso del régimen aplicable a extranjeros residentes en el exterior.

Para terminar con el tema relativo al objeto, refirámonos siquiera sea brevemente al artículo 48, cuya reforma entrará en vigor el 1o. de enero de 1980 al tenor del artículo 1o. transitorio del decreto, el cual implica otra verdadera modificación al objeto del impuesto.

En efecto, según tal reforma se consideran como ingreso las erogaciones realizadas en un año de calendario en exceso del monto de ingresos declarados por el mismo año "si no se formula la inconformidad o no

<sup>7</sup> Verbalmente en su charla dentro del curso, a mi pregunta Don Roberto Hoyo respondió haciendo notar que el problema ya existía en el texto anterior, pues a su juicio sí existe un incremento patrimonial pues, aunque el capital social suela mostrarse del lado del pasivo, es muy discutible que realmente sea un pasivo, por lo que, en su concepto, tanto antes de la reforma cuanto en el texto actual sería necesaria

<sup>8</sup> En la exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Ejército, claramente se dice "Cabe aclarar que no se está cambiando el objeto del impuesto al ingreso global de las empresas". La intención no puede ser más clara, pero la instrumentación difícilmente puede ser más torpe, pues la reforma al artículo 1o. por la generalidad de este, lleva necesariamente a una modificación del objeto en todos los casos.

se prueba el origen de la discrepancia", con lo que se llega a un impuesto que grava los egresos de las personas físicas y en algunos casos (art. 15A) de las asociaciones y sociedades civiles.

Como se desprende de lo anterior, el objeto del impuesto ha sufrido un cambio de importancia, pues si bien es cierto que podría continuar definiéndose a la renta gravable como la diferencia entre ingreso acumulable y deducción, autorizada, el primero de tales conceptos ha variado considerablemente, llegando en ocasiones a considerarse como tal al egreso.

### 3. Entrando en materia.

Sin duda, el tema principal de las reformas a la LIR publicadas en el D.O. del 29-XII-1978, es el de la "globalización" del régimen del impuesto aplicable a las personas físicas. En consecuencia, la atención se ha enfocado por parte de estudiosos y comentaristas, principalmente a ese aspecto. Sin embargo, las reformas afectaron —directa o indirectamente— a otros renglones, aquí nos referiremos, aunque brevemente, a dos de ellos: el régimen aplicable a personas físicas extranjeras residentes fuera de México y el aplicable a las personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en el país, para posteriormente pasar a algunos aspectos de la globalización.

#### 3.1. Régimen aplicable a extranjeros personas físicas residentes fuera del país y a personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en el país.

Las consideraciones anteriores, creo nos dan los elementos indispensables para entrar en el primero de nuestros temas propiamente dicho.

##### 3.1.1. A fin de destacar las reformas, haré en primer lugar una breve referencia al régimen anterior en la materia.

Desde el punto de vista sistemático, las disposiciones relevantes de la ley anterior eran los artículos 3 fracciones II, 30, 30A, 31, 41, 59 y 60 a 75. Es decir, las disposiciones se encontraban dispersas entre las relativas a empresas causantes mayores por una parte, e impuestos sobre productos del trabajo y de capitales aplicables a personas físicas por la otra, a pesar de que regían tanto a personas físicas extranjeras residentes fuera del país, cuanto a personas morales extranjeras no establecidas en el país, y creaban en ocasiones un verdadero laberinto hartamente confuso.

Si de este aspecto sistemático, pasáramos a los aspectos generales, ten-

dríamos un panorama no siempre claro. Intentaremos esa panorámica general.

Como es sabido, conforme a la ley anterior se consideraban sujetos del impuesto tanto a las personas físicas extranjeras residentes en el extranjero, cuando a las personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en el país, "respecto de sus ingresos gravables procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional" (art. 3-II).

Lo anterior excluía, por necesidad lógica, a las personas morales carentes de nacionalidad, como lo son gran parte de los organismos internacionales.

El principio era, en mi concepto respetuoso tanto del Derecho de Gentes cuanto del constitucional, por más de que a la luz de uno y otro su desarrollo daba lugar a situaciones poco claras, en tanto consideraba a la fuente de riqueza ubicada en el país en algunos casos dudosos de la luz del derecho de Gentes y del constitucional, y dada la falta de definición legislativa del concepto residencia que planteaba dudas del respecto al principio de legalidad que debe presidir a nuestro derecho tributario.

Como es sabido, la ley anterior especificaba que se consideraba a la fuente de riqueza ubicada en el país, en los siguientes casos:

- a) Tratándose de ingresos derivados de la enajenación de ciertos títulos de crédito (acciones, bonos, certificados de instituciones de crédito, obligaciones, cédulas hipotecarias y certificados de participación), cuando se habían emitido en territorio nacional (art. 3-II).
- b) Tratándose de una serie de ingresos clasificados todos ellos en el régimen anterior como "productos de capitales", así como en el caso de ciertas primas, pagos por tecnología, comisiones y mediaciones, cuando el ingreso se obtenía "de persona residente en el país" (art. 3-II en relación con el 31-I).
- c) Tratándose de ingresos derivados de la prestación de servicios, la ley vieja no determinaba cuanto debía considerarse a la fuente de riqueza ubicada en territorio nacional, salvo en el caso de servicios relacionados con tecnología, patentes de invención, marcas, diseños comerciales o industriales y nombres comerciales (art. 3-II en relación con el 31-I-d)), y evidentemente los ya mencionados derivados de comisiones y mediaciones, así como en el caso de personas físicas (art. 59), dos últimos párrafos), caso este en que adoptaba el criterio del lugar de realización del servicio.

De los criterios mencionados, el primero no parece justificarse en todos los casos; piénsese en el supuesto de que una sociedad francesa decidiera emitir obligaciones en México, y que estas fueran posteriormente

objeto de enajenación a través de la bolsa de valores de Nueva York. El carácter de "cosa" de los títulos de crédito parece llevar a considerar como fuente de riqueza el lugar de ubicación, aunque esta solución también ofrece inconvenientes; el fenómeno de la incorporación de derechos lleva a pensar que la fuente se encuentra en la residencia del obligado a hacer algún pago o consecuencia de tal incorporación que, en el caso de los títulos mencionados, es la residencia del emisor. El tema es, como se ve, bastante complejo.

El segundo de los criterios, planteaba un problema delicado desde el punto de vista constitucional, pues no existía un concepto legal de residencia en la legislación tributaria y, el que podía extraerse del Derecho común, en su carácter supletorio, no permitía aplicarse sino a las personas físicas.

Dado el principio de legalidad, esa deficiencia resultaba grave, ya que la "residencia" era un elemento esencial del hecho imponible y, por ende, requería de una determinación legal. La falla fue subsanada mediante la reforma al artículo 15 del CFF hecha por el artículo segundo de la L.R.

Quedaba además, la gran duda en el caso de ingresos derivados de prestación de servicios por empresas, pues no había determinación legal de la fuente, salvo en algunos casos específicos (casos previstos en el art. 31-I-d).

En cuanto al objeto del impuesto, eran los ingresos cuya fuente de riqueza se encontrara en territorio nacional. La base gravable variaba conforme a reglas casuísticas, aunque en términos generales podría decirse lo siguiente:

- a) Tratándose de productos de capitales, estos estaban sujetos al régimen aplicable a personas físicas en virtud de lo dispuesto por el párrafo final de la fracción I del artículo 31, salvo tratándose de ingresos específicamente regulados por dicha fracción I y por el artículo 41, pues en este caso la base era el ingreso bruto sin deducción alguna, y se les sujetaba a tasas diversas dependiendo de diversas circunstancias.
- b) En cuanto a otros tipos de ingresos, la ley era bastante oscura; a los contemplados en la fracción I del artículo 31 (la mayoría de cuyos párrafos se referían a productos de capital, pero otros se referían a servicios), se seguía el mismo procedimiento casuístico mencionado para los ingresos por productos de capital que regulaba dicha disposición en conjunto con el artículo 41.

Tan sólo habría que agregar que, entre los otros ingresos sujetos a un régimen especial de los contemplados en el artículo 31, se encontraban los derivados de la realización accidental de actos de comercio, caso en el

cual existía un régimen en el que la base gravable se determina por cada operación deduciendo del ingreso el costo de las mercancías y los gastos normales y propios de la operación, debiéndose determinar la tasa conforme a la tarifa del artículo 34 y existiendo la obligación de un pago provisional que debía retener el adquirente sobre el monto total de la operación. Ese régimen especial en el caso de realización accidental de actos de comercio, no se aplicaba en el caso de enajenación de inmuebles, pues en tal supuesto se aplicaban las disposiciones relativas a personas físicas, si bien en este caso se planteaban algunas incongruencias por la diferencia de redacción existente entre el párrafo relativo contenido en el artículo 30 y el correspondiente del artículo 31, pues este último no hacía la salvedad relativa.

No creo que sea el caso referirme aquí, en forma pormenorizada al detalle del régimen anterior, por lo que me limito a recalcar algunos aspectos que considero de importancia capital del mismo, a saber:

1. Los ingresos gravables, conforme al régimen anterior estaban tipificados específicamente, es decir, había un catálogo limitativo de ingresos gravables.
2. En virtud de la operancia general del artículo 1o. de la ley anterior, no bastaba caer en alguno de los tipos, sino que se requería además de una modificación patrimonial.
3. El régimen anterior era casuístico, en tanto a la tipificación, las tasas y otras obligaciones.
4. En cuanto al objeto, si bien este era en ocasiones el ingreso bruto, en otras se permitían deducciones.

### 3.1.2. Régimen nuevo.

En este nos detendremos bastante, e intentaremos un análisis mucho más detallado, para tratar de cubrir desde aspectos meramente sistemáticos, hasta la exégesis de algunas disposiciones que plantean serios problemas interpretativos.

Aparentemente las reformas introducidas por el D. R. en la materia, son casi intrascendentes, pero un análisis más detenido hace ver que no es así, de ahí la necesidad de ir ahora a ritmo más pausado.

#### 1. Aspectos sistemáticos.

Las disposiciones de mayor relevancia directa en la materia, son los artículos 3 fracción II, 30, 31 fracción I, 34, 41 y la totalidad del título III.

Indirectamente, es de una importancia fundamental el artículo 1o. vigente.

Intentando una ordenación de las disposiciones mencionadas, tendríamos:

a) el artículo 3 fracción II, determina a los sujetos como causantes, el objeto (los ingresos provenientes de fuentes de riqueza situados en territorio nacional) y por último define algunos casos en que debe considerarse a la fuente de riqueza ubicada en el país y una excepción al respecto.

b) el artículo 30 es aplicable en el caso de *personas morales* de nacionalidad extranjera que realicen accidentalmente actos de comercio.

c) el artículo 31 fracción I establece *reglas especiales para algunos ingresos* determinados, en ocasiones aplicables a personas físicas, en otras a personas morales y en otras a ambos, fundamentalmente.

d) el artículo 41 establece las tasas aplicables a los casos especiales regulados por los artículos 30 y 31 fracción primera, y, por último,

e) el título III resulta aplicable en los casos de no existir un régimen especial, al menos en cuanto a todos los ingresos de personas físicas extranjeras residentes fuera del país si el ingreso se obtiene de fuentes ubicadas en este y de algunos de personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en el país.

Como puede verse, en materia de sistematización es difícil decir si la nueva ley avanza o retrocede, cuando menos en el tema que nos ocupa, pues las disposiciones aplicables siguen formando en laberinto, y este tal vez sea más intrincado que el de la ley anterior.

Dado que la ley nueva sigue un sistema en cierta medida casuístico—al establecer reglas específicas para diversos tipos de ingresos— y a que por otra parte la regulación varía según se trate de personas físicas o morales, resulta bastante difícil hacer una exposición sistemática. En nuestro intento de hacerla, nos referiremos en primer lugar a las personas físicas, en segundo a las morales, intentando destacar algunas diferencias de tratamiento que considero de interés y, por último haré algunas observaciones de conjunto.

## 2. Régimen aplicable a personas físicas.

2.1. Empecemos por el sujeto: conforme al artículo 3 fracción II son sujetos "los extranjeros residentes en el extranjero", expresión esta que podría en principio incluir tanto a las personas físicas cuando a las mo-

rales, habida cuenta de que el concepto "residente" resulta aplicable a unas y otras dado el concepto que de "residencia" da el artículo 15 del CFF; sin embargo, dada la contraposición que hace la fracción citada entre "extranjeros residentes" por una parte y las "personas morales de nacionalidad extranjera" por la otra, la primera de tales expresiones debe restringirse a las personas físicas.

Por otra parte, el concepto que ahora nos ocupa abarca a personas físicas "extranjeras", es decir, aquellas que carecen de la nacionalidad mexicana, independientemente de que tengan o no otra nacionalidad, ya que se usa la expresión "extranjeros", no como en el caso de personas morales en que se utiliza la expresión "de nacionalidad extranjera", la cual exige el que se trate de alguna entidad que tenga alguna nacionalidad distinta a la mexicana, pero alguna, es decir, no comprende a las personas morales carentes de nacionalidad.

Esta diferencia entre la delimitación de las personas físicas extranjeras y las morales, tiene consecuencias de importancia, como habremos de ver al referirnos al régimen aplicable a estas últimas; en cuanto al actual tema, quede claro que trataremos tanto de personas físicas de nacionalidad distinta a la mexicana, cuando de las carentes de nacionalidad.

El régimen es aplicable a personas físicas extranjeras "residentes en el extranjero", concepto este que puede crear algunos problemas, pues implica que tales personas *deben tener* alguna residencia, es decir que no abarca a los que *carezcan* de residencia, pues es evidente distinto hablar de una que *reside* fuera de México, pues esta última expresión no incluye a quien carezca de residencia, ya que esta implica la permanencia en algún lugar, como se desprende del inciso A de la fracción III del artículo 15 del CFF, disposición esta que parece ser la única utilizable para determinar que deba entenderse por residencia.

Según la disposición mencionada, para que pueda hablarse de residencia se requiere que la persona establezca casa habitación y que la ocupe regularmente, y que si pasa fuera del lugar más de 183 días naturales en un año de calendario, no se considera que exista residencia.

Si tal concepto es el aplicable para determinar si se reside en el extranjero —y no parece haber otra disposición relevante—, puede suceder que a alguna persona no pueda considerársele como residente de lugar alguno si, por ejemplo, en ningún país reúne el requisito de no estar fuera más de 183 días naturales, como podría ser una persona que pasara cuatro meses en un país, otros cuatro en otro y los restantes en un tercero; esa persona *no residiría* en lugar alguno y, al no ser un "residente en el extranjero" por carecer de residencia, no podría considerársele sujeto del impuesto. Parece, desde este punto de vista, que sería preferible que la fracción II del artículo 3 de la LIR se refiriera simplemente a "personas físicas extranjeras que no residan en México", sin exigir que tengan residencia fuera del país.

Quedan así definidos los sujetos a que nos referimos como "las físicas extranjeras que residen en algún país distinto de México".

## 2.2. Objeto.

Dada la modificación sufrida por el artículo 1o. de la LIR y los términos de la fracción II del artículo tercero de la misma, son objeto del impuesto todos los ingresos que obtengan de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, es decir, no se requiere ni de una modificación patrimonial ni de una tipificación específica, ya que el tipo es "ingreso obtenido de fuente de riqueza situada en territorio nacional".

Debe hacerse notar que si la ley nueva se refiere en ocasiones a tipos específicos de ingresos, lo hace para establecer un régimen especial, pero ello no significa que los demás no estén gravados si la fuente está situada en territorio nacional, sino que, tan sólo significa que al no haber reglas especiales se está a las generales aplicables a personas físicas. En esto difiere sensiblemente el régimen nuevo del anterior, pues en este no bastaba que el ingreso se obtuviera de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, sino que se requerían además otros dos elementos: la modificación patrimonial y la tipicidad específica, es decir, que el ingreso estuviera específicamente previsto ya que no todos los ingresos eran objeto del impuesto sino tan sólo los especificados.

Dado lo anterior, el objeto se da si se reúnen dos requisitos: a) la obtención de un ingreso y b) que la fuente de riqueza de la cual se obtiene se encuentre situada en territorio nacional; debe por tanto aclararse ahora como se determina la ubicación de la fuente de riqueza, tema en el cual la ley sigue un sistema casuístico, que podríamos sintetizar así:

1. La fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional si el ingreso se obtiene de persona que resida en este, y se trata de ingresos derivados de alguno de los siguientes conceptos.
  1. alquiler de carros de ferrocarril.
  2. distribución de publicaciones extranjeras.
  3. arrendamiento de muebles y arrendamiento financiero.
  4. primas por reaseguros o reafianzamientos cedidas por empresas mexicanas.
  5. publicidad.
  6. uso, explotación, o transmisión de patentes de invención, marcas, diseños comerciales o industriales, nombres comerciales, asistencia técnica, transferencia de tecnología y prestación de servicios profesionales o técnicos que guardan relación con los conceptos anteriores.
  7. Arrendamiento de inmuebles ubicados en territorio nacional.

8. intereses derivados de compraventas.
9. intereses derivados de préstamos.
10. comisiones y mediciones.
11. dividendos o utilidades que distribuyan empresas.
12. productos o rendimientos de capital distintos a los mencionados.

En estos casos, el criterio adoptado por la ley es el de la residencia del deudor. Debe anotarse que en el caso de intereses derivados de las transacciones llamadas "ofshore" (art. 3-II pfo. final), existe una excepción a la regla, pues se considera que la fuente no está en territorio nacional con respecto a los intereses pagados por instituciones de crédito mexicanas o por sucursales de bancos extranjeros autorizadas al efecto.<sup>9</sup>

2. La fuente se encuentra ubicada en territorio nacional, si se obtiene de "empresas domiciliadas en México", en el caso de ingresos por concepto de honorarios a miembros de consejos directivos, de vigilancia, consultivos "o de cualquier índole", así como de honorarios a administradores y comisarios (art. 3-II pfo. segundo).

En estos casos se adopta el criterio del domicilio de quien realiza el pago, si bien la expresión de la ley es poco feliz, pues habla de empresas domiciliadas en México", y las empresas carecen de domicilio, pues el CFF se refiere al domicilio de personas morales así como al de agencias o sucursales de negociaciones extranjeras, pero nunca se refiere al domicilio de la *empresa*, la cual por no ser *sujeto* no tiene domicilio conforme a las normas del derecho común y, al no haber disposición fiscal que se lo atribuya, se llega a una situación confusa, pues no hay base legal para determinar que es una "empresa domiciliada en México".

3. La fuente se encuentra en territorio nacional cuando en este se llevó a cabo la emisión de los títulos de crédito, por lo que se refiere a ingresos derivados de la enajenación acciones, bonos, certificados de instituciones de crédito, obligaciones, cédulas hipotecarias y certificados de participación (art. 3-II).

En estos casos el criterio adoptado es el del lugar de emisión del título.

4. La fuente se encuentra en territorio nacional, si la prestación de servicios se realiza dentro de este, en el caso de ingresos por prestación de servicios personales independiente (art. 58 pfo. final).

El criterio adoptado es el del lugar de realización del servicio.

<sup>9</sup> Dicho sea de paso, la forma en que se estructuró la exención (pues tal es el efecto), no es la más correcta técnicamente, pues la fuente sí está en el país; en lugar de acudir a una ficción debió irse directamente a lo que se quería: establecer la exención.

5. En el caso de ingresos distintos a los mencionados en los cuatro apartados anteriores, la ley no establece criterio alguno para determinar cuando la fuente de riqueza debe considerarse situada en territorio nacional.

Sintetizando lo expuesto con relación a la fuente de riqueza, tendríamos que la LIR adopta criterios diversos para determinar su ubicación:

- a) en materia de productos de capitales el criterio genérico es el de *residencia de quien paga*, al igual que en aquellos otros casos específicos previstos en la fracción I del artículo 31.
- b) el principio genérico anterior tiene tres excepciones:
  1. en el caso de arrendamiento de inmuebles, se requiere además que estos estén ubicados en territorio nacional.
  2. en el caso de enajenación de ciertos títulos valor, se adopta el criterio de lugar de emisión.
  3. en el caso de las operaciones llamadas "ofshore", se considera que la fuente no está en territorio nacional.
- c) en materia de ingresos por servicios se adoptan tres criterios, en atención al tipo de servicios:
  1. en el caso de servicios independientes, el del lugar en que se lleve a cabo el servicio.
  2. en el caso de servicios relacionados con transferencia de tecnología, publicidad patentes de invención, marcas, diseños comerciales o industriales y nombres comerciales, el de residencia de quien paga.
  3. en el caso de honorarios o miembros de consejos, administradores y comisarios, el de domicilio de la empresa que realiza el pago.
- d) en casos distintos a los anteriores, la ley no establece criterio para determinar si la fuente de riqueza se encuentra o no situada en territorio nacional.

### 2.3. Determinación de la base, forma de pago y obligaciones diversas.

Al igual de lo que sucede con el problema de ubicación de fuente de riqueza, en cuanto a los aspectos que ahora nos interesan la ley adopta un sistema un tanto casuístico, lo cual dificulta la exposición. Sin embargo, puede decirse que aunque hay una serie de regímenes algunos son genéricos y otros aparecen como excepciones, por lo que —siguiendo la idea de

ir de lo general a lo especial— empezaré por tratar de detectar primero los generales.

Aunque la LIR ya no clasifica los ingresos de personas físicas en “productos del trabajo” por una parte y “productos de capitales” por la otra, esa diferenciación parece seguir siendo de importancia en el caso de extranjeros residentes en el extranjero, dados los términos del párrafo final de la fracción I del artículo 31 de la LIR, el cual contiene una remisión según la cual en el caso de extranjeros residentes en el exterior que obtengan otros productos o rendimientos de capital, habrán de estar a lo dispuesto en el título III de la ley.

Ese párrafo final es en realidad la piedra angular para intentar una sistematización, por lo que habremos de detenernos ahora en su análisis.

El primer aspecto a considerar es qué deba entenderse por “productos o rendimientos de capitales”, el segundo, el ver si este párrafo establece un régimen general o especial.

En cuanto a lo primero, debe empezarse por anotar que la LIR no define qué debe entenderse por productos o rendimientos de capital, ni clasifica a los ingresos en forma tal que se encuentre determinado en la ley cuáles de los ingresos mencionados en el título III, deben considerarse como productos o rendimientos de capitales.

Lo anterior plantea si la falta de definición legislativa aunada a la falta de clasificación en la ley, no rompe con el principio de legalidad. En lo personal considero que no, ya que la expresión es en sí suficientemente clara en el lenguaje común, por lo que no considero necesaria una ulterior definición legislativa. Sin embargo, si bien la expresión es en sí clara, su operancia en la ley da lugar a problemas muy delicados como tendremos oportunidad de ver.

Generalmente se entiende por producto o rendimiento de capital el ingreso que se obtiene de los bienes, de su enajenación o permitir el uso o aprovechamiento de ellos a un tercero, por lo tanto caerían bajo tal concepto los ingresos a que se refieren los capítulos III, IV, VII, VII del título III de la LIR, así como algunos de los previstos en el capítulo IX (art. 90-II, IV, V, VI, VII y VIII), lo cual hace ver que en realidad esa remisión establece un régimen genérico en materia de ingresos por producto de capitales, frente al cual se presentan como excepciones los regímenes específicos regulados por los artículos 31-I y 41, aunque por otra parte, plantea problemas muy delicados, que creo es importante hacer notar.

En efecto, de la redacción de los artículos 3-II y 31-I párrafo final se desprende que:

1. las personas físicas extranjeras residentes en el extranjero son causantes del impuesto sobre la renta en México si obtienen ingresos por concepto de productos de capitales si estos son pagados por persona residente en territorio nacional.

2. es irrelevante para la causación del impuesto: la ubicación de los bienes, el lugar de celebración del acto, el que el residente en México se encuentre o no en el país al realizar el acto, y el lugar del pago.

Llega así la letra de la ley al absurdo de gravar actos celebrados en el extranjero, entre extranjeros con respecto a bienes ubicados en el exterior.

Lo anterior resulta sorprendente, por el grado de extraterritorialidad que implica, mas tal es lo que se desprende de la ley, pongamos un ejemplo para analizarlo:

Supongamos que un norteamericano residente en México, viaja a la ciudad de París y ahí adquiere un automóvil alemán a un precio equivalente a \$350,000.00 M.N. de un vendedor persona física de nacionalidad italiana residente en Francia, a la luz de la LIR en vigor, el vendedor causa el impuesto sobre la renta mexicano, y el comprador está obligado a retener el 20% del precio pactado.

Lo anterior resulta claramente de lo siguiente:

1. Los ingresos provenientes de la enajenación de bienes obtenidos por personas físicas están gravados conforme a los artículos 1, 66 y 74 y demás relativos de la ley.
2. Los ingresos de tal tipo, son productos de capitales.
3. En la especie, la fuente de riqueza está en territorio nacional, dados los términos de la fracción II del artículo 3.

La situación resulta francamente inaceptable, y no existe fundamento legal para resolver este tipo de problemas, salvo en el caso de ingresos derivados del arrendamiento de inmuebles, pues dados los términos del inciso d) de la fracción X del artículo 31, para que el ingreso sea gravable se requiere que el inmueble se encuentre ubicado en territorio nacional, pero este requisito no es necesario en el caso de enajenación de inmuebles.

Por otra parte, el párrafo mencionado ofrece algunas dudas de interpretación, pues dada su redacción y la del párrafo final de la fracción I del artículo 31, es dudoso si en materia de arrendamiento de inmuebles se está ante dos regímenes diversos, uno aplicable cuando el inmueble se encuentra en territorio nacional y otro cuando se encuentra fuera de él.

Nuevamente nos enfrentaremos a una disposición cuya interpretación literal lleva a conclusiones absurdas que evidencian la necesidad de una interpretación restrictiva, que limite el alcance de la letra de la ley y, por ende, volveremos a enfrentar la imposibilidad de fundar tal interpretación restrictiva, por las razones ya comentadas.<sup>10</sup>

Independientemente de lo anterior, lo que se resulta claro es que en el caso de productos de capital el régimen aplicable se descompone en

<sup>10</sup> Véase supra inciso 2.3.2.

uno de tipo general y una serie de excepciones sujetas a regímenes especiales. El general podría ser formulado, brevemente, en los términos siguientes.

1. Los extranjeros personas físicas residentes en el extranjero que obtengan de residentes en territorio nacional ingreso por concepto de productos de capitales, causan el impuesto conforme al régimen general aplicable a personas físicas, salvo con respecto a los ingresos siguientes, a los cuales se aplican normas especiales.

- 1) alquiler de carros de ferrocarril.
- 2) distribución de publicaciones extranjeras.
- 3) arrendamiento de muebles y arrendamiento financiero.
- 4) primas por reaseguros o reafianzamientos.
- 5) transferencia de tecnología, en amplio sentido.<sup>11</sup>
- 6) arrendamiento de inmuebles ubicados en el territorio nacional.
- 7) intereses en el caso de venta de maquinaria si esta forma parte del activo fijo del comprador, y este realiza actividades que deban fomentarse, o de préstamos si el prestatario realiza actividades que deban fomentarse y el crédito se destina a fines de interés general.
- 8) intereses pagados por instituciones de crédito, o que deriven de los títulos mencionados en el artículo 85 de la ley.
- 9) dividendos, comisiones y mediaciones.

2. Los causantes mencionados, no sujetos a régimen especial, están obligados además a cumplir las demás obligaciones aplicables a personas físicas en los términos del título III de la ley.

Dado que el régimen aplicable a personas físicas mexicanas o extranjeras residentes en el país es objeto de estudio pormenorizado a lo largo de este cursillo, no considero necesario detenerme en el análisis de ese régimen, por lo que me limito a analizar los regímenes *especiales*, tratando de ir de los aspectos más generales a los menos.

1. La base gravable es, en todos los casos, el ingreso bruto sin deducción alguna, salvo el caso de arrendamiento de inmuebles ubicados en territorio nacional, pues en tal supuesto la base es el 70% del ingreso bruto.
2. En todos los casos, quien es obligado a realizar el pago, debe enterar el monto del impuesto a más tardar el día 15, o el día hábil siguiente si este no lo fuere, del mes siguiente a la fecha en que el pago sea exigible, a pesar de que el extranjero causa el impuesto cuando recibe el pago, y no cuando este es exigible.

<sup>11</sup> Es decir, incluyendo pago de regalías por patentes, nombres comerciales y los demás sujetos enunciados en el inciso e) de la fracción I del artículo 3 de la LIR.

3. Las tasas aplicables varían en atención a la clase o tipo de ingreso, conforme a lo siguiente:

1. a los mencionados en los incisos 1 y 2, el 10%.
2. a los mencionados en los incisos 3, 7, 8 y 9 el 21%.
3. a los mencionados en el inciso 4, el 4%.
4. a los demás (inciso 5, 6 y 10) se les aplica la tasa relativa del artículo 34.

En cuanto a estos regímenes especiales, es necesario hacer algunas observaciones. El primer lugar, la aplicabilidad de un régimen especial puede resultar de actos discrecionales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (art. 31-I-e-1 de la LIR), lo cual no se compeadece con el principio de legalidad.

En segundo lugar, se plantea el problema de si el causante tiene alguna obligación con respecto al pago del impuesto. Este tema es bastante delicado.

1. En primer lugar, no hay disposición alguna que obligue al obligado a realizar el pago al extranjero, a retener el impuesto.
2. En segundo lugar, conforme al artículo 41 párrafo penúltimo, quien está obligado a hacer el pago al extranjero, debe enterar el impuesto, aunque no lo haya retenido.
3. En tercer lugar, no hay disposición alguna en la LIR que establezca un plazo para que el extranjero cumpla, ni siquiera que establezca que es responsable del pago.

Podría pensarse en la aplicación supletoria del artículo 18 fracción II del CFF, pero tal disposición no resuelve el problema, por las siguientes razones:

- 1a. la LIR no establece que el sujeto pasivo deba determinar en cantidad líquida la prestación.
- 2a. la LIR tampoco establece que el deudor ante el extranjero, esté obligado a retener, ni que sea obligado solidario.

Por lo anterior, parece que el residente en México obligado al pago ante el causante extranjero, es un sujeto sustituto que existe en lugar de y no al lado del causante.

Es cierto que el artículo 14 fracción I, del CFF, podría llevar a pensar en una solidaridad, pero ello no es correcto, pues el residente en el país no está obligado en los mismos términos que el causante, pues debe enterar el impuesto sin que necesariamente este se haya causado. Tampoco es fundamento suficiente la fracción IV del artículo mencionado pues, como

hemos dicho, la LIR no contiene disposición alguna que obligue a realizar la retención.

Se plantea, por ende, la duda, de si el fisco federal podría reclamar el pago directamente del causante extranjero; la respuesta es, en mi concepto dudosa; era clara hasta el 31 de diciembre de 1974, dejó de serlo a partir del primero de enero de 1975, fecha en que entraron en vigor las reformas de la LIR publicadas en el Diario Oficial del 14 de noviembre de 1974, ya que en aquel entonces el residente en el país estaba obligado a retener conforme al artículo 41 de la LIR que, en su parte relativa, decía "Las personas que hagan pagos por los conceptos indicados en las fracciones que anteceden, retendrán el impuesto respectivo..." pero esta obligación fue eliminada por la reforma citada; desde entonces, la obligación de retener ni existe ni puede existir, pues el residente en el país está obligado a enterar el impuesto aún en casos en que este no se ha causado, si es que ha incurrido en mora con respecto a su acreedor.

Nos falta ahora referirnos al régimen aplicable en el caso de ingresos derivados de la prestación de servicios, así como de aquellos que no caen bajo ninguno de ambos conceptos.

La LIR considera que la fuente de riqueza está situada en territorio nacional, en el caso de remuneración de servicios, en tres casos:

1. Tratándose de honorarios de consejeros, administradores o comisarios, si la empresa que realiza el pago tiene su domicilio en México.
2. En el caso de transferencia de tecnología, en amplio sentido,<sup>12</sup> si quien realiza el pago reside en México, y por último,
3. Tratándose de servicios independientes, si estos se llevan a cabo en México.

La LIR no contiene disposición alguna que establezca otros casos en que deba considerarse que la fuente de riqueza se encuentra en México, en cuanto a remuneraciones por la prestación de servicios.

En cuanto a los tres mencionados, su régimen es el siguiente:

1. tratándose del primer caso, el ingreso se rige por las disposiciones aplicables a mexicanos y residentes, en el país.
2. en el segundo caso, la base es el ingreso bruto sin deducción alguna, y la tasa se determina conforme al artículo 34.
3. en el tercer caso, es aplicable el régimen relativo a mexicanos y residentes, excepción hecha de que, quien realiza el pago debe retener el 30% y enterarlo como pago provisional del impuesto (art. 58).

Por lo que se refiere a ingresos que no pueden clasificarse como pro-

<sup>12</sup> Id.

ductos de capitales ni caigan en los conceptos de remuneración de servicios recién mencionados, al no haber disposición legal que determine cuando la fuente de riqueza se encuentra en México, considero falta un elemento esencial que debe determinar la ley, y, en consecuencia, es dudoso el que constitucionalmente se esté cumpliendo con el principio de legalidad, lo cual se traduce, desde el punto de vista constitucional, en la imposibilidad de pretender se causa el impuesto, so pena de violación de garantías.

### 3. Régimen aplicable a personas morales.

Parte del camino ya está andado, pues gran parte del régimen aplicable a personas físicas extranjeras residentes en el exterior, es aplicable a las personas morales de nacionalidad extranjera.

#### 3.1. Sujeto.

El tema que ahora nos ocupa, es el relativo a personas morales de nacionalidad extranjera, no establecidas en el país. Quedan por ende excluidas tanto las agencias o sucursales de personas morales extranjeras, cuanto las personas morales carentes de nacionalidad y las personas morales de nacionalidad extranjera establecidas en el país. Tómese en cuenta que, por definición los estados carecen de nacionalidad.

#### 3.2. Objeto.

Lo son los ingresos percibidos de fuentes de riqueza situados en territorio nacional, como sucede en el caso de personas físicas extranjeras residentes en el extranjero, sin embargo, debe hacerse notar que en este caso la sistematización de la ley es diversa, pues si bien coincide en cuanto a productos de capitales, difiere en cuanto a ingresos derivados de la prestación de servicios y agrega un concepto no aplicable a las personas físicas: el de acto de comercio accidental. En cuanto a ingresos no clasificados en las categorías anteriores se da una situación igual a la que se presenta respecto a aquellos percibidos por personas físicas que no sean clasificables como remuneración de servicios ni como productos o rendimientos de capitales. Esto resulta especialmente inadecuado, pues en el caso de personas morales, la mayoría de ingresos provienen de actividades empresariales, sin que pueda clasificarseles ni como rendimientos de capital ni como remuneración de servicios.

En cuanto a los criterios para determinar cuando la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional, en el caso de productos de capitales

son aplicables los mismos ya mencionados al referirnos a personas físicas en cuanto a productos de capitales; en tanto a los ingresos por servicios o por actos de comercio accidentales, es necesario analizar el problema determinante.

Empecemos por la prestación de servicios.

Dados los términos de los artículos 3 fracción II y 31 fracción una, resulta que la ley tan sólo especifica que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional, en los casos específicos previstos en los diversos párrafos de la fracción I del artículo 31 que se refieren a servicios, (inciso a —en lo que se refiere a distribución de publicaciones, c, d— salvo arrendamiento, así como el i), sin que exista otra disposición que claramente resuelva el problema en los demás casos sin que pueda adoptarse el criterio que se desprende del artículo 58, por referirse a servicios prestados por personas físicas, y no existir ninguna remisión que permita adoptarlo al caso de servicios prestados por personas morales. Por lo que se refiere al tipo de servicios previstos en la fracción citada, el criterio adoptado para ubicar la fuente, es el de residencia de quien paga por los servicios.

La laguna parecería cubierta por el artículo 30, mas no es así, ya que esta disposición se refiere a la realización accidental de actos de comercio, expresión que si bien puede aplicársele a la celebración de actos jurídicos, no resuelve del todo el problema.

En efecto, de la lectura de la disposición mencionada se desprende que esta se refiere a los ingresos:

- a) que derivan de la realización accidental de actos de comercio, lo cual implica que es necesario: 1) la celebración de un acto jurídico, 2) que sea mercantil, y 3) que se celebre en México, pues de lo contrario no podría hablarse de realización "accidental", ya que lo accidental es la realización y no el carácter comercial.
- b) que el acto consista en la enajenación de mercancías, ya que la disposición claramente se refiere a "costo de las mercancías", a enajenante y a adquirente.

En consecuencia, la disposición mencionada debe considerarse aplicable en los casos de celebración en México de actos mercantiles consistentes en la enajenación de mercaderías, únicamente. La accidentalidad se explica en tanto se trata de personas morales no establecidas en el país, las cuales evidentemente no pueden ejercer habitualmente el comercio en México.

En este caso se justifica el gravámen en tanto el acto se realiza en el país, es decir, se adopta como criterio de determinación de la fuente de riqueza el del lugar de realización del acto del cual deriva el ingreso.

Queda por tanto la laguna en cuanto a la forma de determinar el lugar de ubicación de la fuente de riqueza en casos diversos a aquellos que producen ingresos que constituyan productos o rendimientos de capitales, ni

deriven de prestación de servicios previstos expresamente en la fracción I del artículo 31, ni de actos de comercio realizados en el país.

### 3.3. Determinación de la base, tasas, forma de pago y obligaciones diversas.

En cuanto a determinación de la base, tratándose de los ingresos a que se refiere el artículo 31 en su fracción I, es aplicable lo dicho con respecto a extranjeros personas físicas residentes en el extranjero. Por lo que se refiere al caso de actos de comercio accidentales, la base se determina como la diferencia entre el ingreso bruto y el costo de las mercancías incrementando por los gastos indispensables de la operación. Si se trata de títulos valor o partes sociales, se está a lo dispuesto para personas físicas.

Por lo que se refiere a las tasas y otras obligaciones, es aplicable lo dicho para extranjeros personas físicas residentes en el exterior, por lo que se refiere a los ingresos mencionados en la fracción I del artículo 31, salvo en materia de intereses, pues en este renglón hay algunas diferencias.

Tratándose de intereses pagados a proveedores por venta de maquinaria, así como en los casos en que el prestatario realice actividades que deban fomentarse y el crédito se destine a fines de interés general, en el de intereses pagados por instituciones de crédito y los derivados de los títulos mencionados en el artículo 85, el régimen es igual al aplicable si el pago se hace a personas físicas extranjeras residentes en el exterior, pero si se trata de otro tipo de intereses, el régimen difiere, pues tratándose de las personas físicas mencionadas, se cae en el régimen general aplicable a productos de capitales, en tanto que si el pago se hace a personas morales, no se aplica tal régimen, sino que la tasa se determina en virtud de la naturaleza del acreedor, conforme a lo siguiente:

- a) si los intereses derivan de operaciones realizadas *directamente* por entidades de financiamiento pertenecientes a Estados extranjeros domiciliadas fuera de la República, la tasa es el 10%.
- b) si los intereses se pagan a instituciones de crédito extranjeras, registradas al efecto ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la tasa es del 21%.
- c) si derivan de operaciones hechas con entidades distintas a las anteriores, y no es aplicable algunos de los otros regímenes especiales, la tasa es de 42%.

En cuanto al pago y otras obligaciones de los causantes, en el caso de productos de capitales y otros ingresos previstos en el artículo 31 fracción

I, es aplicable lo dicho para el caso de extranjeros personas físicas en la materia.

En cuanto al supuesto de actos accidentales de comercio, la tasa aplicable debe determinarse conforme al artículo 34, el adquirente debe retener como pago provisional el 20% del monto total de la operación, y el causante debe presentar la declaración respectiva dentro del mes siguiente.

#### 4. Observaciones finales.

Como puede verse, el régimen aplicable a extranjeros personas físicas residentes en el extranjero y a personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en el país, resulta en exceso casuista y complejo.

Por otra parte, en varios casos no se respeta el principio de legalidad, pues la Secretaría de Hacienda y Crédito Público goza de facultades discrecionales para realizar actos que tienen una influencia determinada en la imposición.

En tercer lugar, los criterios adoptados para determinar el lugar de ubicación de la fuente de riqueza son en ocasiones inadecuados o inexistentes. En el primer caso se da lugar a situaciones que llegan a lo absurdo, en el segundo, no se cumple con las exigencias del principio de legalidad.

En cuarto lugar, a pesar de ese casuismo, hay una serie de ingresos que debiendo estar gravados, no lo están por no poderse considerar, legalmente hablando, que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en el país.

En términos generales, se nota una tendencia a aplicar a este tipo de causantes, el régimen aplicable a personas físicas mexicanas o residentes en el país, atemperada con una serie de regímenes especiales, que parecen perseguir fines claramente parafiscales que se busca realizar mediante tasas diferenciales, lo cual puede llevar a problemas de inconstitucionalidad, ya que ingresos iguales y donativos de una misma capacidad contributiva quedarán sujetos o gravámenes distintos, lo cual no parece compatible con los principios de proporcionalidad y equidad que deben presidir a nuestro derecho tributario.

En sexto lugar, en cuanto a la determinación de sujetos, hay fallas técnicas lamentables y debería hablarse de personas físicas extranjeras no residentes en el país, y no de residentes en el extranjero.

En séptimo lugar, en el caso de regímenes especiales, la falta de una disposición general que establezca la obligación de retener a cargo del residente en México obligado a pagar al causante, crea problemas delicados, máxime que no está obligado —al menos en algunos casos— a lo mismo que el causante.

### 3.2. Régimen aplicable a personas físicas de nacionalidad mexicana y extranjeros residentes en el país.

3.2.1. La restructuración del régimen aplicable a personas físicas para pasar de uno de fuertes resabios cedulares a uno de tipo global más marcado, dio lugar a una verdadera resistematización de la LIR.

Dado que los aspectos generales de esta restructuración han sido ya tratados por don Roberto Hoyo D'Adona, no nos referiremos a ello sino en la medida indispensable para nuestro tema central,<sup>13</sup> que es el relativo

<sup>13</sup> En aspectos generales estaban sistematizados en la exposición de motivos presentados por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados, en los siguientes términos:

El diseño del impuesto sobre la renta, que fue congruente a una etapa de la vida económica del país, debe modificarse en su estructura para adoptarlo a las necesidades de nuestro desarrollo social.

El primer elemento para el logro de este propósito lo constituye la revisión de la tarifa del impuesto de las personas físicas que, en su progresividad, calculada sobre niveles de aumentar la carga fiscal al elevarse el ingreso nominal de las personas físicas, sin que ello signifique aumento de su ingreso real.

La corrección del exceso de gravámenes a las personas físicas podría lograrse en varias formas, la más obvia de las cuales consistiría en la reducción de tasas en los diversos niveles de ingresos. Dicha reducción se propone, en parte, en la presente Iniciativa; pero se prefirió poner énfasis en la corrección de una falla tradicional en el sistema del impuesto, que se ha venido acentuando con el tiempo. La falla consiste en que, si bien se exime a los trabajadores que sólo obtienen salario mínimo, los que perciben cantidades superiores resultan gravados por la totalidad de su percepción, lo que afecta principalmente a quienes sólo logran aumentar sus ingresos por encima del salario mínimo en cantidades moderadas. En estos casos, la carga fiscal que corresponde al excedente resulta desproporcionada.

La parte más importante de la reducción fiscal que se propone a Vuestra Soberanía, consiste en eximir para todas las personas físicas una cantidad equivalente al monto de un salario mínimo calculado al año y solamente aplicar la tarifa sobre el ingreso que exceda a dicho monto. Se evita así la distorsión anotada y se beneficia en mayor proporción a quienes perciben ingresos de nivel bajo o medio. Para las personas con ingresos anuales mayores, esta reducción sustituye a las exclusiones de carácter personal.

Que hasta ahora se hayan permitido las deducciones por cargas familiares y deducciones personales a quienes obtienen mayores ingresos, no ha satisfecho a los beneficiados que consideran irrisorias las deducciones y, en cambio, produce una imagen de inequidad en el impuesto.

La reducción propuesta en la carga fiscal va acompañada de importantes modificaciones en *todo el sistema del impuesto* a las personas físicas. El número e importancia de los cambios hacen aconsejable modificar el Título III de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

El nuevo Título está formado por un capítulo preliminar de Disposiciones Generales y por once capítulos, de los cuales, los primeros nueve regulan los distintos tipos de ingresos, el décimo establece los requisitos de las deducciones y el décimo primero se refiere a la declaración anual.

al régimen aplicable a los ingresos derivados de la prestación de servicios dependiente o independientemente, pues otros temas serán tratados por otros expositores.

### 3.2.2. Aspectos generales.

Como ya mencioné, la reestructuración del régimen del impuesto sobre

#### Disposiciones Generales

Se cambia el objeto del impuesto para gravar todos los ingresos en efectivo, en bienes o en crédito, que obtenga la persona física en un año de calendario, con las excepciones que expresamente se señalan, entre las que se encuentran los ingresos en servicios.

En el caso de salario, honorarios y arrendamiento, se establece expresamente que se gravan los ingresos en crédito hasta que se cobren. En cada uno de los capítulos se señala el concepto de ingreso, las deducciones que en su caso se autorizan. Los pagos provisionales y las obligaciones de los contribuyentes y retenedores.

En la ley se establece que cuando una persona física realice erogaciones superiores a los ingresos que hubiere declarado, las autoridades podrán comprobar las discrepancias que existieren y se prevé un procedimiento conforme al cual el contribuyente podrá demostrar el origen de los ingresos respectivos.

En un artículo transitorio se refiere la entrada en vigor de esta disposición hasta el 1.º de enero de 1980, con el propósito de dar una oportunidad razonable para que los contribuyentes recaben las pruebas que les permitan demostrar que ya contaban con los recursos con anterioridad a dicha fecha. Por los ingresos otенidos con posterioridad, deberá comprobar que estuvieron exentos o que ya pagaron el impuesto respectivo. Este precepto reproduce la situación existente en la mayoría de los países.

En la Iniciativa se mantienen las exenciones a los ingresos por productos del trabajo o del capital contenidos en la Ley vigente, con las siguientes modalidades: se suprime la exención a los dividendos pagados por sociedades de inversión y en vez de exceptuar, en forma general a los ingresos por previsión social, se establecen con precisión los conceptos específicos que quedan exentos.

En virtud de la ampliación del concepto de ingreso, se eximen expresamente las cantidades que pagan las instituciones de seguros; los ingresos que se reciban por herencia o legado; los premios que causen el Impuesto sobre Loterías, Rifas, Sorteos y Juegos Permitidos; las indemnizaciones por daños, y los ingresos percibidos por concepto de alimentos en los términos de ley.

Por lo que respecta a donativos y a la enajenación de bienes muebles, se establece un principio de gravamen que únicamente tiene finalidades de control. Tratándose de donativos se eximen los otorgados entre cónyuges o entre ascendientes y descendientes cualquiera que sea su monto y por lo que respecta a los demás donativos, se eximen los recibidos en un año de calendario cuando el valor total de los mismos no exceda de tres veces el salario mínimo anual. En el caso de la enajenación de bienes muebles, distintos a títulos valor o partes sociales, se eximen cuando la ganancia obtenida en un año no excede de tres veces el salario mínimo anual.

Finalmente, cabe señalar que las personas físicas empresas quedan obligadas a acumular a sus demás ingresos, los provenientes de actividades empresariales, únicamente cuando se trate de ingresos derivados de comisiones y mediaciones y de la enajenación o concesión del uso o goce de inmuebles.

la renta en el caso de personas físicas de nacionalidad mexicana y de extranjeras residentes en el país tiene tres aspectos principales:

1. el convertir en ingreso la totalidad de los percibidos, salvo algunos casos en que los ingresos en crédito se consideran hasta que se reciba el pago, y otros expresamente exceptuados.
2. llevar a todos los sujetos al régimen global, que antes era aplicable tan sólo a los que tenían ingresos superiores a ciertos montos.
3. modificar el régimen de exclusiones y deducciones, para llegar a un régimen de tipo más general.

Para llevar a cabo lo anterior, se establecen dos principios básicos a) que todo ingreso es objeto del impuesto y, b) que todo ingreso es acumulable. Esos principios tienen, como veremos, algunas excepciones ya que, por ejemplo en muchos casos los ingresos en crédito se declaran y gravan hasta que son cobrados, por otra parte, hay casos en que puede optarse por un régimen de pagos definitivos con respecto a ciertos ingresos (por ejemplo, en el caso de dividendos) y de optarse por tal sistema, no existe obligación de acumularlos, y, por una tercera, hay ingresos expresamente exceptuados del impuesto (art. 49).

Por lo que se refiere a nuestro tema específico —ingresos por servicio personal subordinado e independiente—, en la ley anterior ambos ingresos estaban regulados en un mismo capítulo, aunque se les sujetaba a un régimen distinto. En virtud de la reforma se les separa en dos capítulos diversos, aunque el régimen anterior se mantiene con ligeras variaciones. Refirámonos ahora a cada uno de tales regímenes.

### 3.2.3. Ingresos por la ejecución de servicio personal subordinado.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Al respecto la exposición de motivos de ejecutivo rezaba:

Se asimila a los salarios un nuevo concepto: el de los honorarios de las personas que prestan servicios en condiciones similares a un asalariado.

Se mantiene el actual sistema de retenciones mensuales y de liquidación anual, efectuados por el patrón con las siguientes variaciones importantes:

En las retenciones mensuales se deducirá un salario mínimo general calculado al mes, en lugar de la deducción del 20% que actualmente está incorporada en la tarifa de retención; lo que implica que además de la reducción de tarifa, el trabajador que tiene un sueldo de dos veces salario mínimo, pagará impuesto sobre la mitad de su ingreso.

Por lo que respecta a las gratificaciones de fin de año, el impuesto se causa sobre el excedente de un salario mínimo mensual.

Se eleva de 125,000.00 a \$300,000.00 el límite de ingresos para que los trabajadores queden obligados a presentar declaración anual.

Tratándose de primas de antigüedad y de otros pagos por separación, se conserva en lo fundamental el actual tratamiento, si el contribuyente sólo percibe únicamente

## 1. Sujetos.

Son los contemplados por la fracción I del antiguo artículo 50, con la novedad de que a ellas se agrega un tipo de sujetos que antes eran independientes: las personas que presten servicios preponderantemente a un prestatario, cuando la prestación se lleva a cabo en las instalaciones de este último.

Esta disposición (art. 50-IV) requiere, en mi opinión, de un análisis más detenido, ya que según ella "se asimilan" a los ingresos por la prestación de servicio personal subordinado, "los honorarios a personas que presten servicios preponderantemente a un prestatario, siempre que los mismos se lleven a cabo en las instalaciones de este último", lo cual plantea dudas en cuanto a su alcance.

En mi concepto, la disposición mencionada se refiere únicamente a los sujetos que reúnen el requisito de prestar la *totalidad* de sus servicios en instalaciones *facilitadas* por un prestatario, el cual debe ser el principal prestatario —desde el punto de vista de fuente de ingresos— del sujeto.

La interpretación anterior, se funda en lo siguiente:

1. Los sujetos a quienes resulte aplicable la disposición que se comenta, no tienen la posibilidad legal de deducir los gastos normales y propios en que incurran en la prestación de sus servicios.

2. Lo anterior, daría lugar a una situación inequitativa, a menos que tal imposibilidad de deducir se justificara por no existir la necesidad de incurrir en tales erogaciones.

3. Lo anterior sólo se cumple, si quien presta los servicios lo hace con elementos proporcionados por un tercero.

4. Ante la falta de claridad de la disposición, debe interpretarse en la forma que lleve al respecto de los principios de proporcionalidad y equidad, mismos que quedan salvaguardados en la interpretación que se propone.

## 2. Objeto.

Son objeto del impuesto la totalidad de los ingresos en efectivo o en especie percibidos como remuneración al trabajo dependiente, salvo los enumerados por el artículo 44 en sus fracciones I a XIII, que coinciden con las exenciones previstas por el antiguo artículo 50, con algunas modificaciones, fundamentalmente de redacción:

salarios. Cuando simultáneamente se perciban otros ingresos, la carga fiscal se aumenta moderadamente en función de importancia de dichos ingresos. Las jubilaciones también se acumularán pero sólo en la parte en que actualmente están gravadas, es decir por el excedente de 10 veces el salario mínimo.

a) las prestaciones de previsión social no otorgadas por los institutos públicos de seguridad social no se mencionan en forma genérica (cfr. art. 50-II-b de la ley anterior con el artículo 49-V de la ley nueva).

b) en cuanto a gratificaciones, se limita el monto de las gratificaciones exentas en el caso de trabajadores no comprendidos en el apartado B del artículo 123 constitucional, pues antes estaban exentos hasta por un monto equivalente al salario mínimo mensual más 500, y ahora se eliminó esa adición de 500 (cfr. art. 50-II-c de la ley anterior con art. 49-X).

En cuanto a esta exención debe hacerse notar que continúa manteniendo la diferencia de tratamiento entre empleados públicos y privados que tanto, y con justa razón, se ha criticado.

c) en materia de jubilaciones, pensiones y haberes de retiro la exención se disminuye de un monto equivalente a diez veces el salario mínimo, a uno de nueve veces (cfr. art. 50-II-e de la ley anterior) con el artículo 49-III de la nueva).

Se incluyen expresamente como exentos algunos que en la antigua ley quizá caían en el rubro genérico de prestaciones de seguridad social:

a) reembolso de gastos médicos, dentales y hospitales que se concedan en forma general conforme a la ley o contrato de trabajo (art. 49-IV ley nueva; los de funeral ya estaban contemplados en la anterior; art. 50-II-f).

b) subsidios por incapacidad, becas educacionales para trabajadores o sus hijos, guarderías infantiles, actividades culturales y deportivas, y otras prestaciones de previsión social de naturaleza análoga, que se concedan de manera general, de acuerdo con las leyes o contratos de trabajo (esto podría considerarse emprendido en el art. 50-III-b de la ley anterior, aunque la nueva disposición es más explícita en tanto algunos conceptos).

c) la entrega de los depósitos constituidos en el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en términos de ley así como las casas habitación proporcionadas a los trabajadores, inclusive por las empresas cuando se reúnan los requisitos de deducibilidad del Título II.

d) los provenientes de cajas de ahorro de trabajadores y fondos de ahorro establecidos por las empresas cuando reúnan los requisitos de deducibilidad del Título II.

e) la cuota de seguridad social de los trabajadores pagada por los patrones (art. 49-IX).

Estos conceptos considero caían dentro de las prestaciones a que se refería el antiguo artículo 50-II-b.

### 3. Base, tasa, forma de pago, otras obligaciones.

Para entender la forma de determinar la base gravable, es necesario hacer referencia al sistema general de la ley, según el cual deben acumularse todos los ingresos salvo los exentos y aquellos por los que ya se pagó impuesto definitivo, una vez hechas las deducciones que resulten aplicables según la clase de ingreso, al resultado podrán hacerse además las deducciones del tipo general autorizadas por el artículo 97 y el remanente es la base gravable a la cual debe aplicarse la tarifa del artículo 98 para determinar el monto del impuesto.

Una vez determinado el monto del impuesto, se acreditan en contra de este los pagos provisionales realizados durante el año (v en el caso de utilidades, ciertas cantidades determinadas conforme al artículo 81), determinándose así el saldo pendiente de pago (atr. 99).

Es por tanto necesario determinar, en atención a la clase de ingresos, los conceptos deducibles correspondientes, pues ya hemos mencionado los exentos.

En el caso de ingresos por la prestación de servicio personal subordinado, el único concepto de deducción es el salario mínimo general de la zona, elevado al año.

En cuanto a los pagos provisionales, estos deben ser retenidos por quien pague por los servicios conforme a lo dispuesto por el artículo 52. En el caso de que quien realice el pago de los servicios esté exento de la obligación de retener, tales pagos provisionales deben ser determinados y enterados por el causante, salvo si se tratase de mexicanos que prestan servicios en el extranjero, caso en el cual están liberados de hacer tales pagos provisionales.

El decreto introdujo algunas otras reformas menores, a las cuales no considero necesario hacer referencia (por ejemplo cfr. art. 56 anterior con 54 actual).

#### 3.2.4. Ingresos por la prestación de servicio independiente.<sup>15</sup>

En esta materia tampoco hay grandes novedades, por lo que nos refe-

<sup>15</sup> Al respecto la exposición de motivos rezaba:

Se consideran ingresos por la prestación de un servicio personal independiente, las remuneraciones por servicios que no estén gravadas como salarios. Se mantienen las mismas deducciones. El pago provisional cambia del 5% de los ingresos brutos del bimestre al 20% de los ingresos del bimestre menos las deducciones correspondientes.

Se incorpora un régimen simplificado para quienes prestan un servicio personal independiente en forma esporádica, permitiendo que con una sola declaración se entere el pago provisional, sin necesidad de cumplir con las demás obligaciones formales de los profesionistas.

riremos muy brevemente al tema, destacando algunas diferencias que parecen de interés

#### 1. Sujeto.

En cuanto a los sujetos, se restringen estos al asimilar a cierto tipo de ellos a los subordinados (art. 50-IV).

#### 2. Objeto.

Se continúan incluyendo tan sólo los ingresos en efectivo y en especie, mas no los en crédito.

#### 3. Base.

En cuanto a deducciones específicas, se sigue el mismo principio anterior: pueden deducirse los gastos en inversiones necesarias. Hay tal vez una modificación en cuanto al caso de profesionales que presten servicios a través de asociaciones o sociedades, pues desaparece la limitación de que sólo pueda deducirse a través de la asociación o sociedad, que antes existía en el art. 51-II-f.

#### 4. Pago provisional.

En este renglón sí hay una modificación de importancia, pues en tanto antes el pago provisional era un mínimo del 5% sobre ingresos (art. 59), la nueva ley establece un sistema según el cual el pago provisional es del 20% sobre la diferencia entre el ingreso bimestral menos deducciones del bimestre y salario mínimo elevado al bimestre (art. 58).

#### 3.2.5. Observaciones finales.

En términos generales, considero que en las reformas se da un paso que desde hacía tiempo se hacía esperar: la globalización del régimen aplicable a personas físicas, si bien no se llega a una globalización total.

La reforma adolece, sin embargo, de algunas fallas técnicas lamentables, que pueden dar lugar a problemas interpretativos delicados. La modificación del objeto, para llegar a considerar como tal a todo "ingreso", puede llevar a consecuencias tan absurdas como el que el reembolso de la suerte principal de un préstamo, deba considerarse *ingreso* sujeto a acumulación para determinación de base gravable.

Por otra parte, el que el Título III sea aplicable en ocasiones a personas físicas extranjeras residentes en el extranjero y a personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en el país, plantea problemas adicionales, en ocasiones de difícil solución.

No me he referido hasta ahora a las decisiones políticas subyacentes, estas parecen continuar la trayectoria de fomento a la industrialización, lo cual se refleja, entre otros casos, en regímenes blandos en el caso de dividendos y utilidad derivada de enajenación de valores.

Esa parece la decisión dominante. Algunas otras podrían detectarse —estímulos a la creatividad artística y científica mediante regímenes blandos a los ingresos respectivos— pero están tan mal instrumentados que, a más de frustrantes denotan una ignorancia lamentable de las ramas jurídicas respectivas.

### 3.3. Algunas sugerencias.

De lo expuesto se podrían extraer algunas ideas para depurar algunas de las fallas comentadas. Brevemente me referiré a los diversos aspectos que he comentado.

1. En cuanto al objeto del impuesto, dadas las confusiones a que puede llevar la nueva redacción del artículo 1, parece que sería conveniente revisar algunas disposiciones, como el artículo 19, a fin de aclarar que los ingresos por suscripción y pago de capital social —y en el caso de asociaciones dados los efectos del artículo 15A, de las aportaciones al patrimonio— no son ingreso acumulable ni gravable.
2. En cuanto a los extranjeros a que se refiere la fracción II del artículo tercero, parece sería conveniente una revisión completa de las disposiciones relevantes, conforme a las siguientes directrices.
  1. Sería conveniente reunir en un solo título la totalidad de las disposiciones relevantes.
  2. En cuanto a los sujetos, debe modificarse a la fracción II del artículo 3, para referirse, en el caso de personas físicas, a las *no residentes* en el país.
  3. Debe revisarse cuidadosamente el régimen actual, a fin de que el impuesto alcance no sólo a los ingresos provenientes de productos de capitales y a los específicamente enlistados en el artículo 31; entre los ingresos actualmente no cubiertos, aunque la fuente esté en el país, se pueden enumerar los siguientes:
    - a) en el caso de personas físicas los ingresos: 1) por la prestación de servicio dependiente, salvo cuando llegan a adquirir residencia, 2) los derivados de actividades empresariales, y 3) los ingresos a título gratuito.

- b) en el caso de personas morales los ingresos: 1) derivados de la prestación de servicios (salvo algunos enumerados en el artículo 31), 2) los derivados de actividades empresariales, y 3) los ingresos a título gratuito.
4. Deben revisarse las disposiciones relativas a la ubicación de la fuente de riqueza, a fin de evitar:
  1. los absurdos que derivan de la literalidad del sistema actual, consistentes en gravar operaciones consumadas fuera del país, sin relación jurídica-interna que justifique el gravamen.
  2. los casos en que no existe disposición legal para determinar el lugar de ubicación de la fuente.
5. Debe establecerse claramente la obligación de retener el monto del impuesto —o del pago provisional, según el caso—, como regla general, a cargo de quien realice pagos al extranjero si se está ante ingresos gravados.

Lo anterior, en mucho ayudaría para mejorar técnicamente la LIR en los temas ha que me he referido.

Centrando nuestra atención en el tema relativo a extranjeros, podríamos incluso aventurar algunas sugerencias más concretas, como serían:

1. Modificar la fracción II del artículo 3, para decir simplemente: "Los extranjeros distintos a los señalados en la fracción anterior, con respecto a los ingresos que obtengan de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional".
2. Derogar los párrafos restantes de la fracción II mencionada, así como los artículos 30, 31 fracción I y 41, salvo, en el caso de este último, por lo que se refiere a las tasas aplicables a los ingresos mencionados en fracciones distintas a la primera del artículo 31.
3. Crear un título IV en la ley, en términos similares a los siguientes:

#### Título IV

De los ingresos percibidos por extranjeros de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional.

Art. 100. Los extranjeros a que se refiere la fracción II del artículo 3, causarán el impuesto de conformidad a las disposiciones de este título.

Art. 101. Se considera que la fuente de riqueza se encuentra situada en territorio nacional, en los siguientes casos:

- I. Tratándose de enajenación de acciones, bonos, certificados de Instituciones de crédito, obligaciones, cédulas hipotecarias y

- certificados de participación, cuando el emisor esté domiciliado en territorio nacional y la emisión se efectúe en territorio nacional.
- II. Tratándose de honorarios a miembros de consejos de administración, comisarios, administradores, gerentes, consejos o comités con funciones de administración o vigilancia, cuando presten sus servicios a personas morales domiciliadas en territorio nacional.
  - III. En el caso de prestación de servicios, distintos a los mencionados en la fracción anterior, cuando estos se lleven a cabo en territorio nacional, salvo lo previsto en las fracciones IV y VIII.
  - IV. Cuando la persona que realice el pago resida en territorio nacional, si se tratare de los ingresos siguientes:
    - a) intereses derivados de todo tipo de préstamos, ventas en abonos y financiamientos.
    - b) Primas por reaseguros o reafianzamientos.
    - c) Retribuciones de cualquier clase por concepto de publicidad, propaganda, transmisión, explotación o uso, incluso en el caso de aportación a asociaciones o sociedades, de patentes, marcas, diseños comerciales o industriales, nombres comerciales, asistencia técnica, transferencia de tecnología así como servicios de cualquier índole relacionados con cualquiera de los conceptos anteriores.
  - V. En el caso de ingresos derivados de cualquier acto por medio del cual se enajene, cree o transfieran derechos reales, sobre cosas muebles o inmuebles, cuando estas se encuentren en territorio nacional.
  - VI. En el caso de actos por los cuales se autorice o transfiera el derecho a usar cosa mueble o inmueble, cuando se encuentren en territorio nacional o, se usen dentro del mismo.
  - VII. Cuando se celebre en territorio nacional cualquier acto de comercio del cual se obtenga un incremento patrimonial.
  - VIII. En el caso de prestación de servicios distintos a los mencionados en el inciso c) de la fracción IV anterior, por parte de personas morales, si esta envía al país empleados o trabajadores a presetar servicios.
  - IX. En el caso de ingresos a título gratuito, cuando se obtengan de residentes en territorio nacional.

Art 102. Los causantes determinarán el impuesto de conformidad a lo establecido en el artículo III de esta ley y, cumplirán con las demás obligaciones establecidas en dicho título, con las siguientes modalidades.

- I. En el caso de ingresos a previstos en la fracción IV del artículo anterior así como en los casos de arrendamiento de casos de ferrocarril o distribución de publicaciones extranjeras, el impuesto se causará sobre el ingreso bruto sin deducción alguna, a las tasas establecidas en el artículo 104.
- II. En el caso de ingresos previstos en la fracción VII del artículo anterior, el impuesto se causará sobre el ingreso bruto, una vez deducidas los costos y los gastos normales y propios de la operación.

Art 103. Quienes realicen algún pago a los sujetos a que se refiere el artículo 100, deberán hacer las retenciones previstas en el título III de esta ley o el impuesto respectivo conforme a lo previsto en el artículo 104 según el caso.

Si el impuesto debe determinarse conforme al título III y según éste no hubiera obligación de retener, deberá retenerse como pago provisional una cantidad equivalente al 30% del ingreso bruto, a menos de que la autoridad permita una deducción menor o libere de la obligación de retener.

Art. 104. Los ingresos a que se refiere el inciso a) de la fracción IV del artículo 101, causarán el impuesto a las tasas siguientes.

- I. En el caso de los ingresos a que se refiere el inciso a) de la fracción IV del artículo 101.
  - a) si el pago se hiciera a proveedores por venta de maquinaria o equipo que formen parte del activo fijo del comprador si este realiza actividades que deban fomentarse, o a personas morales en virtud de préstamos si el prestatario realiza actividades que deban fomentarse, o bien a entidades de financiamiento registradas al efecto ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la tasa será del 21%.
  - b) si el pago se hiciera a entidades de financiamiento pertenecientes a estados extranjeros domiciliadas fuera de la República, la tasa será del 10%.
  - c) si el pago fuere hecho por instituciones de crédito mexicanas o bien los intereses derivaren de los títulos de crédito a que se refiere el artículo 85 de esta ley, la tasa será del 21%.
  - d) en el caso de intereses pagados por instituciones de crédito mexicanas o por sucursales de Bancos extranjeros autorizados en los términos del artículo 6 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, no se causará impuesto alguno cuando los intereses provengan de operaciones en las que tanto la captación del crédito como su destino se realicen con residentes en el extranjero.

- e) en el caso de pagos de intereses distintos en los mencionados en los párrafos a), b), c y d) anteriores, la tasa será del 42%.
- II. En los casos previstos en el inciso b) de la fracción IV del artículo anterior, la tasa será del 4%.
- III. En los casos previstos en los incisos c) y d) de la fracción IV del artículo anterior, se aplicará la tarifa contenida en el artículo 98 de la ley, sobre el monto total de los ingresos anuales, sin deducción alguna. No se gravarán los ingresos por comisión o mediación, cuando los pagos se hagan para realizar exportaciones o para que residentes en el país presten servicios a residentes en el extranjero, siempre y cuando se cumplan los requisitos que, en forma general señala la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- IV. En el caso de arrendamiento de carros de ferrocarril o distribución de publicaciones extranjeras, la tasa será del 10%.

En el proyecto anterior se ha respetado básicamente el sistema de tasas especiales que actualmente prevén los artículos 31 y 41, haciendo ligeros ajustes, a fin de evitar situaciones que parecen poco justificadas, especialmente por lo que se refiere a los ingresos previstos en los párrafos a, b y d de la fracción primera de la disposición mencionada.

## NECESIDAD DE REINSTAURAR, DENTRO DE LA ESTRUCTURA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL, LA SECRETARÍA DE JUSTICIA

RAFAEL ESTRADA SÁMANO

### 1| *Consideraciones preliminares*

La Reforma Administrativa emprendida por el Poder Ejecutivo Federal en funciones, reforma que ha tenido como principal instrumento legal la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 24 de diciembre de 1976, publicada en el Diario Oficial el 29 del mismo mes y año, ha incurrido en una grave omisión al no haber incluido la reinstauración de una Secretaría de Justicia, dentro de las dependencias administrativas del Poder Ejecutivo Federal.

Probablemente la omisión se ha debido a que esta cuestión es uno de tantos tabús históricos que existen en nuestro orden jurídico político, por más que al hurgar en nuestra historia no se encuentra justificación para la existencia de tal tabú. En efecto, quienes niegan la conveniencia y la necesidad de que exista una Secretaría de Justicia se basan casi exclusivamente en el argumento de que tal Secretaría fue suprimida, proscrita o prohibida por el Constituyente de 1917 al aprobar el Artículo 14 transitorio de la nueva Constitución Política de ese año, con base en que tal ministerio, que siempre había existido en nuestro medio desde que México nació a la vida independiente y sin importar los matices ideológicos o políticos de los diversos regímenes que se sucedieron, solamente había servido como instrumento para la intromisión del Poder Ejecutivo en las labores del Poder Judicial, intromisión que tomaba la forma de consignas a los jueces y magistrados, con violación de los principios de separación e independencia entre los Poderes Ejecutivo y Judicial.

En tal sentido, por ejemplo, el constitucionalista Francisco Javier Gaxiola Jr., ha sostenido la tesis de que restablecer la Secretaría de Justicia "sería un error histórico, político y social, que produciría la centralización administrativa y la influencia sobre las resoluciones judiciales, privando de su independencia a los funcionarios encargados de administrar justicia, tomando en cuenta el origen de su elección", al parecer basándose principalmente en que históricamente la Secretaría de Justicia fue un vehículo de recomendaciones políticas o, como el mismo jurista lo ha ilustrado, "el canal por donde corrían las aguas negras de la consigna".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Citado por Couto, Ricardo en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, "Por una

El propósito de este trabajo es doble: en primer término, investigar si tales afirmaciones acerca de la Secretaría de Justicia tienen justificación histórica y, en segundo lugar, determinar si es necesario que, dentro de la esfera administrativa, se encomienden las diversas y múltiples funciones que se comprenden dentro de uno de los fines esenciales del Estado, la administración de justicia, a una secretaría que se encargaría de la prestación de una serie de servicios públicos, importantes todos ellos, referentes al vasto campo del derecho.

## 2. El Artículo 14 transitorio constitucional y el Constituyente de 1917

La justificación histórica de la supresión de la Secretaría de Justicia por el Constituyente de 1917 es sumamente discutible. En efecto, como apunta Don Antonio Martínez Baez, "sin existir antecedente alguno en cuanto al fondo, sin reflexión atenta en el debate parlamentario y con premura tal en los trámites de votación, que alcanza al extremo de una positiva irregularidad de fondo",<sup>2</sup> El Congreso Constituyente de Querétaro aprobó, en su última sesión, la conocida como permanente, celebrada los días 29, 30 y 31 de enero de 1917, el Artículo 14 transitorio de la nueva Constitución Política en los términos en que se presentó al propio Congreso y que son los siguientes: "Quedan suprimidas las Secretarías de Justicia y de Instrucción Pública y Bellas Artes". Este precepto fue reformado posteriormente, el 18 de julio de 1921, y quedó con el texto siguiente: "Queda suprimida la Secretaría de Justicia".<sup>3</sup>

¿Qué motivos tuvo el Constituyente de 1917 para adoptar esa medida tan trascendental de suprimir la Secretaría de Justicia? El Diario de los Debates arroja poca luz en su parte relativa a la discusión y aprobación de los artículos transitorios constitucionales. Sin embargo, contiene algunas escuetas aunque interesantes referencias en lo relativo a la presentación y debate del Artículo 90 constitucional, precepto éste último que también fue aprobado en los términos contenidos en el proyecto de constitución de Venustiano Carranza: "Para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, habrá el número de secretarios que establezca el Congreso, por una ley, la que distribuirá los negocios que han de estar a cargo de cada Secretaría".

En la cuadragésima quinta sesión ordinaria del mencionado Constitu-

Secretaría de Justicia", Edición de "El Foro", Organó de la Barra de Abogados, México, D. F., 1963, Págs. 54 y 56.

<sup>2</sup> Martínez Baez, Antonio, Nota Introdutoria a "Por una Secretaría de Justicia", Edición de "El Foro", Organó de la Barra de Abogados, México, D. F., 1963, Pág. 3.

<sup>3</sup> Cámara de Diputados, XLVI Legislatura del Congreso de la Unión, "Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones", México, 1967, Tomo VIII, Pág. 1034.

yente, celebrada el martes 16 de enero de 1917, se dio lectura a un dictamen relativo al Poder Ejecutivo, que englobaba todas las disposiciones relativas a la integración y funcionamiento de dicho Poder. Tal dictamen incluía el Artículo 90 en los términos siguientes: "Para el despacho de los negocios de competencia del Poder Ejecutivo, habrá las siguientes secretarías de Estado: de Hacienda y Crédito Público, de Tierras y Aguas, Colonización e Inmigración; Trabajo, Industria y Comercio; de Comunicaciones y Obras Públicas; de Guerra; de Marina. Habrá también departamentos administrativos dependientes directamente del presidente, para los ramos de correos y telégrafos, de salubridad general e instrucción pública, y los demás que lo requieran. La ley determinará la distribución de los negocios, tanto con relación a las secretarías como de los departamentos administrativos, tomando los negocios de que deban ocuparse de los que hayan quedado al conocimiento de las secretarías".

Nótese que en el texto del dictamen se suprimía deliberadamente la Secretaría de Justicia. Salta a la vista también que la enumeración cerrada de las Secretarías de Estado por la que se inclinaba el dictamen eliminaba a la Secretaría de Gobernación.

En esa misma sesión, el Diputado Paulino Machorro Narváz presentó un interesante voto particular en el que, además de afirmar que "seguramente, como satisfacción a una necesidad política, será suprimida la Secretaría de Justicia" apuntaba que "tratándose de una nueva organización de los órganos del Poder Ejecutivo y siendo admisible que la práctica haga cambiar las ideas que ahora se tuvieran sobre dicha organización, no es prudente hacer constitucional una división del trabajo que, por su naturaleza misma, no puede ser definitiva. La Constitución sólo debe fijar los lineamientos generales".

Terminaba Machorro Narváz proponiendo a la Asamblea la aprobación de un Artículo 90 en que se establecía que para el despacho de los negocios competencia del Poder Ejecutivo habrían las secretarías de Estado y los departamentos administrativos y que la ley determinaría el número y denominación de las secretarías y departamentos administrativos y la distribución de los negocios entre ellos.

En la cuadragésima novena sesión ordinaria celebrada el Jueves 18 de enero de 1917, se sujetaron a debate el dictamen y el voto particular referentes al Artículo 90. En tal debate sólo existe una referencia a la supresión de la Secretaría de Justicia en la intervención del Diputado Monzón quien, inclinándose por el texto propuesto por el Primer Jefe Venustiano Carranza, "porque nos exime del compromiso de tener que poner, quitar, mutilar y refundir diversos ministerios", se mostró intrigado por la supresión del ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes y enfocó su discurso a evitar tal supresión. La alusión a la supresión del Ministerio de Justicia es, por ello, meramente incidental: "Yo estoy intrigado por la supresión del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes; al-

guno de mis honorables colegas tal vez esté intrigado por el Ministerio de Justicia y otro por la fusión de dos ministerios en uno solo. Yo creo que estas intrigas se podrían haber evitado aprobando el artículo como aparece en el proyecto del Primer Jefe".

Después del Diputado Monzón intervino en el debate, para apoyar el dictamen, Heriberto Jara. Su intervención no se refiere a la supresión de la Secretaría de Justicia, aunque sí fundamenta la proposición de la Comisión Dictaminadora para suprimir la Secretaría de Gobernación, en argumentos tales como los siguientes: "La Comisión ha tenido en cuenta... el funcionamiento deficiente que hasta la fecha ha habido en las distintas secretarías de estado, en la forma en que han estado establecidas... La Secretaría de Gobernación queda suprimida en nuestro proyecto. La Secretaría de Relaciones se encargará, si el dictamen de la Comisión es aprobado, de sostener las relaciones exteriores e interiores en nuestro país... la Secretaría de Gobernación, ahora que se ha hecho en el proyecto de reformas a la Constitución, todo lo posible por devolver a los Estados su autonomía, por respetar su soberanía, porque ese respeto sea efectivo, la Secretaría de Gobernación, repito tendrá un carácter muy secundario, tendrá un trabajo muy limitado y, toda vez que se ha aceptado también el Municipio de la Ciudad de México, de la Secretaría de Gobernación tendrán que separarse muchos de los ramos que actualmente administra. En tiempos de la dictadura porfiriana y aún en tiempos del gobierno del señor Madero, la Secretaría de Gobernación fue, más que otra cosa, un lugar de fermentación de bajas pasiones políticas, un lugar donde se desarrollaba la intriga, un lugar donde se urdían todas las maquinaciones macabras, todas las maquinaciones liberticidas que pueden existir... parece que la Secretaría de Gobernación estaba destinada a urdir todos los daños posibles para el funcionamiento de las instituciones nacionales. De ahí que, concediéndole, así, un papel muy secundario, creemos conveniente ya que el mantenimiento de las relaciones entre la Federación y las diversas entidades de la República queda a cargo de la Secretaría de Relaciones, sea suprimida la Secretaría de Gobernación."<sup>4</sup>

Como antes se apuntó, prevaleció el texto propuesto por Carranza para el Artículo 90, y días después se aprobó, por una Asamblea cansada y sin debate, el Artículo 14 transitorio. Las pocas referencias a la supresión de la Secretaría de Justicia que existen en el debate relativo al Artículo 90 constitucional hacen dudar de que el sentimiento contrario a la existencia de dicha Secretaría haya sido tan extendido como algunos pretenden. Por lo demás, a juzgar por las expresiones de Jara en contra de la Secretaría de Gobernación y por la supresión de ésta en el proyecto de Artículo 90 defendido por la Comisión Dictaminadora, podría pensarse que el Constituyente se inclinaba más hacia la supresión de la Secretaría de Gobernación que hacia la del Ministerio de Justicia.

<sup>4</sup> Ibidem. Tomo. VII, Págs. 581 a 588.

Como dato muy curioso en nuestra historia constitucional, cabe señalar que a principios de 1916, meses antes de que se instalara el Congreso de Querétaro, la Secretaría de Justicia, por entonces existente, creó una comisión legislativa que tuvo el cometido de elaborar un proyecto de reformas a la Constitución de 1857. Integraron dicha comisión, por designación directa de Venustiano Carranza, encargado del Poder Ejecutivo de la República y Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, los Licenciados Roque Estrada, Secretario de Justicia; Domingo León, José Diego Fernández, Agustín Urdapilleta McGregor, Francisco Ríos C., Fernando Lizardi, Fernando Espinoza y Fernando Moreno, varios de los cuales con posterioridad fueron Diputados Constituyentes.

La comisión celebró sesiones cuando menos entre el 13 de marzo y el 23 de agosto del mencionado año de 1916 y en el curso de ellas discutió y aprobó, con las modificaciones que se estimaron pertinentes, el proyecto preparado por el Licenciado José Diego Fernández.

El texto de dicho proyecto es poco conocido y no se sabe si la comisión llegó a completarlo, pues sólo se tiene noticia del primer libro de actas de dicha comisión.<sup>5</sup>

Aunque no puede afirmarse que el proyecto mencionado sea antecedente directo e inmediato del que presentó al Congreso Constituyente el Primer Jefe Carranza, sí es posible que haya sido esta comisión, creada en el seno de la Secretaría de Justicia y presidida por el Secretario del ramo, la primera que se haya avocado al estudio de las reformas que el movimiento revolucionario requería se hicieran a la Carta Fundamental de 1857. Probablemente ninguno de los miembros de dicha comisión previó o llegó a pensar que uno de los resultados finales de esos primeros escauceos del constitucionalismo revolucionarios sería la supresión de la Secretaría en cuyo seno funcionaba la comisión.

En realidad, como lo demostró Don Ricardo Couto, ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al dictar una conferencia sobre la imperiosa necesidad de restaurar la Secretaría de Justicia, "dicha Secretaría, que venía funcionando desde que México consumió su independencia y que si en alguna ocasión fue un instrumento de consigna al servicio del Ejecutivo y aún de las clases privilegiadas, no pueden dejarse de reconocer los enormes servicios que prestó al país en la larga historia de su existencia, ya que a su iniciativa se debe toda la legislación que nos rigió hasta el año de 1917 comprendiendo entre otras importantísimas leyes que fueron para su época modelos de legislación, las de Reforma, en cuya confección tuvo particular intervención el entonces Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, Lic. Don Manuel Ruiz.

<sup>5</sup> Puede consultarse en Cámara de Diputados, XLVI Legislatura del Congreso de la Unión, Op. cit., Tomo II, Págs. 511 a 591.

“Ante este hecho histórico, no se explica la ligereza con que procedió el Constituyente de 1917, al suprimir de una plumada aquella Secretaría, como si su funcionamiento hubiera sido algo nocivo para la República. Ni la innegable importancia (de los servicios) que prestó al país aquella Secretaría, ni la presencia, como titulares de ella en el pasado, de distinguidos jurisconsultos, cuya probidad, patriotismo e independencia de criterio están fuera de discusión, como lo fueron Don Miguel Ramos Arispe, Don José Manuel Herrera, Don Andrés Quintana Roo, Don José Justo Corro, Don Mariano Riva Palacio, Don José Bernardo Couto, Don Luis de la Rosa, Don Ponciano Arriaga, Don Benito Juárez y otros muchos que escapan a nuestra memoria... ni una ni otra cosa fueron obstáculo para suprimir aquel imprescindible órgano de administración gubernamental”.<sup>6</sup>

Más adelante, al refutar las afirmaciones de Don Francisco Javier Gaxiola Jr. antes mencionadas, el propio Don Ricardo Couto hace notar que “el señor Lic. Gaxiola reconoce el prestigio de que gozaron las diversas Secretarías de Justicia que se sucedieron desde el año 1826 hasta el triunfo del Plan de Tuxtepec... reconoce que quienes fueron titulares de esas Secretarías que se sucedieron en un largo período de más de 50 años, fueron hombres de primera calidad en la Historia de México, a quienes se debe una organización de justicia con características bien definidas. Pues bien, el reconocimiento de estos hechos le resta valor al argumento histórico en que se basa la objeción... pues si durante un largo período de nuestra historia como nación independiente, las diversas Secretarías de Justicia que funcionaron hicieron honor a la institución de la justicia, ello es una razón de peso para restaurar aquella Secretaría, sin que en nada se debilite por el hecho de que bajo determinado régimen (la dictadura de Porfirio Díaz) dicho órgano haya sido, admitámoslo, un factor de oprobio y abyección... decir que sería un error histórico y político restaurar una Secretaría que por un largo período de nuestra historia cumplió dignamente su cometido, nos parece que no tiene razón de ser... En cuanto a que la restauración de la Secretaría de Justicia sería un error social, no comprendemos el alcance de la objeción; pero desde luego pensamos que no puede ser error social crear un órgano que atienda un servicio, que es indispensable para la vida de la sociedad. Aún admitiendo que este órgano tuviera algunas deficiencias en su funcionamiento, porque no hay institución humana perfecta, ello sería preferible a dejar al garete, como ahora está, este importante ramo de la administración pública”.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Couto, Ricardo, “Sobre la Imperiosa Necesidad de Restaurar la Secretaría de Justicia”, en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Op. cit., Págs. 45 y 46.

<sup>7</sup> Ibidem, Págs. 57 y 60.

### 3. Estudios y referencias

Independientemente, pues, de que la justificación histórica de la supresión de la Secretaría de Justicia por el Constituyente de 1917 es sumamente discutible, el fondo de la cuestión relativa a la conveniencia o necesidad de reinstaurar la propia Secretaría, ha sido tratada en diversos estudios y referencias que se mencionan sucintamente a continuación:

a) Hace algunos años, la Barra Mexicana-Colegio de Abogados acordó se solicitara de las autoridades competentes “el establecimiento de una Secretaría de Justicia, a fin de que el Ejecutivo Federal concentrando responsabilidades administrativas, que ahora se encuentran dispersas, y con respeto absoluto a la independencia y a la libertad de criterio de los juzgadores, esté en aptitud de contribuir al mejoramiento de la administración de justicia”.

Con motivo de tal acuerdo, dicha Barra de Abogados designó un comité de sus miembros integrado por los Licenciados Roberto Molina Pasquel, Antonio Martínez Báez y, desde luego, Eugenio Ramos Bilderbeck, distinguido barrista del que partió la iniciativa para la proposición antes mencionada y que fue uno de los más entusiastas impulsores de dicha iniciativa a quien se debe, además, un bien documentado estudio acerca de las atribuciones que deberían asignarse a una Secretaría de Justicia. Los estudios y conclusiones elaborados u obtenidos por dicho comité fueron publicados por la propia Barra de Abogados en el año de 1963 en el folleto que se ha venido citando.

b) El que esto escribe tuvo oportunidad de estudiar *in situ* la historia, la organización y el funcionamiento del Ministerio de Justicia en España.

Se pudieron constatar las valiosas aportaciones de dicho Ministerio en los terrenos de la codificación y congruencia de las diferentes leyes españolas y, modernamente, de la informática jurídica. Con motivo de la emisión de un nuevo Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia,<sup>8</sup> el Propio Ministerio elaboró una interesantísima memoria justificativa del proyecto de dicho Reglamento Orgánico en la que se encuentran ideas muy claras acerca de las funciones que deben encomendarse a un Ministerio de Justicia dentro de un Estado moderno, Según dicha memoria, entre tales funciones sin duda está la de la conservación del orden jurídico. La administración, como poder jurídico

<sup>8</sup> Decreto 1530/1968 de 12 de junio, Boletín Oficial del Estado de 15 de julio de 1968, Págs. 10345 a 10364.

inserto en un Estado de Derecho, actúa en todas sus funciones y en mayor o menor grado sometida al derecho. La peculiaridad que ofrece la función de conservación del orden jurídico es que, en ella, no sólo los medios instrumentales son de orden jurídico, sino que sus mismos objetivos finalistas son también jurídicos. Concebida así esta función de la administración pudiera a primera vista confundirse con la jurisdicción, pero, para señalar nítidamente su diferenciación, basta considerar que la administración trata de conservar el orden jurídico por vía general, mientras que la jurisdicción trata de conservarlo por vía individual, satisfaciendo las pretensiones a ella sometidas. Pues bien, la función de conservación del orden jurídico en general es la competencia propia y específica del Ministerio de Justicia. Todas las competencias que le están atribuidas por el derecho positivo pueden reducirse, en último término, a esta idea unitaria.

Ahora bien, la actividad de conservación del orden jurídico, aunque en su contenido y su finalidad sea de carácter jurídico, es un afunción administrativa; es administrativa y no legislativa, porque le falta el carácter innovador que ésta tiene; es administrativa y no jurisdiccional, porque le falta el carácter innovador que ésta tiene; es administrativa y no jurisdiccional, porque le falta el carácter individualizador y resolutorio de pretensiones que tiene esta última. Finalmente, es administrativa, por cuanto su función es de conservación. Se trata, pues, de una función administrativa, pero específicamente distinta de las demás porque es administración del derecho. En efecto, mientras el derecho en las demás dependencias administrativas es medio, en la Secretaría o el Ministerio de Justicia es fin y no medio. El derecho de las demás dependencias administrativas es un derecho propio de la administración, un derecho establecido para regular su actividad, el derecho administrativo, que nace, cabalmente, de la necesidad de someter al derecho a la actividad de la administración.

Por el contrario, el derecho que es fin de la dependencia encargada de la justicia es un derecho ajeno y distinto del de la propia administración, que tiene por titulares a sujetos distintos de la administración pública y que contempla relaciones jurídicas en las que no necesariamente interviene como titular la administración: es el derecho privado, que regula relaciones interindividuales; es el derecho judicial, que organiza y regula la actuación de otro poder, o si se prefiere función, distinto del Ejecutivo; es el derecho penal, como conjunto de prescripciones relativas al delito, al autor y a la pena; o es el derecho penitenciario, como ciencia de la ejecución de la pena y de la rehabilitación social.

Las anteriores consideraciones, inspiradas en la mencionada memoria del Ministerio de Justicia español, nos muestran, con cuánta claridad y precisión, lo indispensable que resulta el que, dentro de la estructura de la administración pública, existe una dependencia encargada del servicio de la justicia y de la conservación y mejoramiento del orden jurídico. Así lo han entendido la mayoría de los países del mundo civilizado y no se concibe por qué la administración pública mexicana debería de permanecer como una excepción y mantener dentro de su organización una carencia tan lamentable.

Mención especial merece la Comisión General de Codificación, Organismo Dependiente del Ministerio de Justicia español,<sup>9</sup> creado por Real Decreto de 19 de Agosto de 1843, para "redactar códigos claros, precisos, completos y acomodados a los modernos conocimientos", como se dice en el preámbulo de dicho Real Decreto, y que nació en y continúa vinculado al Ministerio de Justicia. Una de sus funciones es precisamente la de emitir los dictámenes que el gobierno le solicite sobre materias jurídicas, con lo que se confirma que un Ministerio de Justicia no sólo debe tener como función la de asesorar al gobierno, sino también que, en general, la actividad de tal dependencia administrativa debe recaer preferentemente sobre el ordenamiento jurídico, su mantenimiento, conveniente organización, su congruencia y su vigencia y aplicación generalizadas, todo ello en orden a la realización de la justicia. Cabe señalar que la mencionada Comisión General de Codificación ha contado entre sus presidentes a muy destacados jurisconsultos españoles entre quienes se cuenta Don Antonio Hernández Gil, quien, a principios de la década que está por terminar y en aplicación del Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia antes mencionado, le imprimió una mística y un empuje muy encomiables que quien esto escribe pudo constatar.

Por último, en beneficio del derecho comparado y para tomar ideas acerca de algunas de las atribuciones que en nuestro medio debería tener la Secretaría de Justicia, es conveniente citar el Artículo 1º del citado Reglamento Orgánico que define el Ministerio de Justicia como el órgano de la administración central del Estado encargado de la ordenación, dirección y ejecución de la política del gobierno en cuanto afecta, entre otros, a los siguientes aspectos: la conservación y desarrollo de un Orden de Derecho velando por la debida armonía del ordenamiento jurídico; la preparación de la legislación codificada y de la que por su carácter general no está especialmente atribuida a otros departamentos por razón de sus propias funciones; la organización y

<sup>9</sup> Ibidem, Cap. VII, Sección 7.01, Artículo 97.

ordenación de la administración de justicia, a la que se proveerá de los medios precisos para que desarrolle su función con independencia y eficacia; al Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales de justicia y a las relaciones con los colegios de Abogados y Procuradores; la Fé Pública Notarial, el Registro Civil y, en materia de registros, el ordenamiento de los derechos que puedan o deban ser sujetos a asientos registrales; la ejecución estrictamente vinculada a derecho de las resoluciones que lleven aparejadas medidas de privación de libertad, procurando la readaptación social del condenado; las cuestiones relacionadas con el ejercicio y protección en vía administrativa del derecho civil a la libertad en materia religiosa; la conservación de los originales de las disposiciones generales y la publicación de tablas de vigencia y de la Colección Legislativa de España; la colaboración con organismos nacionales e internacionales que tengan entre sus fines la investigación científica del derecho.

- c) Al tomar posesión como Presidente de la Junta Directiva de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados el 22 de febrero del año en curso, el Lic. Alvaro Espinosa Barrios, ilustre hijo y profesor de nuestra Escuela, mencionó el tema de este ensayo y anunció que dicha Barra insistiría en la proposición antes mencionada de reinstaurar la Secretaría de Justicia.

#### 4. Atribuciones

Con lo que hasta ahora se ha expuesto, el lector tendrá ya una clara idea de las atribuciones que la Secretaría de Justicia tendría asignadas. Por ello, se omitirá el hacer una enumeración detallada de dichas atribuciones y fundamentación, enumeración que, por lo demás y como se dijo antes, ha sido hecha en forma brillante y convincente por el barrista Eugenio Ramos Bilderbeck.<sup>10</sup> Baste, pues, enunciar brevemente algunas de las atribuciones que la Secretaría de Justicia tendría asignadas y que pueden dividirse en dos grupos:

- a) atribuciones que tradicionalmente estuvieron encomendadas a la Secretaría de Justicia y que, al ser suprimida, se encomendaron a otras dependencias administrativas y que, por tanto, se encuentran diseminadas en varias secretarías de estado y en la Procuraduría General de la República. Tales atribuciones serían retomadas por la Secretaría de Justicia; y
- b) Otras atribuciones que se considera necesario o conveniente atribuir a la Secretaría de Justicia.

<sup>10</sup> Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Op. cit., Págs. 9 a 43.

En concreto, tales atribuciones serían las siguientes:

- a) Intervenir en lo concerniente a nombramientos, licencias y renunciaciones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, del Procurador General de la República, del Procurador General del Distrito Federal y demás funcionarios que actúan en la esfera de la administración de justicia y en cuyos nombramientos debe intervenir el Poder Ejecutivo Federal.
- b) Intervenir en lo relativo a las solicitudes de destitución o remoción de los funcionarios mencionados en el párrafo anterior.
- c) Designar comisiones de formación o de revisión de proyectos de toda clase de leyes en materia de justicia, en las que corresponda la iniciativa al Poder Ejecutivo.
- d) Proponer cuanto sea conducente a la realización de la garantía consagrada por el Artículo 17 constitucional relativa a la pronta y expedita administración de justicia y, en general, a la vigencia y aplicación reales de nuestro orden jurídico.
- e) Hacer sugerencias en relación con los presupuestos de las dependencias inmiscuidas en la administración de justicia, a fin de que sus funcionarios y empleados tengan retribución decorosa y a fin de que desarrollen sus altas funciones en locales dignos, con buen mobiliario y útiles de trabajo adecuados.
- f) Hacer compilaciones y codificaciones de leyes.
- g) Intervenir en todo lo relativo a la adecuación jurídica ciudadana, burocrática y profesional, llevando registro de escuelas profesionales de derecho y estadísticas acerca de la población de peritos en derecho.
- h) Conducir las relaciones entre el Poder Ejecutivo Federal y las asociaciones y agrupaciones de profesionales del derecho e impulsar la formación de dichas asociaciones y agrupaciones.
- i) Ser el conducto de las relaciones del Poder Ejecutivo con el Poder Judicial de la Federación.
- j) Supervisar los establecimientos de prisión preventiva, de reclusión y de cumplimiento de sanciones en el ámbito federal, procurando que en tales establecimientos se promueva la readaptación social de los reclusos.
- k) Ser el conducto de las relaciones del Poder Ejecutivo Federal con las entidades federativas en materia de administración de justicia.
- l) Proponer, y en su caso dictar de acuerdo con la ley, medidas de prevención y de defensa sociales contra los postulantes y contra auxiliares de la administración de justicia que obstaculicen la recta administración de ésta y fomentar que el ejercicio de la profesión del derecho en todas sus formas se ajuste a las normas de la ética.
- m) Intervenir en indultos, conmutaciones y reducciones de penas, así como

en retenciones y otras medidas de ampliación de sanciones y en la aplicación de leyes de amnistía.

- n) Organizar y administrar el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, en busca de seguridad en las transacciones; organizar y administrar el Registro Civil, vigilar el Notariado e intervenir en los nombramientos de Notarios.

##### 5. Consideraciones finales

De lo que se ha dicho salta a la vista cuán rico y variado sería el material respecto del que actuaría la Secretaría de Justicia. De todo ello también se deduce la dispersión actual de dicho material, la falta evidente de unidad y de rumbo en su administración y, también, la no existencia, en la esfera administrativa, de órgano alguno que sea y pueda ser realmente responsable de ese alto y capital servicio que es el de la justicia.

Puede ser que en algunos exista escepticismo o desconfianza respecto de nuestro país y de los hombres que en él nos desempeñamos, lo que haría hasta dudar de que pudiera haber siquiera un buen Secretario de Justicia o que esta dependencia administrativa funcionara adecuadamente. Pero, ¿qué no habría en México, entre los muy buenos abogados que hay, algunos que fueran verdaderos políticos en el alto sentido del término, buenos juristas, con experiencia, responsabilidad y honorabilidad y, sobre todo, con la calidad y capacidad necesarias para ser hombres de buena voluntad? Si una respuesta sincera a la anterior interrogante resultare negativa, podría considerarse que no existe esperanza para México, ya no digamos en el terreno de la justicia, pero en ningún otro campo de la actividad humana.

Una buena administración de justicia es un factor indispensable para el progreso y desarrollo de la economía nacional. De nada sirve que con leyes sabias y estímulos adecuados se fomente la inversión de capitales para obtener el mayor rendimiento de la riqueza. De nada sirve que se fomente el espíritu de empresa y es inútil que se busque la solidaridad y la cooperación de los grupos sociales para hacer de nuestra nación una comunidad en la que todos, de acuerdo con nuestras facultades y sin distinción de clases, disfrutemos de una porción de la riqueza común. Todo lo anterior resulta inútil si no existe una buena administración de justicia.<sup>11</sup>

No se pretende que la Secretaría de Justicia opere milagros; tampoco es el objeto que tal Secretaría se convierta en una super-Secretaría. A lo que se aspira, y es ésta una aspiración realista, es a que, dentro de la imperfección de las instituciones humanas, se logre que con la interven-

<sup>11</sup> Cfr. Couto, Ricardo, en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Op. cit., Pág. 47..

ción de aquella Secretaría se perfeccionen nuestras instituciones de administración de justicia, se extienda y disemine la probidad que es signo de entereza y de hombría de bien, ante la que se estrellan la consigna, la recomendación o el compadrazgo. Se aspira, en suma, a que a través de la reinstauración de la Secretaría de Justicia se contribuya a una realización más cabal de este valor que integra, junto con la seguridad y el bien común, los criterios éticos fundamentales del derecho a cuya concreción en el tiempo y en el espacio debe tender toda sociedad humana que pretenda o aspire a merecer en plenitud tal designación.

## LAS ENTIDADES PARAESTATALES Y LOS MEDIOS DE CONTROL Y VIGILANCIA DE LAS MISMAS POR EL GOBIERNO FEDERAL

Por EDUARDO DE IBARROLA

### I. INTRODUCCION

La complejidad de la vida moderna, ha obligado a que el Estado realice una serie de actividades, que anteriormente no se consideraban dentro de su esfera tradicional de actuación y que están enfocadas fundamentalmente a la promoción social, económica y de servicio público. Si tomamos como indicador los gastos realizados por los Gobiernos, estos resultarán menores para las actividades consideradas como tradicionales, en comparación a los destinados a aquellas que se consideran como innovadoras.

La ideología dominante de los diversos Estados sólo nos es útil para medir el grado de avance, mayor o menor, de las nuevas actividades estatales, ya que aún en los países considerados como de corte capitalista, sus gobiernos están realizando funciones que hasta hace poco se consideraban como privativas de los particulares.

México no es ajeno a este fenómeno, y por ello el Gobierno Federal ya no está estructurado solamente de dependencias dedicadas a las funciones político gubernamentales (Secretarías y Departamentos de Estado) sino que por el contrario, han proliferado dentro de su seno, infinidad de entidades denominadas comúnmente como paraestatales, que de alguna u otra manera, según su naturaleza y actividades, realizan tales actividades, y que a su vez, en su funcionamiento, dependen del "sector central" y perciben ingresos provenientes del erario público, vía subsidios o ayudas, aun cuando por su actuación también tienen percepciones propias.

Basta con observar la lista de las entidades de la Administración Pública Paraestatal y el Presupuesto Anual de Egresos, para darnos cuenta de su proliferación y de la magnitud de sus gastos, y eso sobre la base de que no todas están comprendidas dentro del control presupuestal directo. Esta simple observación, hace reflexionar en la importante función política, social y económica que el sector paraestatal desempeña en la vida nacional.

El Gobierno actual ha considerado, y no sin razón, la importancia de emprender una "Reforma Administrativa" que racionalice las funciones estatales y paraestatales de índole administrativa, ya que desde hace tiem-

po, la propia Administración ha sido severamente criticada por el crecimiento constante, la desorganización y el mal manejo del sector paraestatal.

El propósito de este estudio, es analizar jurídicamente a la luz de la mencionada "Reforma Administrativa", la naturaleza y definición de las entidades paraestatales y de algunos de los mecanismos de control y vigilancia que tienen las dependencias gubernamentales sobre las mismas.

Al respecto, la magnitud del problema es destacada por Alejandro Carrillo Castro, en su interesante estudio titulado "La Empresa Pública y la Reforma Administrativa" (Empresas Públicas. Presidencia de la República. Coordinación General de Estudios Administrativos. Colección Seminarios No. 7), en donde expresa que las empresas públicas fueron naciendo en México en función de situaciones muy diversas, a partir de los Gobiernos Postrevolucionarios, para hacer frente a necesidades de distinta índole y en diferentes etapas.

Así en un comienzo surgieron las entidades de regulación bancaria y financiera (Banco de México, Nacional Financiera, Bancos Agrícola y Ejidal para hacer frente a necesidades de tipo monetario, económico y crediticio. Posteriormente, fueron creadas entidades que se dedicarían a la explotación de recursos naturales considerados de interés nacional (PE-MEX). En la actualidad, el Estado, a través de la administración paraestatal, ha intervenido en la actividad económica general del país, tanto en la producción de bienes y en la prestación de servicios que implican la política social, de apoyo y mejoramiento a las clases sociales menos favorecidas y a los grupos marginados en el país.

En consecuencia como su creación ha obedecido más a la necesidad de hacer frente a problemas inminentes, que a un programa preestablecido, se presenta la necesidad para la administración pública, de lograr una coordinación entre las distintas entidades, con miras a racionalizar y optimizar su operación, desarrollo y participación en el crecimiento de México.

## II. BASES CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA PARAESTATAL

El concepto "Administración Pública Paraestatal" es una innovación de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y la misma establece que el Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará en los términos de las disposiciones legales aplicables, de las entidades de la administración pública paraestatal denominadas organismos descentralizados, empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y de fianzas y de fideicomisos (Artículo tercero).

Esto quiere decir, que la administración paraestatal desempeña una función auxiliar del Ejecutivo, y que la misma se integra de las entidades mencionadas, de cuya definición y naturaleza hablaremos más adelante. Ahora bien, el problema central del presente rubro, es el de analizar en qué preceptos de nuestra Carta Magna encuentra fundamento la existencia de las mencionadas entidades.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar categóricamente que dentro de nuestra Constitución, no existe ningún precepto que textualmente comprenda a dichas entidades, las defina, señale sus lineamientos generales de creación y funcionamiento y determine las actividades que puedan desempeñar.

Varios preceptos Constitucionales, aluden a algunas de dichas entidades para señalarles, a ellas o a sus directivos, obligaciones concretas, tal es el caso del artículo 93, que faculta a cualquiera de las Cámaras que integran el Congreso de la Unión, a llamar a los Directores y Administradores de los Organismos Descentralizados Federales o de las empresas de participación estatal mayoritaria, cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades.

Asimismo, el tercer párrafo del precepto, adicionado por decreto del 2 de diciembre de 1977, faculta a las Cámaras de Diputados y de Senadores, a formar comisiones dentro de su seno, que investiguen el funcionamiento de los organismos y empresas mencionados, debiendo hacer del conocimiento del Ejecutivo Federal, los resultados de las investigaciones practicadas.

El artículo 123, en su fracción XXXI señala como competencia de las autoridades laborales federales, el conocer de las controversias obrero patronales que se susciten en empresas administradas en forma directa o descentralizada por el Gobierno Federal. Ese mismo artículo en su fracción XII, segundo párrafo, establece que se considera de utilidad social la expedición de una Ley para la creación de un "organismo" integrado por el Gobierno Federal y representantes de los trabajadores y patronos que administre el fondo nacional de la vivienda.

En términos similares, en el Apartado B del mismo artículo constitucional, se establece el organismo de seguridad social de los trabajadores al servicio del Estado (fracción XI, inciso f) segundo párrafo). Igualmente, en la fracción XII del mismo apartado, se prevé la existencia de un "organismo" para la seguridad del ejército, fuerza aérea y armada del país.

A pesar de que en el artículo 90 de la Ley Fundamental se establece que para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, habrá el número de secretarios que establezca el Congreso por una ley, la que distribuirá los negocios que habrán de estar a cargo de cada Secretaría, lo que nos haría pensar que el Ejecutivo sólo puede contar con Secretarías de Estado para su auxilio, consideramos que las en-

tidades de la administración pública paraestatal, no pueden ser tachadas de inconstitucionales, ya que diversos preceptos constitucionales aluden a ellas, previendo su existencia, tal y como sucede con los Departamentos Administrativos en los artículos 92 y 73 fracción XVI, cuya existencia como dependencias gubernamentales se encuentra plenamente justificado a la luz de la Constitución.

Ello no obsta para que nos inclinemos por la necesidad de una reforma a la Constitución, en donde se prevea expresamente la existencia de la administración pública paraestatal, la forma de creación de las entidades que grupa, las finalidades que pueden y deban perseguir y los lineamientos generales de control por parte del Gobierno Federal. En este mismo orden de ideas, sería también conveniente la reforma del artículo 90 para comprender expresamente dentro del mismo, a los Departamentos Administrativos.

En cuanto al control de la actividad de las entidades paraestatales y sólo por lo que se refiere a organismos descentralizados federales y a empresas de participación estatal mayoritaria, la Constitución apunta dos medios a cargo del Poder Legislativo. La comparecencia de sus directivos o administradores a la Cámara que los llame y la investigación de sus operaciones a través de comisiones especiales.

### III. ENTIDADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA PARAESTATAL

Ya arriba se hizo mención de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (en lo sucesivo se denominará simplemente Ley Orgánica) en donde señala cuáles son las entidades que integran la denominada administración paraestatal, correspondiéndonos ahora hacer un análisis de la naturaleza propia de cada entidad y de sus distinciones con respecto a las demás.

Por organismos descentralizados, la Ley mencionada considera en su artículo 45, que son aquellas instituciones creadas por disposiciones 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.

Esta definición amerita varios comentarios:

a) Es bastante más reducida que la definición contenida en la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación (En lo sucesivo se denominará simplemente Ley para el Control) ya que este cuerpo legal agrega que su patrimonio debe constituirse 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 ren-

dimiento de un impuesto específico y además, 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 o tecnológica, o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

Cabe hacer la aclaración, que la definición contenida en la Ley para el Control, limita su aplicación a los fines de la propia Ley. Sin embargo, a pesar de que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal es norma posterior, sólo derogó aquellas disposiciones legales que se opongan a lo establecido en la misma, consecuentemente la Ley para el Control, sólo quedó derogada en aquello que se opusiera a la Orgánica de la Administración Pública Federal, esto es, a las atribuciones que aquellas otorgaba a diversas dependencias para el control y vigilancia, las que por disposición de la Ley Orgánica quedaron encomendadas a otras, tal es el caso por ejemplo de las Secretarías de Patrimonio Nacional y de la Presidencia, que ya no existe y cuyas atribuciones, dependiendo del tipo de asunto, pasaron a la Secretaría de Programación y Presupuesto, a la de Comercio, a la de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y en su caso, a la Secretaría o Departamento considerado como Coordinador de Sector.

Por lo anterior, consideramos que la definición de la Ley Orgánica, para los efectos de determinar cuales son organismos descentralizados, debe complementarse con la contenida en la Ley para el Control.

b) Tanto la Ley Orgánica como la Ley para el Control, al definir a los organismos descentralizados hacen mención que pueden ser creados por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal. Existen varios creados por el Congreso, mediante una ley, bien sea que se refiera a un campo de actividad como es el caso de la Ley Minera con respecto al Consejo de Recursos Minerales; la del Seguro Social, con respecto al Instituto Mexicano del Seguro Social, es decir dichas disposiciones, además de regular un campo de actividad, crean y estructuran a una entidad; además existen leyes que exclusivamente crean y organizan a algún organismo, como es el caso de Petróleos Mexicanos, de Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos.

Por otro lado, el Ejecutivo Federal, mediante Decretos Presidenciales ha creado diversos organismos, como el caso de la Productora Nacional de Radio y Televisión, la Editorial Popular de los Trabajadores, el Consejo Nacional de Cultura y Recreación de los Trabajadores y el exitoso Pronósticos Deportivos para la Asistencia Pública, por citar sólo a algunos de ellos.

Cabe hacer notar, que la creación de un organismo, la mayor de las veces implicará la necesidad de suministrar fondos del presupuesto público, de ahí la necesidad de que por lo menos exista una partida presupuestal,

utilizable legalmente para dichos fines, atento a lo dispuesto por el artículo 126 de la Constitución.

Consideramos que dada la importancia de estos organismos, en cuanto a sus funciones y actuaciones y a las erogaciones presupuestales que en ocasiones implican, la creación de los mismos debería reservarse al Congreso, y tal vez, para aquellos casos de emergencias o de necesidades inminentes, en épocas en que aquél no estuviere en sesiones, facultar al Presidente a su creación, pero condicionada a la aprobación posterior del Legislativo.

c) Ambas disposiciones legales, la Ley Orgánica y la Ley para el Control, establecen que es independiente, para atribuirle a una entidad la naturaleza de organismo descentralizado, la forma o estructura legal que adopte. Es interesante cuestionarnos, cuál sería el alcance real de esa indiferencia normativa, respecto a la situación formal del organismo, ya que una ampliación de la misma, podría hacernos confundir a dichos organismos con alguna otra entidad paraestatal, por ejemplo considerar como organismo descentralizado a sociedades anónimas que tradicionalmente han sido consideradas como empresas de participación estatal, aun en aquellos casos en que pertenecen íntegramente al Estado.

La costumbre o práctica al respecto, en la Administración Pública, ha consistido en que la disposición normativa que crea a un organismo descentralizado lo define como tal, siendo esto de suma importancia, ya que los organismos están sometidos a mecanismos de control diferentes a los de las demás instituciones paraestatales.

Sin embargo, consideramos que la naturaleza propia de los organismos descentralizados radica en la no posibilidad de participación privada con finalidad lucrativa o mercantil, ya que excepción hecha de los organismos de seguridad social, en donde los particulares (sectores obrero y patronal) participan en alguna medida de su administración, más no de los recursos generados por el organismo a título de ganancia, en la inmensa mayoría de ellos, por no decir el resto, el patrimonio invertido pertenece íntegramente al Gobierno Federal. Además, tal y como lo menciona la Ley para el Control, la finalidad del organismo puede reducirse a la prestación de un servicio público (aún cuando se trate de funciones de investigación como el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología) o a la explotación de recursos naturales (Petróleos Mexicanos, Comisión de Fomento Minero, etc.)

Existe en nuestro sistema jurídico una innovación, en lo que respecta a las funciones de los organismos descentralizados, que además choca con la naturaleza de entidades auxiliares del Gobierno Federal, prescrita por la Ley Orgánica.

Se trata de la Procuraduría Federal del Consumidor, a la que el artículo 57 de la Ley Federal de Protección al Consumidor califica de organismo descentralizado de servicio social, con *funciones de autoridad*.

Tradicionalmente se ha considerado que las funciones de autoridad corresponden exclusivamente a la Administración Central, con base en los textos constitucionales, por lo que, además de la serie de comentarios que ameritaría el caso de la Procuraduría (constitucionalidad de la misma, procedencia del juicio de amparo, obligatoriedad de agotar el trámite conciliatorio como requisito previo para acudir a los tribunales comunes) lo cual rebasaría los límites del presente estudio, consideramos adecuado el citar el caso como único en nuestro sistema, ya que ni el Seguro Social o el INFONAVIT, cuyas cuotas tienen carácter de créditos fiscales, realizan funciones de autoridad, pues las mismas son exigidas vía la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Respecto a las empresas de participación estatal, nuestro sistema jurídico las divide en dos: de participación mayoritaria y de participación minoritaria.

Dentro de las primeras, en los términos de la Ley Orgánica están consideradas las siguientes:

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 organizaciones auxiliares nacionales de crédito, de seguros o de fianzas o los fideicomisos a que se refiere la propia Ley, aporten o sean propietarios de cincuenta por ciento o más del capital social.

b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar acciones de una serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal.

c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombra a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, junta directiva u órgano de gobierno, designar al presidente, al director o gerente, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, el Consejo de Administración o de la junta directiva u órgano del gobierno equivalente.

El artículo 47 de la Ley en cuestión, introdujo una innovación al establecer que se asimilan a las empresas de participación mayoritaria, las sociedades civiles y las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean alguna o varias de las dependencias que se citan en el inciso a) anterior, o cuando alguna de dichas instituciones se obligue a realizar o realice aportaciones económicas preponderantes.

Al igual que en el caso de los organismos descentralizados, en la definición de empresas de participación estatal mayoritaria, la Ley para el Control no incluye aquellas en que participen el Gobierno del Distrito Federal, ni los fideicomisos a que se refiere dicha ley.

Estas modificaciones requieren de algunas reflexiones. El considerar como empresas de participación estatal mayoritaria, a aquellas entidades en cuyo capital participe el Gobierno del Distrito Federal, choca en principio con la peculiar naturaleza del Distrito Federal, ya que éste, si bien

es cierto que es la sede de los Poderes Federales, su gobierno no es propiamente federal, aún cuando coincidan el Ejecutivo y el Legislativo con los poderes de la Unión. El Distrito Federal también tiene un régimen local, y en el caso que nos ocupa, existen organismos descentralizados cuya función se limita a la Ciudad de México (vg. Sistema de Transportes Colectivo METRO) y cuya existencia, al igual que la de las empresas de participación estatal, está prevista en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal. Los organismos y empresas del Distrito Federal, reciben recursos y están comprendidos, algunos de ellos, en el Presupuesto de Egresos del Departamento del Distrito Federal.

Estimo que siendo coherentes con el sistema de gobierno establecido para el Distrito Federal, cuyo patrimonio no se confunde con el patrimonio nacional, como claramente se puede observar en la Ley General de Bienes Nacionales en comparación con los bienes del Distrito Federal cuya reglamentación se encuentra en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, así como en las diversas leyes fiscales locales del Distrito, debiera corresponder al Gobierno del Departamento, el control, vigilancia y supervisión de las entidades paraestatales que le corresponden, mediante leyes especiales para ello, y sólo en caso de que dichas entidades gozasen de ministraciones de fondos federales, establecer un control, a cargo de alguna dependencia del Ejecutivo Federal para ello.

El Presupuesto de Egresos del Departamento del Distrito Federal para el ejercicio fiscal de 1979, en su artículo primero establece una partida para aportaciones a organismos descentralizados y otra de erogaciones adicionales a los organismos descentralizados, donde aparecen el Sistema de Transporte Colectivo, el Sistema de Transportes Eléctricos del Distrito Federal, Industrial de Abastos, Caja de Previsión para los trabajadores a lista de raya y la Caja de Previsión de la Policía del Distrito Federal.

Los artículos 3o. fracciones II y III y 2o. del mencionado Decreto de Presupuesto de Egresos, contienen disposiciones aplicables a los "organismos descentralizados del Departamento del Distrito Federal".

Por otro lado, en materia del sector paraestatal en el cual interviene el Departamento del Distrito Federal, existen en la Ley Orgánica del mismo las siguientes disposiciones: El artículo 17 en su fracción VI, considera como funciones de gobierno del Departamento, la de recabar la información que se requiera para el cumplimiento de las atribuciones de las entidades paraestatales que correspondan (estén agrupadas en) a su sector. El artículo 19, fracción III, es el más importante en materia de empresas de participación estatal del mismo, ya que considera como función en materia hacendaria, la de aprobar, previo acuerdo del Presidente de la República, la participación del Departamento del Distrito Federal en empresas, sociedades o asociaciones civiles o mercantiles, ya sea en su creación, aumento de capital o para adquirir todo o parte de éste.

Es conveniente reflexionar la forma de conjugar este precepto con el contenido en el artículo 8o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, pues conforme a éste último, la autorización Presidencial para constituir o aumentar el capital en una empresa de participación estatal (autorización para la participación estatal) es otorgada por conducto del Secretario de Programación y Presupuesto, y por el contrario, la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal alude en forma directa al Primer Magistrado.

Por otra parte, en el Reglamento interior del Departamento del Distrito Federal existen algunas disposiciones aplicables a las entidades paraestatales agrupadas bajo la coordinación del Departamento, a saber: El artículo 5o., fracción XXIII, establece como atribución del Jefe del Departamento, la de aprobar, previo acuerdo del Presidente de la República, la participación del Departamento en una entidad de la administración pública paraestatal, lo que está en relación con el artículo 19, fracción III de la Ley Orgánica, antes comentado.

El artículo 8o., Fracción I, señala como atribuciones del Contralor General, la vigilancia de las entidades paraestatales del sector del Departamento, a fin de que cumplan con las disposiciones legales en materia de administración, custodia y registro de los fondos, valores y bienes a su cargo. El artículo 14, fracción I, establece como atribución de la Dirección General de Información, Análisis, Estadísticas, Programación y Estudios Administrativos (tal vez la dependencia con el nombre más largo dentro de la Administración Pública) la de promover, asesorar y coordinar los trabajos de adecuación administrativa y organización de actividades de las entidades paraestatales del sector, referentes al aprovechamiento de sus recursos humanos, materiales y financieros.

Como puede observarse, estimo debiera armonizarse la situación de las entidades paraestatales que corresponden al Distrito Federal, con las atribuciones genéricas de control y vigilancia que tiene el Gobierno Federal, a fin de dejarle a este último sólo aquellas en que también tuviere participación.

Por otro lado, la posibilidad de otorgar carácter de empresa de participación estatal a las sociedades y asociaciones civiles, en principio es correcta, pero en la medida en que conforme a la Reforma Administrativa se actualicen los mecanismos de control del sector paraestatal, se deberá tomar muy en cuenta la naturaleza jurídica propia de dichas entidades civiles, pues guardan diferencias muy acentuadas en comparación con la mayoría de las empresas de participación estatal que tienen forma jurídica de sociedades mercantiles.

La Ley Orgánica de la Administración Pública define a las empresas de participación estatal minoritaria, como aquellas sociedades en las que uno o más organismos descentralizados u otra, u otras empresas de participación estatal mayoritaria, consideradas conjunta o separadamente

posean acciones o partes de capital que representen menos del cincuenta por ciento y hasta el veinticinco por ciento de aquél.

Respecto a la definición de las empresas minoritarias, contenida en la Ley para el Control, se repite el defecto de no considerar la posibilidad de que el Gobierno Federal directamente participe en el capital social, lo cual es absurdo puesto que si el carácter de empresa minoritaria lo pueden conferir entidades paraestatales, con mayor razón lo conferirá el Gobierno Federal.

Además, la Ley Orgánica omitió considerar a todas las demás entidades que atribuyen carácter de empresa mayoritaria, como es el caso de las instituciones nacionales de crédito, que sí están contempladas en la Ley para el Control. Esto podría no ser de gran trascendencia si consideramos que en principio, las instituciones u organizaciones auxiliares nacionales de crédito, de seguros y de fianzas, son en general empresas de participación estatal, con características específicas diferentes en atención a la naturaleza de su objeto social, pero si pudiera presentar problema con respecto a los fideicomiso, por ejemplo.

En este mismo orden de ideas, en el Registro de la Administración Pública Paraestatal publicado en el Diario Oficial de 29 de septiembre de 1978, en el rubro III que señala las empresas de participación estatal minoritaria, se expresa claramente que incluye aquellas en cuyo capital participan las entidades a que hicimos mención en el párrafo anterior. Esto nos lleva a pensar, que debe hacerse una definición legal de estas entidades, más ordenada y coherente.

Es conveniente entrar en el análisis de las definiciones de instituciones nacionales de crédito, de organizaciones auxiliares nacionales de crédito, y de instituciones nacionales de seguros y de fianzas, ya que como se afirmó anteriormente, pueden quedar comprendidas dentro del concepto genérico de empresas de participación estatal, aún cuando con motivo de su objeto social, guardan, en cuanto a su funcionamiento y situación jurídica, algunas diferencias específicas.

Las instituciones y las organizaciones auxiliares nacionales de crédito se encuentran definidas por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en su artículo primero, tercer párrafo en los siguientes términos: "...las constituidas con participación del Gobierno Federal, o en las cuales éste se reserve el derecho de nombrar la mayoría del Consejo de Administración o de la junta directiva o de aprobar o vetar los acuerdos que la asamblea o el consejo adopten".

Normalmente las instituciones nacionales de crédito tienen sus propias leyes orgánicas, tal es el caso del Banco de México, S. A., de la Nacional Financiera, S. A., del Banco Nacional de Crédito Rural, S. A., por citar algunos y además, existe un Reglamento especial sobre las mismas publicado en el Diario Oficial de 29 de junio de 1959. Por otro lado, la

Ley para el Control excluyó a este tipo de instituciones de sus mecanismos de control y vigilancia (Artículo 1o., fracción I).

Cabe hacer la aclaración, de que no todas las instituciones de crédito en las que el Gobierno Federal o alguna entidad paraestatal tienen interés en su capital, son consideradas como "instituciones nacionales" ya que este término sólo es aplicable a las que caigan dentro de la definición normativa, ya que las demás, aún cuando sean instituciones de crédito, no serán "nacionales" aún cuando tendrán carácter de empresas de participación estatal. Esto lo podemos corroborar con aquellas instituciones en cuyo capital no participa el Gobierno Federal, sino una institución nacional de crédito.

Las instituciones nacionales de seguros son definidas por la Ley General de Instituciones de Seguros, como aquéllas que se constituyen con intervención del Estado Federal, bien que éste suscriba la mayoría del capital, bien que, aún en el caso de no hacerlo, el Estado se reserve el derecho de nombrar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración o de la Junta Directiva, o de aprobar o vetar las resoluciones que la Asamblea o el Consejo tomen.

El ordenamiento establece que las instituciones nacionales de seguros se regirán por lo que dispongan sus leyes especiales, y a falta de las mismas, por las descripciones de la Ley General de Instituciones de Seguros.

Además prohíbe que las demás instituciones de seguros, que conforme a la ley no pueden ser consideradas como "nacionales", utilicen en su denominación la palabra "nacional".

La definición adoptada por la Ley General de Instituciones de Seguros es bastante clara en especial en lo que se refiere a la posibilidad de que aún cuando el Gobierno no tenga la mayoría de las acciones, en caso de reservarse la designación de Consejeros, o bien de aprobar o de autorizar las decisiones del Consejo o de la Asamblea, la institución será considerada como nacional.

No podemos opinar lo mismo de las instituciones nacionales de fianzas, ya que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no contiene ninguna disposición que las defina. Ante tal situación, estimo que debemos adoptar una definición que siga los lineamientos establecidos por las leyes al definir a las instituciones nacionales de crédito y de seguros, en el sentido de que sean constituidas por el Gobierno Federal, o bien que éste se reserve la posibilidad de designar a la mayoría de los consejeros o miembros de la junta directiva, o tenga la facultad de aprobar o vetar los acuerdos de Consejo, Juntas Directivas o Asambleas de accionistas.

Respecto a los seguros, la Ley de la materia exige en su artículo 8o. que la mediación de los que contraten los organismos y empresas del Estado, se efectúe por conducto del organismo establecido al efecto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El artículo primero transitorio

de dicha disposición (Decreto publicado en el Diario Oficial el 23 de diciembre de 1974). señaló que en tanto dicho organismo no sea creado, las instituciones mencionadas seguirán contratando sus seguros a través de la Aseguradora Mexicana, S. A.

En relación con la forma jurídica de las sociedades de participación estatal, la práctica administrativa en México ha consistido en que sean sociedades mercantiles, de preferencia anónimas, consecuentemente para su manejo interno les es aplicable la Ley General de Sociedades Mercantiles y demás disposiciones del derecho común, independientemente de los medios de control y vigilancia administrativos atribuibles por su carácter paraestatal y de las demás obligaciones que en atención a dicho carácter le son exigibles.

Es oportuno expresar, que debiera analizarse la posibilidad, sobre todo para aquellas empresas de participación directa del Gobierno Federal, de no exigir el requisito de un número mínimo de socios (por ejemplo: cinco en el caso de las sociedades anónimas) por ser abiertamente innecesario además de absurda la situación que se presenta cuando el propio Gobierno tiene que usar de "prestanombres". Sin querer entrar de lleno al análisis del problema de las sociedades de un solo socio, consideramos conveniente que al menos para las sociedades de participación estatal, fuera resuelto en forma favorable por la legislación.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece en su artículo 53 que el Ejecutivo Federal, en los casos que proceda, determinará que funcionarios habrán de ejercer las facultades que implique la titularidad de las acciones que formen parte del capital social de las entidades de la administración paraestatal. A falta de dicha determinación, la misma corresponderá al titular de la Secretaría o Departamento bajo cuyo sector se encuentre agrupada la entidad de que se trate.

Independientemente de la inexactitud de la redacción del precepto, al decir "...las acciones que formen parte del capital social..." ya que en realidad no sólo existen sociedades anónimas o en comandita por acciones, cuyo capital o parte del mismo se divida en éste tipo de títulos (artículos 111 y 207 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) el precepto viene a resolver la importante cuestión de representación del socio —Gobierno Federal en el ejercicio de los derechos que por tal calidad le corresponden en una empresa de participación estatal, ya que bastará una designación del Presidente o del Secretario o Jefe de Departamento hecha en favor de una persona física, para que ésta se encuentre plenamente facultada para representar al socio, que en los casos que se estudian es el Gobierno Federal en forma directa.

Cuando la calidad de socio corresponda a otra entidad paraestatal que goce de personalidad jurídica diferente a la del Gobierno Federal, la representación del socio corresponderá a la persona física que de acuerdo con lineamientos internos de la entidad de que se trate, goce de las facul-

tades de representación de la misma, conferida de acuerdo con lo establecido en los estatutos sociales de la empresa en cuyo capital se participa (artículo 192 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 52 particulariza en un caso de representación del Gobierno como socio, en una empresa del Estado o en general en cualquiera de las entidades paraestatales, estableciendo, a mi manera de ver en forma por demás innecesaria, que cuando los nombramientos de presidente o miembros de los consejos, juntas directivas o equivalentes de dichas entidades correspondan al Gobierno Federal, será el Presidente de la República quien haga tal designación, lo cual es evidente tomando en cuenta los rasgos peculiares de un sistema presidencialista como el nuestro, en donde el Poder Ejecutivo se encuentra depositado en una sola persona y sus auxiliares, Secretarios de Estado y Jefes de Departamento, siempre obran por acuerdo de aquél.

Hasta aquí hemos analizado las empresas de participación estatal (incluyendo a las instituciones y organizaciones auxiliares nacionales de crédito, seguros y fianzas) sobre la base de su clasificación en mayoritarias y minoritarias, clasificación que tiene una gran importancia para los efectos del control y vigilancia ejercida sobre las mismas por el Gobierno Federal. Sin embargo, y derivándose de la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, el Registro de la Administración Pública Paraestatal, publicado, como ya antes se dijo, en el Diario Oficial de 29 de septiembre de 1978, hace una clasificación por demás interesante, de la que hablaremos a continuación.

Cabe advertir, que según el artículo 12, segundo párrafo de la Ley arriba citada, la Secretaría del Patrimonio Nacional (Ahora Secretaría de Programación y Presupuesto de conformidad con el artículo 32, fracción XII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal) tiene el deber de publicar periódicamente, una lista de los organismos y empresas sujetos al control y vigilancia del Gobierno Federal.

En el Registro que nos ocupa, las empresas de participación estatal mayoritaria se clasifican en participación estatal directa y participación estatal indirecta.

A las primeras corresponden aquellas entidades en cuyo capital participa el Gobierno Federal en el 50% o más, o bien cuando éste se reserva la facultad de nombrar a la mayoría del Consejo de Administración, junta directiva u órgano de gobierno equivalente, designe al presidente o director, o al gerente, o tenga facultades de vetar los acuerdos de la asamblea de accionistas, del consejo de administración, junta directiva u órgano de gobierno equivalente, o bien exista una serie especial de acciones que solo puedan ser suscritas por él.

Es importante precisar, que el carácter de participación mayoritaria, no

solamente lo otorga la suscripción del 50% o más del capital, sino que también en todos los demás casos citados, independientemente del porcentaje en que el Gobierno participe en el capital social, se estará en presencia de este tipo de entidades.

Por otro lado, las empresas de participación indirecta, son aquellas en cuyo capital participan, conjunta o separadamente, en el 50% o más otras entidades de la administración pública paraestatal, diferentes al Gobierno Federal. Llama la atención, que en la última parte de la definición contenida en el Registro (Rubro II, inciso B) se dice que también son empresas de participación indirecta, las sociedades o asociaciones civiles, en las cuales la mayoría de los asociados sean Dependencias (Secretarías o Departamentos) de la Administración Pública Federal o bien se obliguen a realizar las aportaciones económicas preponderantes.

En nuestro sistema jurídico constitucional, las Dependencias Federales carecen de personalidad jurídica, ya que ésta corresponde sólo al Estado Federal en su unidad y totalidad, mismo que para efectos administrativos es representado por el Ejecutivo Federal (Presidente de la República) tal es el caso de la propiedad de los bienes inmuebles, que corresponden al Estado Mexicano y no tal o cual Dependencia, inclusive ni siquiera dichos inmuebles pueden pertenecer a los Poderes en sí (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) de tal manera que no nos explicamos como una dependencia sin personalidad jurídica puede adquirir el carácter de socio.

Además, en caso de que el Gobierno Federal fuese el socio o asociado, estimo que la entidad civil de que se trate debería adquirir el carácter de empresa de participación directa, y no indirecta como está establecido en el Registro.

Corresponde ahora entrar al análisis de los fideicomisos contemplados por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

El artículo 59, en relación con el 3o. fracción III del ordenamiento que nos ocupa, establece que los fideicomisos que tengan carácter de entidades paraestatales, serán aquellos 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 demás entidades paraestatales (organismos descentralizados, empresas de participación estatal, instituciones y organizaciones auxiliares nacionales de crédito, de seguros o de fianzas).

La definición de este tipo de fideicomisos, contenida en el Registro de la Administración Pública Paraestatal (Rubro IV) amplía la contenida en la Ley Orgánica, al establecer que pueden ser fideicomitentes, además de las entidades señaladas, el Departamento del Distrito Federal y cualquier institución fiduciaria, cuando actúe en cumplimiento de los fines de otro fideicomiso considerado como paraestatal.

Respecto al Departamento del Distrito Federal, podemos hacer aquí la misma crítica formulada al analizar los organismos descentralizados y

las empresas de participación estatal, pero en lo que se refiere a los fideicomisos creados por otro fideicomiso, consideramos acertado el tratamiento que otorga la Secretaría de Programación y Presupuesto, en el Registro de la Administración Pública Paraestatal, aun cuando no tenga un fundamento legal expreso.

Hasta aquí hemos intentado dar una definición de cada una de las entidades que integran la llamada administración pública paraestatal, corresponde ahora el turno a los procedimientos y medios de control y vigilancia, que sobre dichas entidades puede ejercer el Gobierno Federal.

#### IV. *Medios de control y vigilancia que sobre la Administración Pública Paraestatal, ejerce el Gobierno Federal*

Como ya antes se expresó, en la Constitución Política existen medios de control de las entidades paraestatales, ejercidos por el Poder Legislativo, consistentes en términos generales en la comparecencia ante la cámara que lo solicite, de los directivos de esas entidades o bien en la formación de comisiones legislativas para la investigación de la operación de las mismas.

Los controles ejercidos por el Poder Ejecutivo, encuentran su fundamento legal, en diversas disposiciones que se encuentran esparcidas y es lamentable decirlo, muchas de ellas carecen de sistema y en ocasiones se contradicen. Es realmente aquí, donde los programas de la "Reforma Administrativa" dedicada al sector paraestatal, encuentran su más grande reto.

Las principales disposiciones que establecen medios de control sobre el sector paraestatal, son la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, la Ley de Inspección de Adquisiciones, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, la Ley General de Deuda Pública, la Ley General de Bienes Nacionales, las leyes anuales de Ingresos y los Presupuestos anuales de Egresos, así como una infinidad de Decretos y Acuerdos Presidenciales o de autoridades inferiores.

Consideramos adecuado abordar el análisis de estos medios de control, clasificándolos en las tres etapas de la existencia de las entidades paraestatales es decir: a) su creación, b) su operación y desarrollo y c) su modificación o extinción. Pero además, en atención a que cada una de estas entidades, atendiendo a su propia naturaleza tiene un conjunto de medios de control propios, independientemente de los medios generales aplicables a todos ellos, se hará, en el desarrollo del estudio, una alusión específica a la entidad que corresponda, excepción hecha de las institu-

ciones y organizaciones auxiliares nacionales de crédito, lo que requeriría un estudio exclusivamente dedicado a ellas.

### A) Creación

No existe en la Constitución Pública una limitación al Ejecutivo para que este ordene la creación de entidades del sector paraestatal, salvo la presupuestal que ya antes se analizó, pero es posible que una entidad creada, en atención a su propia operación, no requiera de ministraciones de fondos federales, con lo cual quedaría salvado el requisito anterior.

Consideramos que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 73, fracción XI de nuestra Ley Fundamental, ya que el Congreso tiene facultad para crear empleos públicos de la federación y señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones, pues se refiere exclusivamente a los empleos propiamente federales y no comprende a las entidades.

Lo anterior se ve apoyado por la personalidad jurídica propia de las entidades descentralizadas, que implica una distinción respecto al resto de las dependencias estatales. Más esto no obsta como ya también antes se dijo, para insistir en la necesidad de actualizar nuestra Constitución para preveer dentro de ella, los lineamientos y bases generales de la creación, funcionamiento, control, objetivos y extinción de las entidades paraestatales.

En este orden de ideas, la Ley de Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal, en su artículo 8 establece que la participación estatal en las empresas, deberá ser previamente autorizada por el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Esta disposición es de reciente creación, ya que la Ley se expidió el 29 de diciembre de 1976, y se estima destinada a establecer un mayor orden en las inversiones públicas, a fin de evitar la proliferación inmoderada e innecesaria de empresas del Estado, y aún cuando sólo se refiere a las empresas de participación estatal y a los fideicomisos, hubiera sido superfluo que señalara a los organismos descentralizados, ya que éstos sólo pueden ser creados por el Congreso o por el Presidente, autoridades superiores al Secretario del ramo mencionado.

Es deseable que las autorizaciones que emita la Secretaría de Programación y Presupuesto, obedezcan a lineamientos generales de planeación y programación de la actividad estatal, a fin de que este tipo de inversiones estén basadas en necesidades reales y en un sistema de prioridades, de tal manera que el Estado, de intervenir en una actividad determinada mediante la creación o compra de una empresa, lo haga donde su participación es indispensable o por lo menos necesaria, ya que de lo contrario, los recursos así aplicados serán distraídos de inversiones más útiles.

Ahora bien, la disposición que se comenta es aplicable también tratán-

dose de empresas de participación estatal indirecta y es donde mejor se explica y justifica el precepto, ya que las entidades que participen en el capital, salvo las contenidas en el Presupuesto de Egresos —que son las menos—, no requerirían de partida presupuestal específica para ello, al menos del Presupuesto de Egresos de la Federación, aprobado anualmente por la Cámara de Diputados, por esa razón, corresponde ahora a la Secretaría de Programación y Presupuesto, ser el conducto de la autorización presidencial para la constitución o incremento de una empresa de participación estatal o de un fideicomiso.

Sobre el particular, el Acuerdo Presidencial publicado en el Diario Oficial de 24 de abril de 1979, exige además la opinión del Coordinador del Sector que correspondería según la naturaleza de la empresa que se pretenda crear, así como la opinión de la Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República.

Con respecto a los fideicomisos, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, señala en su artículo 9o., que sólo se puede constituir e incrementar, previa autorización del Presidente de la República, otorgada por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto. Los comentarios presupuestales formulados anteriormente, le son aplicables también, a este tipo de entidades.

Además, sobre los fideicomisos, es conveniente señalar lo siguiente: La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 49 establece que el fideicomitente deberá recabar la autorización previa del Coordinador del sector correspondiente, para la integración de los comités técnicos, pero que invariablemente habrá un miembro que represente a aquél.

El 10 de enero de 1979, se expidió un Decreto Presidencial, publicado en el Diario Oficial del 27 de febrero del mismo año, que es un verdadero reglamento sobre la constitución, modificación, operación y extinción de este tipo de fideicomisos.

El artículo 8o. de dicho Decreto, señala que en los Comités Técnicos de los fideicomisos siempre se incluirá por lo menos un representante del Coordinador del Sector correspondiente y otro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Además se establece que la institución fiduciaria deberá mantener un representante en dichos órganos, con voz pero sin voto. Por otro lado, el Comité Técnico será presidido por quien se determine en la autorización de creación y en caso de no haberse determinado, por el representante del Coordinador del sector dentro del cual se encuentre agrupado el fideicomiso de que se trate.

En el Derecho que nos ocupa, se insiste que en aquellos casos en que los fideicomisos hayan sido constituidos directamente por el Gobierno Federal, y no a través de alguna otra entidad, el fideicomitente único será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pero las instrucciones respecto a los elementos del fideicomiso (objeto, monto, estructura, etc.)

serán dadas por el Ejecutivo Federal (lo cual es explicable por la supremacía Presidencial) pero a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

La situación anterior va acorde con lo dispuesto tanto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículo 49) como por la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (art. 9o.), sin embargo, no se explica por qué dicha Secretaría continúa como fideicomitente único del Gobierno Federal, si a la luz de la nueva distribución de atribuciones de la Administración Pública Federal, las facultades del gasto público se encomendaron a la Secretaría de Programación y Presupuesto. Evidentemente, el constituir un fideicomiso implica erogar fondos, precisamente los que se afectarán al fin u objeto de dicho negocio jurídico.

Se explicó que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fuese el fideicomitente único del Gobierno Federal, cuando aquella, de conformidad con la Ley de Secretarías y Departamento de Estado, tenía también las facultades y atribuciones relativas al gasto público, pero ahora, tal parece que lo que quedó es una mera costumbre, ya que si los lineamientos esenciales del fideicomiso se dan por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, bien podría esta dependencia fungir como fideicomitente, máxime si es la encargada del gasto público.

Pudiera pensarse que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público continúa como fideicomitente único del Gobierno Federal, en atención a los controles que ejerce sobre las instituciones de crédito que son las únicas fiduciarias en nuestro país (excepción hecha de la Comisión de Fomento Minero, artículo 91, fracción XV de la Ley Minera) vía la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, sin embargo, dicho control en nada se ve obstaculizado o mermado, en caso de que dicha Secretaría dejase de ser el fideicomitente,

### B) Operación y desarrollo

A fin de integrar a las entidades paraestatales en un sistema de funcionamiento más racional, con base en los objetivos de las mismas, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, facultó al Presidente de la República a determinar agrupamientos de las mismas, por sectores definidos, a efecto de que sus relaciones con el Ejecutivo Federal, se realicen a través de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que sea designado, en cada caso, como coordinador del sector correspondiente.

Al efecto se han publicado en los Diarios Oficiales de 17 de enero de 1977 (fe de erratas publicadas el 31 de marzo de 1977); 12 de mayo de 1977; 10 de abril de 1978 y 27 de febrero de 1979 (fe de erratas publi-

cada el 5 de marzo de 1979) varios Decretos Presidenciales que agrupan a las diversas entidades paraestatales dentro de la coordinación de alguna Secretaría o Departamento Administrativo.

De dichos ordenamientos, debemos destacar que la Secretaría que más entidades tiene agrupadas bajo su sector es la de Patrimonio y Fomento Industrial y por el contrario, la Secretaría de Marina carece de entidades a las cuales coordine. Esto obedece al objeto social de las entidades agrupadas, en relación con las atribuciones de su coordinador de sector, explicándose la situación particular de la Secretaría de Marina por el hecho de que las atribuciones relativas a la marina mercante, actividad que es desarrollada también por algunas empresas paraestatales, le fue transferida por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (artículo 36, fracciones XIV, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII y XXIII) las que conforme a la anterior Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 23 de diciembre de 1958 correspondía a la Secretaría de Marina (Artículo 5.).

Según el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, corresponde a la Secretaría de Estado o Departamento administrativo encargado de la coordinación de los sectores de entidades paraestatales, planear, coordinar y evaluar la operación de las mismas, El Decreto de agrupación sectorial publicado el 17 de enero de 1977 establece las atribuciones específicas de los coordinadores de sector en los términos que en síntesis se exponen a continuación:

El coordinador del sector tiene la facultad de planear, coordinar y evaluar, la operación de las entidades agrupadas. Respecto al gasto (egresos) de dichas entidades, el Coordinador debe orientar y coordinar su planeación, programación, presupuestación, control y evaluación, lo que va acorde con lo establecido por el artículo 6o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y para ello, el Coordinador deberá presentar ante la Secretaría de Programación y Presupuesto, los proyectos de presupuesto de egresos de las entidades coordinadas.

En relación al financiamiento de las entidades agrupadas, el Coordinador debe presentar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, aprobados previamente por la de Programación y Presupuesto, los proyectos y programas de actividades, de las entidades que requieran de financiamientos para realizarlas.

Por otro lado, al Coordinador del sector le corresponde las siguientes atribuciones de vigilancia sobre las entidades agrupadas:

- a) Vigilar la utilización de los recursos provenientes de financiamiento.
- b) Vigilar el cumplimiento de los presupuestos y programas de operación.
- c) Revisar las instalaciones y los servicios auxiliares.
- ch) Revisar los sistemas y procedimientos de trabajo y producción.

El Coordinador del sector, está facultado para someter al Ejecutivo

Federal, las medidas administrativas requeridas, para instrumentar la coordinación del sector.

Además, el Coordinador del sector debe opinar, ante la Secretaría de Programación y Presupuesto, la que someterá a la consideración del Ejecutivo, las medidas tendientes a la modificación de la estructura y bases de organización de las entidades; así como la iniciativa para fusionar o disolver alguna de ellas.

Según el Acuerdo publicado en el Diario Oficial el 24 de abril de 1979, la Secretaría de Programación y Presupuesto deberá contar también con la opinión previa de la Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República.

En la Ley para el Control (artículos 13 y 14) se encomendaban esas atribuciones a la Secretaría del Patrimonio Nacional, la que debería oír el parecer de las Dependencias del Ejecutivo cuyas funciones tuviesen que ver con los fines u objetos del organismo o empresa que se tratase de fusionar, disolver o modificar. Tal parece desprenderse de esta ley un principio de agrupación sectorial.

Tratándose de empresas de participación estatal minoritaria, el Coordinador del sector deberá designar al comisario que vigilará la participación estatal, en los términos del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Es en la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, como su nombre lo indica, en donde se encuentra el mayor número de mecanismos de fiscalización, que ejerce la administración centralizada sobre la descentralizada.

El ordenamiento legal de referencia, fue expedido el 29 de diciembre de 1970, y abrogó a la anterior Ley de la materia, de 27 de diciembre de 1965. Es anterior a la promulgación de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por ello, las referencias que hace a las Secretarías de Patrimonio Nacional y de la Presidencia, deben entenderse hechas a las Dependencias que conforme a este último ordenamiento, tienen las atribuciones de control y vigilancia, según sea el caso y además interpretarla a la luz de la existencia de Dependencias que tienen el carácter de coordinadoras de sector, ante las cuales los organismos y empresas deben agotar algunos trámites previos, según se vio anteriormente.

Es conveniente también dejar señalado, que las facultades que podemos considerar como "genéricas" o "generales" de control y vigilancia que conforme a la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 23 de diciembre de 1958, correspondían a la entonces existente Secretaría de Patrimonio Nacional (artículo 7o., fracción XII) fueron otorgadas por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal a la Secretaría de Programación y Presupuesto, de nueva creación, conforme a lo dispuesto por el artículo 32, fracción XII.

Por ello, ésta Dependencia, salvo los casos específicos en que alguna otra controle o vigile para ciertos efectos a las entidades paraestatales y excepción hecha de las atribuciones expresas otorgadas a los Coordinadores de sector, es la legalmente facultada para realizar esa fiscalización "general". Los medios mecanismos de control y vigilancia, que se traducen en facultades de la autoridad y deberes de quienes tienen a su cargo la administración de las entidades paraestatales, contenidos en la Ley para el Control, podemos esquematizarlos, para el caso de los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal mayoritaria, de la siguiente manera:

PRIMERO. La Ley excluye a las instituciones nacionales de crédito, de seguros y de fianzas, así como a las organizaciones auxiliares nacionales de crédito y a las instituciones docentes y culturales, cuyo sistema de control es específico y previsto en otras disposiciones legales.

SEGUNDO. La Ley para el Control faculta a la Secretaría de Programación y Presupuesto, a realizar una auditoría permanente y una inspección técnica, sobre las entidades sometidas al control, para obtener información relativa a la operación administrativa y al funcionamiento económico, la correcta operación y el grado de cumplimiento de las disposiciones presupuestales aprobadas para efectos de inversiones; asimismo para poder revisar los sistemas de contabilidad, control y auditoría internas, los estados financieros mensuales y anuales dictaminados por los auditores externos, las instalaciones y servicios auxiliares y los sistemas y procedimientos de trabajo.

Es necesario que estas atribuciones se conjuguen con las correspondientes a los coordinadores de sector, puesto que algunas de ellas, como ya se vio antes corresponden también a éstos últimos, y no podemos considerar que la Ley para el Control ha quedado derogada en este aspecto a efecto de privar a la Secretaría de Programación y Presupuesto de tales facultades, en virtud de que un Decreto Presidencial no puede modificar a una Ley del Congreso de la Unión.

Por otro lado, la Secretaría de Programación y Presupuesto puede designar o remover libremente al auditor externo de cada entidad, el que debe ser un Contador Público independiente de la misma; al personal técnico necesario para llevar a cabo las funciones de vigilancia, asesoría e inspección técnica y a un representante, con voz pero sin voto, que deberá asistir a las sesiones de los consejos de administración, juntas directivas u órgano equivalente, y a las asambleas de socios, siempre que la Secretaría no tenga ya representante permanente en tales órganos.

Las entidades controladas, a su vez, tienen obligación de inscribirse en el Registro de la Administración Pública Paraestatal dentro de los 30 días contados a partir de la fecha en que adquieran tal carácter; de presentar a la Secretaría de Programación y Presupuesto anualmente, sus presupuestos y programas de operación, estados financieros mensuales y

anuales; de dar a la Secretaría de Programación y Presupuesto las más amplias facultades de investigación y verificación, de organizar sus sistemas de control y auditoría interna conforme lo señala la mencionada Secretaría y de publicar en el Diario Oficial de la Federación, dentro de los cuatro meses de concluido su ejercicio social, con la autorización previa de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y Programación y Presupuesto sus estados financieros.

En caso de requerir créditos para efectuar inversiones, las entidades controladas deberán obtener previamente la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como para suscribir los Títulos de Crédito y otros documentos en donde consten las obligaciones a cargo de las entidades, situación que va acorde con los lineamientos y prescripciones establecidas por la Ley General de Deuda Pública.

Es importante destacar que conforme a este último ordenamiento, se exige a las entidades del Sector Público Federal, autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para efectuar negociaciones oficiales, gestiones informales o exploratorias para acudir al mercado externo de dinero o capitales.

Respecto a la concentración de créditos, la mencionada dependencia tiene facultades para cuidar que los recursos obtenidos vía financiamiento, estén destinados a la finalidad original y sobre todo que puedan ser pagados con los recursos que generen las inversiones efectuadas.

Asimismo dicha dependencia debe autorizar aquellas operaciones en que se otorgue la garantía del Gobierno Federal y vigilar la capacidad de pago de la entidades.

Según la Ley para el Control, las entidades comprendidas dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación deberán concentrar sus fondos en la Tesorería de la Federación.

**TERCERO.** Respecto a la enajenación de los activos de las entidades paraestatales, la Ley para el Control parte de la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, ya que según su naturaleza será el mecanismo de control aplicable.

Respecto a los bienes muebles comprendidos dentro del activo fijo de una entidad paraestatal, su enajenación requerirá de autorización previa de la Secretaría de Comercio, atento a lo dispuesto por el Artículo 18 de la Ley que nos ocupa en relación con el Artículo 34, fracción XIX de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Tratándose de los inmuebles, cuando su enajenación no constituya el objeto de la entidad, la misma deberá ser autorizada previamente por Acuerdo del Presidente de la República, refrendado en la actualidad por los Secretarios de Programación y Presupuesto y de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.

La Ley para el Control parte de la hipótesis de que la enajenación a título oneroso deberá ser hecha en subasta pública, sin embargo, el Pre-

sidente está facultado para eximir de tal requisito a las entidades y facultarlas a transmitir el bien a una determinada persona.

Tanto en la enajenación como en la adquisición de inmuebles por parte de las entidades paraestatales, deberá tomarse como base, el valor que señale la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales.

En materia de propiedad inmobiliaria, existe una gran diferencia entre los Organismos Descentralizados y el resto de las entidades de la Administración Pública Paraestatal, ya que la Ley General de Bienes Nacionales (Artículo 23, Fracción VII) considera como destinados a un servicio público y en consecuencia pertenecientes al dominio público de la federación, los inmuebles de los organismos públicos de carácter federal, por lo que su enajenación, si es a particulares o a otras entidades paraestatales, requerirá previamente del Acuerdo Presidencial de desincorporación del dominio público.

En consecuencia, para ser gravados se requerirá previamente la autorización del Ejecutivo Federal dictada por conducto de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, y sólo así, los acreedores podrán ejercitar cuando proceda, todas las acciones que les correspondan conforme al derecho común.

Además, las operaciones de enajenación de dichos inmuebles, deberán protocolizarse por los notarios públicos especiales, designados por la mencionada Secretaría.

Las entidades paraestatales tienen también, de conformidad con la Ley para el Control, la obligación de registrar los contratos de arrendamiento que celebren sobre bienes inmuebles, los que deberán basarse en los dictámenes de la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales.

**CUARTO.** Asimismo, están obligados a mantener actualizados sus inventarios y para poder cancelar por incobrables los adeudos a cargo de terceros, requieren de la autorización de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Programación y Presupuesto.

En relación a la situación presupuestal de las entidades, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, establece una serie de normas relativas al gasto y a la contabilidad del sector paraestatal.

Es interesante asentar también que en el Presupuesto de Egresos para 1979, aparecieron 27 entidades paraestatales como sometidas al control presupuestal directo y la Cámara de Diputados autorizó un gasto para las mismas que asciende a la cifra global de 552.5 miles de millones de pesos en comparación a los 571.7 miles de millones de pesos que autorizó al Gobierno Federal, lo que nos comprueba la afirmación contenida en la parte introductoria del presente estudio.

Igualmente en el Decreto de Presupuesto de Egresos se establece que las entidades paraestatales no podrán otorgar donativos, ni proporcionar ayuda de ninguna especie, sin la autorización previa de su Coordinador del Sector y de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

QUINTO. La contratación y realización de obras civiles de las entidades paraestatales, se encuentra sometida al control y vigilancia de la Administración Central, en los términos de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, su Reglamento y las Bases y Normas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas, expedidas por los Secretarios de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional y publicadas en el Diario Oficial de 26 de enero de 1970.

La Ley que nos ocupa, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 134 de nuestro supremo ordenamiento, que determina que todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatorias, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.

La Ley se aplica a las Secretarías y Departamentos de Estado y dentro del sector paraestatal, a los organismos descentralizados y a las empresas de participación estatal, pero excluye expresamente a los fideicomisos constituidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como fideicomitente único del Gobierno Federal; a las instituciones nacionales de crédito; a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, a las instituciones nacionales de seguros y de fianzas, así como a las empresas que tengan suscrita la mayoría de su capital por las mencionadas instituciones nacionales, directamente o bien a través de otras empresas que tengan la mayoría de su capital suscrito por dichas instituciones, salvo que estén comprendidas expresamente en el Presupuesto de Egresos de la Federación, en cuyo caso, las disposiciones de control sí les serán aplicables.

En términos muy generales, el control establecido por la Ley consiste en el deber que tienen las dependencias y entidades sometidas, de contratar sus proyectos de obra y la ejecución de las mismas, sólo con aquellos contratistas registrados en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal, por otro lado, las obras deben adjudicarse mediante concurso, al mejor postor; celebrarse los contratos sobre la base de precios unitarios y los proyectos y obras sólo serán pagadas si existe una partida presupuestal aprobada, que comprenda la inversión o el gasto.

Quedan excluidas del control las obras de mantenimiento y reparación; de reparación de equipos e instalaciones; las de construcción, cuando su importe no exceda de cien mil pesos y las obras imprevistas debidas a emergencias.

La Ley establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de obra celebrados con violación a sus disposiciones.

Recientemente la Ley fue adicionada con un precepto, que faculta al Ejecutivo Federal a que mediante disposiciones de carácter general, exima a las entidades de algunos requisitos y modalidades previos a la contratación de obras, reservándose los medios de control que juzgue pertinente.

Esto seguramente se debió a la necesidad de agilizar los trámites que deben realizar las entidades para la contratación de obras, con miras a una mayor rapidez y eficiencia y sobre todo, para disminuir en alguna medida el "burocratismo" existente en dicho campo, que además no siempre resulta ser un adecuado procedimiento de vigilancia.

Aún cuando la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas faculta a la Secretaría del Patrimonio Nacional, a realizar los controles que la misma establece, dichas atribuciones pasaron, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículo 32, fracción XVI) a la Secretaría de Programación y Presupuesto.

SEXTO. Las adquisiciones de las entidades paraestatales de mercancías, bienes muebles y materias primas, se encuentran reguladas por la Ley de Inspección de Adquisiciones.

El principio general del mecanismo de control establecido por esta Ley, está contenido en los artículos 6 y 7 de la misma, que señala en términos generales, que las adquisiciones mediante contrato o pedido (el pedido aceptado se convierte en contrato) no podrá realizarse sin la previa revisión, intervención y registro por parte de la Secretaría de Comercio; además, los funcionarios de las entidades deben formular los contratos o pedidos de adquisiciones en los términos y con los datos que señale el Reglamento de la Ley (que aún no ha sido expedido) y enviarán la documentación a la Secretaría, para su revisión, intervención y registro.

No obstante, el artículo 10 faculta a la Secretaría de Comercio, cuando considere que el cumplimiento de la previa intervención, revisión y registro pueda afectar sustancialmente las operaciones de alguna entidad, a eximirla de dichos requisitos y optar por la inspección posterior de los pedidos o contratos.

A pesar de la pésima redacción y mala sistematización de los preceptos de esta Ley, parece desprenderse la posibilidad de que en algunos casos, las entidades no tengan la obligación de registro previo de pedidos y contratos, en los términos del artículo 8 en relación con el artículo 9.

En efecto, el primero de los preceptos citados establece que cuando la Secretaría de Comercio considere que las negociaciones efectuadas por una entidad son suficientes para establecer precios y calidades, los pedidos o contratos que se realicen se considerarán plenamente autorizados, si se ajustan a los siguientes procedimientos:

- a) Compras consolidadas en las que intervengan dos o más entidades.
- b) Contratos de suministro por períodos fijos.
- c) Concursos.
- ch) Pedidos negociados previa investigación de fuentes de suministro y selección de proveedores, situación que va acorde con la facultad que a la Secretaría de Comercio le otorga el artículo 5 fracción VIII para definir, de acuerdo con las entidades, procedimientos especiales para recabar

cotizaciones y seleccionar fuentes de abastecimiento, en los casos de bienes de inversión que señale el Reglamento.

Si las adquisiciones se realizan en los términos antes mencionados, corresponderá a la Secretaría de Comercio vigilar el cumplimiento de las condiciones pactadas y asimismo, verificar que se cumpla con el requisito de autorización previa del Instituto Mexicano de Comercio Exterior, si se trata de importaciones.

A su vez, el artículo 9 señala en su primera parte que si las adquisiciones no se ajustan a los sistemas mencionados en el artículo anterior, las entidades no podrán formalizar contratos o pedidos sin cumplir con el artículo 7 (previa intervención, revisión y registro por parte de la Secretaría de Comercio del pedido o contrato).

De todas formas, tal parece que la Secretaría de Comercio debe autorizar previamente las adquisiciones, al menos eso se desprende de la Ley, ya que debe considerar que las negociaciones efectuadas son suficientes para establecer precios y calidades lo que implica una intervención previa.

Al igual que en materia de obras civiles, la Ley de Inspección de Adquisiciones fue adicionada con una norma que faculta al Ejecutivo Federal, a que mediante disposiciones generales exima a las entidades, de los requisitos previos señalados en algunos preceptos de la Ley.

Creemos que la idea del legislador es la misma que en el caso de las obras civiles y además, en materia de adquisiciones se justifica todavía más el levantar trabas inútiles, cambiando los sistemas de control por otros menos burocráticos, pero más eficaces ya que normalmente es más urgente contar con la materia prima para producir, que realizar una construcción.

Cabe destacar, que por un lado la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas excluye de su control a los fideicomisos, a las instituciones nacionales de crédito, de seguros y de fianzas y a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, así como a las empresas de participación estatal en las cuales participen dichas entidades, no así la Ley de Inspección de Adquisiciones, que sí las comprende dentro de su control, situación que no se explica por sí misma, y sí demuestra la falta de sistematización y coordinación existente en las políticas aplicables al control del sector paraestatal.

### c) *Modificación, fusión y liquidación*

Los artículos 13 y 14 de la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y las Empresas de Participación Estatal, señalan que la Secretaría del Patrimonio Nacional, ahora debemos entender por el cambio de atribuciones que se refiere a la Se-

cretaría de Programación y Presupuesto, someterá a la consideración del Ejecutivo Federal, la iniciativa para disolver y liquidar aquellas entidades 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.

El acuerdo de agrupación sectorial publicado en el Diario Oficial de 17 de enero de 1979, y el publicado el 24 de abril de 1979, dan intervención previa en los casos de modificación, fusión o disolución de una entidad, al Coordinador del Sector dentro del cual se encuentre agrupada la entidad de que se trate y a la Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República.

Sin embargo, el artículo 13 de la Ley para el Control, señala que en los casos de modificación de la estructura y bases de organización y operación de las entidades, se debe oír el parecer de las dependencias del Ejecutivo cuyas funciones tengan relación con el objeto o fines de la entidad de que se trate, y bien puede suceder que las dependencias relacionadas sean más de una, es decir además del Coordinador del Sector, alguna otra dependencia estimándose que debe prevalecer el texto, legal, si bien completado por las disposiciones de los Acuerdos Presidenciales mencionados.

Hasta aquí hemos analizado algunos de los mecanismos de control y vigilancia más importantes que la Administración Pública Centralizada puede ejercer sobre las entidades de la Administración Paraestatal. No podemos dejar de expresar que además de las leyes y ordenamientos citados, existen infinidad de disposiciones administrativas que también contienen medios de control.

Dichas disposiciones se encuentran dispersas en nuestro sistema jurídico administrativo, la mayoría de ellas carecen de una ordenación sistemática que las conjugue con otras normas jurídicas y también, muchas de ellas, sin estar formalmente derogadas o abrogadas, han perdido por prácticas en contrario o por haberse superado las circunstancias que les dieron origen, su aplicación efectiva.

### V. *Conclusiones*

Además de algunas conclusiones expuestas en los temas concretos que se han desarrollado en el texto del presente estudio, considero procedente señalar algunas de tipo general. Como se afirmó en el principio de este estudio, es evidente la necesidad de una revisión y reforma administrativas, de los medios de control y vigilancia que el Estado ejerce sobre las entidades paraestatales.

La revisión de los sistemas actuales se ha convertido en una imperiosa necesidad, a fin de adecuarlos a las nuevas políticas contenidas en las

Ordenaciones Jurídicas que se han expedido con posterioridad a la existencia de las Leyes que reglamentaban medios de control.

Consideramos que la reforma no debe limitarse en manera alguna, a un simple cambio de nombres de las nuevas dependencias, ni a organizar los mecanismos existentes, con base en la agrupación sectorial.

La verdadera reforma es necesaria en la naturaleza y los medios de los sistemas de control y vigilancia. Es decir, se requiere una evaluación objetiva de los mismos, para determinar si han cumplido su función y analizar la posibilidad de implantar controles a base de resultados, es decir a posteriori y no a priori, ya que de alguna manera u otra, los sistemas preventivos originan un retraso o entorpecimiento de las funciones de la entidad y en ocasiones, ante la inminencia de los problemas y necesidades por resolver, se incumple con las disposiciones legales que establecen los controles.

Deberá también reflexionarse sobre la posibilidad de unificar y sistematizar en un solo cuerpo legislativo, la definición única de las diversas entidades que componen el sector paraestatal y el establecimiento de los medios de control a que deban quedar sometidas.

## EL PROCESO AGRARIO MEXICANO

ABRAHAM CASTELLANOS

El derecho agrario ha recorrido un largo camino sin rumbo fijo y sin una estructura definida.

Los conquistadores repartieron las tierras entre ellos y los financiadores de la empresa "en remuneración de servicios, las que debían confirmarse por cédula real".<sup>1</sup>

Posteriormente, el Estado dueño por definición de todo lo conquistado y creyendo necesario desarrollar la agricultura para el sustento de los vencedores, siguió repartiendo tierras sin más requisitos que dejar a los pueblos indígenas los ejidos indispensables conforme a las leyes de Castilla.

Desde entonces se instituyeron los siguientes títulos para acreditar el derecho de propiedad, a saber:

1. "Por gracia y merced en remuneración de servicios prestados al rey, esta clase de concesiones dábanla los virreyes, pero necesitaban la confirmación del monarca".

2. "Las cédulas ordinarias que el rey daba desde España para favorecer a alguno de sus servidores o protegidos que pasaba a la colonia o que permaneciendo en la corte deseaba tener propiedades en las Indias".

"Estos títulos se daban al agraciado, unas veces para sólo una vida, es decir, para que la gozase durante el tiempo de su vida; otras, por dos o tres vidas, entendiéndose por esto la de sus herederos hasta la segunda o tercera generación, y otras a perpetuidad".<sup>2</sup>

3. El documento que acreditaba la venta de caballerías, peonías, solares o tierras baldías, o REALENGOS, que aparecían sin dueño, por no haberse adjudicado a nadie en virtud de los otros dos títulos.

Estas adquisiciones debían hacerse en favor del mejor postor en pública almoneda y necesitaban también la confirmación del monarca.

Lo defectuoso de los instrumentos de medición y el carácter señorial y aristocratizante que tenía la propiedad, trajo como consecuencia la apropiación indebida de propiedades de los indígenas, por parte de una minoría latifundista.

<sup>1</sup> Antonio de León Pinela, 1630, tratado de las confirmaciones de encomiendas, oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales, citado por Francisco de Solano en su ensayo intitulado "El Régimen y la Significación de la Composición de 1591".

<sup>2</sup> Vicente Riva Palacio, México a través de los siglos, pág. 671.

Los abusos cometidos en la repartición de las tierras, el aumento extraordinario y perjudicial de las propiedades rústicas y los despojos que sufrían los indios, atrajo la atención de los monarcas, quienes expidieron disposiciones ordenando que las ventas no se hiciesen sino a pedimento del Fiscal y sobre todo sin despojar a los indios.

Estas medidas constituían meros postulados que expresaban los buenos deseos de la corona pero sin aplicación alguna.

En este sentido, el virrey en 1616 manifestó a la corte que tales disposiciones presentaban inconvenientes para su cumplimiento.

La corona reiteró las prevenciones y dispuso que las ventas fuesen en pública almoneda y que los compradores quedarían obligados a obtener en el término de diez años la confirmación real del título; con el objeto de que el Consejo de Indias, ejerciese en las ventas de tierras una inspección para impedir abusos.<sup>3</sup>

A finales del siglo XVI, el Estado español, cayó en una profunda depresión económica, lo que obligó a la corona a buscar mayores recursos pecuniarios. Ello propició que se dispusiera que toda la tierra que se encontrase ocupada sin justos y verdaderos títulos, revertiría al Estado y las autoridades provinciales procederían a una redistribución.<sup>4</sup>

Esa tierra podía ser nuevamente repartida o bien continuar en manos de los detentadores a cambio del pago al Estado de una cantidad de dinero. En este caso, se hacía la confirmación de la posesión en favor del detentador.

Lo anterior suscitó en las Indias una obsesión por los títulos de propiedad.

Con esa gigantesca operación de revisión de títulos de propiedad lo único que se consiguió fue legalizar las posesiones usurpadas a los indígenas.

Los títulos expedidos por los Oidores de la Real Audiencia, se declaraban inválidos y no bastantes para acreditar el derecho de propiedad, sin embargo podían confirmarse mediante una módica cantidad de dinero.

En la misma forma se procedió con los títulos otorgados por los Cabildos tal como se ordenaba en 1558 y 1586.

La propiedad irregularmente dividida en el siglo XVI continuó en el siglo XVII en mayor grado.

La concepción del campo desde el punto de vista económico exclusivamente, permitió legalizar apropiaciones indebidas y la venta de realengos en favor de ricos propietarios, comerciantes y mineros, ya que tenían mejor opción para adquirir las tierras más fértiles, marginando a las demás clases sociales.

La adquisición de enormes extensiones de terreno por una sola persona

<sup>3</sup> Antonio de León, *Títulos y Confirmaciones de Tierras*, parte II, Cap. XXII.

<sup>4</sup> Real cédula del 10. de noviembre de 1951.

fue muy perjudicial para la producción, "porque mucha parte del terreno cultivable y fértil quedó abandonado, supuesto que ni el interés del propietario, ni sus recursos, ni los brazos con que podía contar para el trabajo permitían que se aprovechara para la siembra, la gran extensión de terreno que poseía cada uno de aquellos opulentos propietarios era en su mayor parte pérdida para la agricultura".<sup>5</sup>

Cabe destacar, que esta situación prevaleció durante todo el tiempo de la colonia.

Poco después de la iniciación de la independencia del país se expidieron varios ordenamientos legales que tenían por objeto colonizar al país, los cuales tuvieron resultados muy pobres. No se trató de transformar la situación heredada de la colonia.

En el año de 1856 se expidió la Ley de Desamortización, concebida y redactada con un fin exclusivamente económico, es decir, movilizar económicamente la propiedad raíz, sacándola de manos muertas. Esta legislación cayó en el mismo defecto que la colonial, pues, tuvo como efecto el aumento de las grandes propiedades.

Se intensificó la política agraria de colonización en el año de 1881 con la formación de las compañías deslindadoras.<sup>6</sup>

Estas compañías con su voracidad midieron y deslindaron terrenos pertenecientes a los ejidos, para la formación de colonias.

Los ejidos que fueron despojados no estaban en condiciones de defender sus propiedades porque la Constitución de 1857 y toda la legislación agraria vigente no les reconocía personalidad. Por tanto no existía titular de los derechos de propiedad conforme a esa legislación.

La política agraria de colonización fracasó porque los colonos en su mayoría extranjeros no se integraron al medio ambiente.

*CONCLUSION.* Desde la colonia y durante todo el siglo XIX no existió seguridad jurídica en el campo, por la falta de una política adecuada y una legislación que definiera con meridiana claridad el derecho de propiedad en sus diferentes manifestaciones e instituyera recursos legales para su defensa.

### *La revolución*

La Constitución de 1917, expresión de la soberanía del pueblo mexicano, pretendió corregir de un tajo la situación heredada de siglos atrás. En ella impera toda una concepción social de la situación del campo, aunque parcial; fundamentalmente se plantea la solución desde el punto

<sup>5</sup> Vicente Riva Palacio, *Op. cit.*, pág. 671 y sigs.

<sup>6</sup> Molina Enríquez, "Los grandes problemas nacionales" México 1900, pág. 53.

de vista de la distribución de la propiedad, es decir, del reparto de los latifundios.

El desacierto mayor de esa tendencia agrarista fue el no haber establecido los mecanismos adecuados para su organización y funcionamiento.

Durante la colonia y el siglo XIX se hizo necesario repartir los latifundios, precisamente porque grandes extensiones se mantenían improductivas con perjuicio de la sociedad. Detrás de todo estaba la producción de alimentos. Era y es de interés público la producción, de alimentos. El aumento de la producción en el campo, significa también un aumento en los empleos, necesarios para la mayor parte de la población mexicana.

Ahora bien, el reparto por sí mismo no solucionó la necesidad de aumentar los alimentos, en la inteligencia de que la tierra se entregaba a personas sin arraigo campesino y sin dedicación personal al cultivo de la tierra, como ocupación habitual.

El reparto tiene como base la expropiación del excedente de la pequeña propiedad. De aquí que el proceso agrario sea de derecho público con características muy especiales, que analizaremos líneas adelante.

### *El proceso*

En todo proceso, para su existencia, deben darse elementos esenciales, estructurales y constitutivos, nos señala el Lic. Miguel Angel Hernández Romo.<sup>7</sup>

Si no se dan los presupuestos procesales no hay proceso. Así, si no hay juzgador, actor, demandado o controversia no hay proceso, porque así lo exige su naturaleza, para su propia integración, independientemente de la voluntad del legislador.

Siguiendo al maestro Miguel Angel Hernández Romo entendemos por proceso la secuencia de conductas a través de las cuales se realiza la jurisdicción, es decir, un instrumento para administrar justicia y que implica una serie de actos que las partes y el órgano jurisdiccional entretejen, observando ciertas formalidades que garantizan el respeto a las garantías individuales.

Veamos si el proceso agrario tiene los elementos esenciales, estructurales y constructivos, necesarios para considerarlo como un verdadero proceso.

### *El proceso agrario*

La temática del proceso agrario la circunscribiremos al de dotación y ampliación de ejidos, en la inteligencia de que es una de las acciones fun-

<sup>7</sup> Lic. Miguel Angel Hernández Romo, *Derecho Natural y Proceso*, pág. 3, *Revista Procesal*. Año 2, sección 3.

damentales del reparto agrario, y por tratarse del procedimiento mejor estructurado.

La acción de dotación de tierras para la formación de ejidos tiene por objeto hacer posible la redistribución de la propiedad rural, así la exposición de Motivos de la Ley del 6 de enero de 1915 nos dice que: "No se trata de revivir las antiguas comunidades, ni crear otras semejantes, sino solamente de dar esas tierras a la población rural miserable que hoy carece de ella para que pueda desarrollar plenamente su derecho a la vida y librarse de la servidumbre económica a que está reducida."<sup>8</sup>

La demanda o solicitud de dotación de tierras no requiere requisitos especiales, ni siquiera precisar los terrenos solicitados y los propietarios presuntos afectados; sino únicamente expresar por escrito en forma genérica el deseo de que se les dote de las tierras necesarias para su subsistencia.

Esta demanda o solicitud debe presentarse ante el gobernador del estado correspondiente.

Si es omisa en señalar explícitamente la acción que se ejercita, la Ley Federal de Reforma Agraria suple la deficiencia de la demanda señalando que el expediente se tramitará por la vía de dotación (art 272; en adelante todos los artículos citados son de la Ley Federal de Reforma Agraria vigente).

Esta demanda deberá publicarse en el periódico oficial de la entidad, surtiendo efectos de notificación a todos los propietarios cuyas propiedades se encuentran ubicadas dentro de un radio de 7 kilómetros a partir del núcleo de población gestor (arts. 272 y 203).

No obstante lo anterior debe notificarse personalmente a los propietarios mediante oficio que les dirijan a los cascos de las fincas, que se ha instaurado una demanda de tierras en su contra (art 275 in fine).

Esta forma de notificación es muy defectuosa, sobre todo porque no se tomó en cuenta que muchos propietarios no tienen su casa habitación en los terrenos.

Esta disposición era aplicable en 1910 sólo a los hacendados, que efectivamente tenían fincas que constituían el centro administrativo y habitacional de la hacienda.

La Comisión Agraria Mixta local o el Gobernador notificarán de la iniciación del procedimiento de dotación al Registro Público para que proceda a hacer las anotaciones marginales preventivas respecto de los bienes sobre los que existían solicitudes agrarias (arts. 275 y 449).

Esta anotación marginal sólo tiene aplicación sobre propiedades que exceden a la pequeña propiedad, a fin de que los futuros adquirentes tengan conocimiento que cualquier división y fraccionamiento posterior a la publicación de la solicitud agraria es nula. (art. 210 frac. I).

<sup>8</sup> M. Fabela, *Cinco Siglos de Legislación Agraria en México*, Edición del Banco Nacional de Crédito Agrario, México, 1941, pág. 272.

Consecuentemente estas propiedades se siguen considerando jurídicamente como una unidad.

Sin embargo, la anotación marginal sobre pequeñas propiedades causa enormes perjuicios a sus titulares, cuando pretenden transmitir sus derechos, pues los adquirentes al conocer esa anotación marginal se rehusan a contratar respecto de propiedades sujeto a acciones agrarias.

¿Quiénes pueden solicitar tierras? Los núcleos de población que carezcan de tierras o no las tengan en cantidad suficiente para sus necesidades.

¿Qué debe entenderse por núcleos de población? Un conglomerado humano de 20, 100, 200 o más habitantes?

Son conceptos imprecisos que utiliza la Ley Agraria; tomando en consideración, a contrario sensu, lo dispuesto por el artículo 196, fracciones II y III podemos afirmar que tiene derecho para solicitar tierras las poblaciones que tengan más de 20 individuos con capacidad agraria según censo agrario y que no excedan de 10,000 habitantes, ni sean capitales de la República y de los Estados, ni sean puertos de mar dedicados al tráfico de altura y los fronterizos con fines de comunicaciones internacionales.

#### *Periodo probatorio*

El núcleo de población solicitante no tiene la carga de la prueba, pues, ésta recae en el Estado, pero puede coadyuvar con el mismo aportando todos los elementos probatorios admisibles.

Para el propietario, por el contrario, la carga de la prueba es plena. Con una particularidad especial que no prueba sus excepciones hechas valer en la contestación de la demanda, porque no existe, sino que debe probar en forma genérica que su propiedad se encuentra dentro de los límites de la pequeña propiedad.

**CENSO AGRARIO Y RECUENTO PECUARIO.** Esta diligencia tiene por objeto investigar la capacidad colectiva del poblado es decir que tenga por lo menos 20 individuos con capacidad agraria, en términos de lo dispuesto por los artículos 200, 201 y 202 de la Ley Agraria, y su situación económica. Para la procedencia de la ampliación se requieren sólo 10 individuos con capacidad agraria.

**TRABAJOS TÉCNICO-INFORMATIVOS.** Consistentes en la planificación de tierras ubicadas dentro del radio de 7 kilómetros, delineando la zona ocupada por el núcleo de población, las propiedades inafectables, ejidos definitivos o provisionales y las tierras afectables. Asimismo informe por escrito sobre ubicación y situación del núcleo peticionario; sobre extensión y calidad de las tierras planificadas; cultivos principales y los datos relativos a las condiciones agrológicas, climatológicas y económicas de la localidad. Además de los datos catastrales y registrales de dichas tierras (art. 286).

Para la ampliación deben realizarse los mismos trabajos pero además el informe debe incluir no sólo al ejido sino a todos los de la zona, para acreditar que no existen parcelas vacantes.

Los trabajos anteriores tienen naturaleza mixta; en el aspecto técnico, constituyen una prueba pericial, y en el informativo, principalmente, una inspección.

Dada la trascendencia que tienen ambas pruebas en el resultado del proceso, es censurable que la ley no le de oportunidad al propietario de complementar la pericial, si se le cita para el desahogo de dicha prueba.

Tampoco se le da oportunidad de impugnar la posible irregularidad de la inspección, cuando los datos del informe no se apeguen a la realidad, dejándolo en un estado de total indefensión.

La Ley Agraria es omisa en establecer cuáles pruebas puede ofrecer el propietario. Estimamos que debe seguirse el criterio sustentado por el Código Federal de Procedimientos Civiles en el sentido de que son admisibles todos los medios de prueba siempre que no estén expresamente prohibidos o vayan en contra de las buenas costumbres.

Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado tesis jurisprudenciales en los términos siguientes:

1334. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SUPLETORIEDAD DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. "El Código Federal de Procedimientos Civiles debe estimarse supletoriamente aplicable (salvo disposición expresa de la ley respectiva), a todos los procedimientos administrativos que se tramiten ante Autoridades Federales, teniendo como fundamento este aserto, el hecho de que si en derecho sustantivo el Código Civil, es el que contiene los principios generales que rigen en las diversas ramas del derecho; en materia procesal, dentro de cada jurisdicción, es el Código respectivo el que señala las normas que deben regir los procedimientos que se sigan ante las autoridades administrativas, salvo disposición expresa en contrario; consecuentemente, la aplicación del Código Federal de Procedimientos Civiles, por el sentenciador, en ausencia de alguna disposición de la ley del acto, no puede agraviar al sentenciado".<sup>9</sup>

La Ley Agraria no prevé plazo alguno para que el propietario presente pruebas pudiendo hacerlo hasta antes de la emisión de la resolución presidencial, por lo tanto no opera la preclusión (arts. 297 y 304).

Con las pruebas desahogadas, censo y trabajos técnico-informativos, así como las presentadas por los propietarios, la Comisión Agraria Mixta dictaminará sobre la procedencia de la dotación de tierras, dentro de un plazo de quince días, contados a partir de la fecha en que quede integrado el expediente (art. 291).

<sup>9</sup> 2a. Sala, Sexta Epoca, volumen CXVII, tercera parte, pág. 87; 2a. Sala, Sexta Epoca, volumen XLI, tercera parte, pág. 90.

El dictamen anterior, será sometido a la consideración del gobernador correspondiente y éste dictará su MANDAMIENTO, en un plazo que no excederá de quince días. Dicho dictamen no es obligatorio para el gobernador; quien puede aceptarlo en sus términos o modificarlo.

En caso de que no lo haya dictado en el plazo anterior, la ley presume *iuris et de iure* mandamiento negando la procedencia de la acción.

Si el mandamiento es positivo tendrá que ser ejecutado dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición del mandamiento.

La ejecución del mandamiento, se hará previa citación de los propietarios, a los colindantes y el poblado beneficiado, a través del Comité Particular Ejecutivo, se deslindarán los terrenos y se nombrará el Comisariado Ejidal que recibirá el título que acredite la posesión de las tierras y la posesión de éstas (arts. 298 y 299) se levantará acta circunstanciada de toda la diligencia.

Cuando los terrenos afectados sean agrícolas y las cosechas estén pendientes de levantar, se dará a los propietarios el plazo necesario para recogerlas, sin que alcance el siguiente ciclo agrícola del cultivo de que se trate; si los terrenos afectados son de agostadero se concederá un plazo máximo de 30 días.

Cabe señalar que por el burocratismo y la falta de personal competente en la Secretaría de la Reforma Agraria, las ejecuciones previsionales causan grandes perjuicios a los poblados beneficiados como a los propietarios, pues la segunda instancia no se resuelve por mucho tiempo, ya que existe un rezago agrario de más de 30 años.

En efecto, los poblados beneficiados no tienen la seguridad sobre la titularidad de los bienes dotados, y los propietarios que estimen que han sido afectados indebidamente no podrán acudir al amparo, en la inteligencia de que el mandamiento no es un acto definitivo, sino revisable por el Presidente de la República.

**DICTAMEN DEL CUERPO CONSULTIVO.** El delegado agrario estatal enviará el expediente al Cuerpo Consultivo Agrario para su revisión.

Si éste encuentra que no está debidamente integrado mandará de oficio desahogar las pruebas que a su juicio falten. Si lo encuentra ajustado al procedimiento emitirá su dictamen que deberá ser sometido al Pleno del citado Cuerpo Colegiado, y una vez aprobado, se formulará un proyecto de resolución que se elevará a la consideración del Presidente de la República.

**RESOLUCION PRESIDENCIAL.** Es el acto con el que culmina el procedimiento de dotación de tierras. Tiene el carácter de definitivo, en ningún caso podrá ser modificado por autoridad administrativa (art. 8º Fracs. I y II).

**EJECUCION.** No prevé la ley el término en que debe ser ejecutada la resolución presidencial.

La Dra. Martha Chávez, nos dice:

El principio de que (art. 8o.) "Las resoluciones presidenciales en ningún caso podrán ser modificadas, está estableciendo que las resoluciones presidenciales tienen autoridad de cosa juzgada desde el punto de vista formal y procesal..."

La resolución agraria no puede ser objeto de procesos futuros ni de un nuevo juicio y, en consecuencia, no pueden ser los hombres y las tierras juzgadas en el mismo".<sup>10</sup>

**FORMALIDAD DE LA RESOLUCION PRESIDENCIAL.** La formalidad de la resolución presidencial tiene gran trascendencia para la seguridad jurídica en el campo. En forma genérica debe contener resultados y considerandos en que se informen y funden (art. 305, fracción I), aspecto importante para los propietarios afectados. Pero presenta mayor trascendencia la fracción II del artículo 305 de la Ley Agraria que dispone que la resolución presidencial deberá contener los datos relativos a las propiedades inafectables que se hubieren identificado durante la tramitación y localizado en el plano informativo correspondiente.

El señalamiento de qué propiedades son inafectables, implica el reconocimiento de parte del Estado, de que efectivamente se trata de una pequeña propiedad.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis que sentó precedente y que a nuestro juicio es la más fiel interpretación de la Ley Agraria que aunque se refiere al Código de 1942, sin embargo la Ley mantiene las mismas disposiciones del Código anterior, por cuyo motivo la exponemos íntegramente:

2699. EJIDOS, RESOLUCIONES DOTATORIAS Y AMPLIATORIAS DE ALCANCE DEL CONCEPTO DE CERTIFICADO DE INAFECTABILIDAD, COMO DEFENSA DE LA PEQUEÑA PROPIEDAD INAFECTABLE. Si bien la pequeña propiedad, como institución, es invariablemente protegida por los textos constitucionales, no han sido igualmente invariables los medios para exigir ese respecto y protección que deriva de la Carta Magna, específicamente el juicio de amparo. En efecto, el texto de la fracción XIV del artículo 27 fue reformado por Decreto de 31 de diciembre de 1946 para agregarle el tercer párrafo, que, estableciendo una excepción a la regla general contenida en el primer párrafo en el sentido de vedar totalmente cualquier recurso ordinario e inclusive el juicio de amparo a los propietarios afectados con resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o aguas, hace posible ocurrir al amparo, contra la privación o afectación agraria ilegales de sus tierras o aguas, a "los dueños o poseedores de predios agrícolas o ganaderos en explotación a los que se haya expedido o en lo futuro se expida, certificado de inafectabilidad". Para fijar el alcance de la reforma que se acaba de citar,

<sup>10</sup> Dra. Martha Chávez, El Proceso Social Agrario y sus Procedimientos, pág. 110.

nada tan indicado como acudir a las fuentes directas de la misma, como son la iniciativa de la reforma, que emanó del Presidente de la República, y las participaciones de ambas Cámaras Federales en el proceso de la reforma. El legislador constituyente, al elaborar la reforma constitucional de que se trata, hizo referencia reiterada al certificado de inafectabilidad, como único medio idóneo de que tengan acceso al juicio de amparo los propietarios o poseedores de predios agrícolas o ganaderos en explotación, a quienes se llegara a expedir. Pero el órgano revisor no llevó a la Constitución el régimen legal de los certificados de inafectabilidad, ni tenía por qué llevarlo, ya que el concepto legal de los mismos, los requisitos para expedirlos, todo lo que mira, en suma, a la regulación de tales documentos es materia que no corresponde a la Ley Suprema, sino a los ordenamientos secundarios. Ahora bien, el Código Agrario que estaba en vigor al promulgarse la reforma de 1946, y que sigue estándolo hasta la fecha, es el expedido el 31 de diciembre de 1942. En ese Código se establece un sistema de defensa de la pequeña propiedad rural, que cuando el Código se expidió no podría tener aplicación sino en la esfera administrativa, puesto que en aquella época estaba proscrita toda defensa de dicha propiedad en la esfera judicial, concretamente la defensa del amparo. *Las defensas de la pequeña propiedad rural que instituye el Código Agrario son de varias clases y reciben diversos nombres, pero tienen de común que se basan, todas ellas, en que la suprema autoridad agraria, como es el Presidente de la República, es quien ha declarado que se trata de una pequeña propiedad inafectable.* La autenticidad de que lo es, le viene de que lo ha declarado así la suprema autoridad agraria, en el concepto de que sólo al titular de la misma le corresponde hacerlo. Dichas defensas instituidas por el Código Agrario se pueden clasificar en las siguientes categorías: 1º La establecen los artículos 105, 292 y 293 y se refieren a la localización del área inafectable dentro de una finca afectable, presuponen tales disposiciones que el propietario de un predio afectable, pero todavía no afectado, solicita la localización de la superficie inafectable, anticipándose a la afectación; si la localización se solicita oportunamente, tiene la importante consecuencia de que la futura afectación sólo podrá tener por objeto aquellos terrenos que no se hubieren incluido en la localización. El reconocimiento de dicha pequeña propiedad por parte del Presidente de la República recibe el nombre de declaratoria. 2º Se contiene en el artículo 294 del mencionado Código Agrario. Aquí el reconocimiento de inafectabilidad por parte del Presidente de la República recibe la denominación de certificado de inafectabilidad e incluye el doble objeto de proteger los predios que por su extensión son inafectables (es decir, la pequeña propiedad de origen) y aquellos otros que hubieren quedado reducidos a extensión inafectable, es decir, aquellos que de hecho y sin declaratoria presidencial hubieren quedado reducidos a esa extensión. El nombre de "certificado de inafec-

tabilidad" que emplea el artículo 294 es distinto al de "declaratoria" que en forma en cierto modo genérica usan los artículos referidos a la primera categoría. Pero salvo la denominación, se equiparan en las dos figuras los rasgos esenciales de la tramitación, la autoridad que expide el documento, la publicación en el Diario Oficial y la inscripción en el Registro Agrario Nacional, cuando el artículo 338 en su fracción XIII que deberán inscribirse en el mismo "los certificados de inafectabilidad y las declaratorias sobre señalamientos de superficies inafectables". A menos de entender que es superflua una de estas dos formas de definición de la pequeña propiedad, sólo cabe admitir que, aunque con nombre diferentes, las dos concurren por igual al fin común de proteger las pequeñas propiedades inafectables. 3º *Es la contenida en el artículo 252, cuya fracción II dispone que las resoluciones presidenciales dotatorias contendrán "Los datos relativos a las propiedades afectables para fines dotatorios y a las propiedades inafectables que se hubieren identificado durante la tramitación del expediente y localizado en el plano informativo correspondiente..."* Como en los casos anteriores, también en este, es la suprema autoridad agraria quien señala la pequeña propiedad inafectable a que queda reducida la propiedad que se afecta. La diferencia con la declaratoria de la primera categoría estriba en que mientras allá la inafectabilidad se declara antes de la afectación, aquí se hace con motivo de una dotación, pero en ambos casos se cumple el propósito constitucional de dejar a salvo la pequeña propiedad inafectable, a lo que responde también la segunda categoría, así sean diversas a su vez las circunstancias que toman en cuenta. Por último, al igual que las declaratorias y los certificados de inafectabilidad, *esta forma de reconocimiento de la pequeña propiedad también es inscrita en el Registro Agrario Nacional, al serlo la resolución presidencial que la contiene, en los términos del artículo 338, fracciones I y III; y como aquellos, debe ser publicada en el Diario Oficial de la Federación, además de los periódicos oficiales de las entidades correspondientes, según lo dispone el artículo 253 del propio Código Agrario.* Las tres categorías de defensa de la pequeña propiedad que se acaban de enumerar se consignan en el Código Agrario, como antes se dijo, para asegurar el respeto a la pequeña propiedad inafectable dentro de la esfera administrativa. A falta de una ley posterior a la reforma constitucional de 1946, que regule el certificado de inafectabilidad como título de legitimación activa para promover el amparo, es decir, defensa de la pequeña propiedad inafectable en la esfera judicial, sólo cabe acudir a las mismas formas de reconocimiento que instituye el Código Agrario, valederas actualmente, ya no sólo en el ámbito administrativo, donde siguen siéndolo, sino también para promover el juicio. De las tres formas de reconocimiento de la pequeña propiedad inafectable que consagra el Código Agrario, sólo una lleva la denominación de "certificado de inafectabilidad" denominación que es la empleada por la reforma cons-

titucional de 1946. Pero no existe indicio alguno en el proceso de dicha reforma, de que la misma hubiera tenido la intención de elegir uno solo de los tres medios de protección (en que lleva el nombre de certificado de inafectabilidad) como medio único de acudir al amparo, desdeñando los demás y estableciendo en materia judicial una defensa mutilada respecto a la instituida en materia administrativa, una defensa que por incompleta no podrá justificarse por cuanto todos los reconocimientos de inafectabilidad que consagra el Código Agrario, y no sólo el certificado de inafectabilidad, provienen de la suprema autoridad agraria. Lejos de ello, hay elementos en la iniciativa de la reforma para entender que no se pensó en que la Constitución, al mencionar en la reforma el certificado de inafectabilidad, subordinara su sentido y concepto al léxico del Código Agrario, ley que, como queda dicha, no se refería ni podría referirse al documento apto para acudir al juicio de amparo sino que se refirió a los certificados de inafectabilidad, en cuanto su expedición "es el reconocimiento, de parte del Estado, de que efectivamente se trata de una auténtica pequeña propiedad", según se dice textualmente en la iniciativa. En esas palabras se encuentran el espíritu y el propósito de la reforma. Como el reconocimiento, de parte del Estado, y precisamente por la suprema autoridad agraria, se hace de acuerdo con el Código Agrario, única ley actualmente aplicable, por los tres medios o formas que antes se han expuesto, quiere decir que los tres son igualmente idóneos para abrir las puertas del amparo, en defensa dentro de la esfera judicial de la pequeña propiedad reconocida como inafectable por el presidente de la República. De otro modo la Constitución se subordinaría a la expresión literal de una ley que, como el Código Agrario vigente, además de ser ordenamiento secundario, no tuvo por objeto regular la legitimación activa para acudir al juicio de amparo.<sup>11</sup>

#### *Características del proceso agrario*

**IMPULSO DEL PROCEDIMIENTO.** Ninguna de las partes tiene propiamente obligación de impulsar el procedimiento, pues, la autoridad competente debe impulsarlo de oficio. No hay caducidad de la acción ni de la instancia, tampoco existe el sobreseimiento.

**DESISTIMIENTO DE LA ACCION.** Los poblados solicitantes o gestores no pueden desistirse de la acción, la cual continuará su curso hasta la total y definitiva resolución.

<sup>11</sup> Amparo en revisión 7081/1968. Oscar Fernández East. Marzo 4 de 1970. Unanimidad. Mtro. Felipe Tena Ramírez, Srío; Lic. Felipe López Contreras Sostiene la misma tesis: Amparo en revisión 2338/1968. Esperanza Juárez de Solórzano y otros, Junio 24 de 1970. Unanimidad. Ponente: Mtro. Alberto Jiménez Castro. Srío.: Lic. Felipe López Contreras. 2a Sala Informe 1970, pág 62

**SUBSTITUCION DE LAS PARTES.** La autoridad agraria tiene las más amplias facultades para investigar la verdad real, (arts. 295, 304, 306, 339 y 367). Oficiosamente puede disponerse que se recaben pruebas, de hecho así se hace, las que se consideren suficientes para la integración del expediente.

La autoridad se convierte en juez y parte; con esa estructura se da al traste con un auténtico proceso.

**TERMINOS Y PRECLUSION.** Las etapas procesales se suceden sin necesidad de términos ni de principio preclusivo, pues es frecuente que dichas etapas se sucedan de oficio.

En otras palabras, en cualquier etapa del procedimiento puede llevarse a cabo la ejecución de los actos jurídico-procesales de integración del juicio.

**EJERCICIO DE LA ACCION.** En materia agraria por el ejercicio de una acción, no se pierde el derecho de volver a iniciarla, aunque le haya recaído resolución negativa.

**LAGUNA DE LA LEY AGRARIA.** Es censurable que en el procedimiento agrario de dotación, ampliación y demás procedimientos agrarios, no se haya dedicado un capítulo especial para determinar la indemnización de los terrenos afectados (art. 27 constitucional, Frac. XIV, segundo párrafo). En la forma en que está estructurando el proceso agrario prácticamente se hace una expropiación sin que medie indemnización. Este derecho subjetivo de los propietarios está elevado a garantía individual, a efecto de dar fiel cumplimiento el principio establecido en el artículo 27 Constitucional, segundo párrafo. La afectación agraria es una especie del género.

**INCIDENTES.** La Ley Agraria no establece incidente alguno, ni siquiera aquellos que son estrictamente necesarios como los que tienen por objeto revisar los presupuestos del proceso.

**CONCLUSION.** Se hace necesario una reestructuración del proceso agrario de dotación y ampliación de ejidos, en el que haya una auténtica citación al procedimiento y en el que se garanticen los derechos procesales de cada una de las partes.

## ELUCIDACIONES,

### UN LIBRO JURIDICO MEXICANO DEL SIGLO XVIII

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: a) Ambiente general de la época. b) El estado de los estudios jurídicos. c) Los Autores. d) La Obra. e) La intervención de Beleña en la Obra. f) Fuentes. g) Difusión de los Comentarios. h) Destino de los *Comentarios*. i) Referencias. j) Voto final.

Dentro de la gran cantidad de volúmenes que forman el acervo de la Biblioteca de la Escuela Libre de Derecho destacan, por su valor e importancia para la cultura jurídica, obras de los siglos XVI, XVII y XVIII que en su mayoría formaban parte de las bibliotecas de distinguidos maestros de la Escuela, como Javier de Cervantes, Toribio Esquivel Obregón y Miguel S. Macedo, quienes en su oportunidad donaron a la misma importantes colecciones de libros y revistas, al igual que el licenciado Carlos M. Vargas Galeana, cuyo nombre aparece en un buen número de estos libros, y el licenciado Ignacio G. Palacio.

Impresos en Europa casi en su totalidad, uno de ellos, sin embargo, tiene la particular característica de haber sido impreso en México en el año de 1787, en la imprenta de Felipe de Zúñiga y Ontiveros. Esta circunstancia fue la razón inicial para emprender una sumaria investigación acerca del libro cuyo resultado aquí se da a conocer. Se trata de la obra de Santiago Magro y Zurita (*Domino Jacobo Magro*) y Eusebio Ventura Beleña (*Eusebius Bonaventura Beleña*) intitulada "*Elucidationes ad Quatuor Libros Institutionum Imperatoris Justiniani opportuné locupletatae legibus, decisionibusque juris Hispani* (*Comentarios a los Cuatro Libros de las Instituciones del Emperador Justiniano adecuadamente enriquecidos con leyes y decisiones del Derecho Español*).

#### a) *Ambiente general de la época*

La obra aparece editada en México el mismo año en que se funda el Jardín Botánico en el Palacio Virreinal de la capital novohispana; sólo seis años después de la fundación de la Real Academia de las Nobles Ar-

tes de San Carlos y cinco antes de la inauguración del Colegio de Minería, es decir, durante el pleno auge cultural existente en la Nueva España a finales del siglo XVIII, no obstante que los jesuitas, principales promotores del mismo, habían abandonado los reinos españoles desde 1767.

La vida civil de los habitantes del inmenso territorio novohispano había sufrido radicales transformaciones en relación a las dos centurias anteriores, motivadas, en parte, por el cambio de dinastía operado en España hacia el inicio del siglo XVIII. En efecto, con el advenimiento de los Borbones a la Corona Española se modificaron sustancialmente la economía<sup>1</sup> y el régimen administrativo novohispano, debido sobre todo a la creación del sistema de Intendencias y a la visita de un personaje que dejaría profunda huella en nuestro país: el visitador José de Gálvez, quien llegó a México en 1761 y regresó a España en 1776 para encargarse del Ministerio de las Indias, después de recorrer las Provincias Internas, de intervenir en la expulsión de los jesuitas y de implementar el sistema de Intendencias. Existía una verdadera "corriente emanada de las autoridades oficiales para hacer de la Nueva España la región más adelantada e ilustrada de todo el Continente Americano".<sup>2</sup> Esta corriente, este despertar económico que llevaría a los criollos a considerar los beneficios de la autonomía política, se fundamentaban en una idea de riqueza del suelo novohispano que encontró expresión en varias descripciones de la época, como en aquella que hizo Pedro Alonso de O'Crouley:

"Tan admirable propagación de los tres reinos, animal, mineral, vegetal; tanto tesoro en aquella prodigiosa faja de plata, tirada desde Nicaragua hasta adelante de Sonora..., por el dilatado espacio de más de 2 000 leguas en contorno, que ha estado y prosigue corers poniendo con la pródiga manifestación de sus riquezas.

"Estos son los países que han inundado de riquezas a los europeos, hecho florecer el comercio...; muchos vienen aquí a lavar sus manos con la plata, y a hollar con sus pies el oro".<sup>3</sup>

No obstante la anterior idea de riqueza formada en muchos españoles y criollos, socialmente la Nueva España se encontraba integrada por un serie de castas y clases sociales totalmente diferenciadas, y sin oportuni-

<sup>1</sup> Véase Eduardo Arcila Farías. *Reformas económicas del siglo XVIII en la Nueva España*. México, SEP, 1974 (Sep Setentas 117 y 118).

<sup>2</sup> Elías Trabulse. "Las Ciencias y la Historia". *Historia de México*, VI, Salvat, México, 1976, pág. 209.

<sup>3</sup> Pedro Alonso O'Crouley. *Idea compendiosa del reino de Nueva España*, s/e, México, 1975, pág. 157.

dad, la mayoría de aspirar a la dirección económica y menos, claro está, a la política del territorio en que habían nacido. Los españoles acaparadores de la riqueza y del poder político, estaban muy lejos de pensar en compartir sus facultades con los criollos; nacidos pobremente en la Península, en la Nueva España experimentaban una riqueza que jamás imaginaron; aquí "se complacen viéndose respetados y tratados a Don a fuer de españoles...";<sup>4</sup> olvidando muy pronto su antigua condición. La riqueza generada en el virreinato no se aprovechaba en remediar los males sociales existentes en la Nueva España, y hacia 1776 se tenía una distribución de la misma marcadamente desigual, observándose en la gran masa de la población "miseria y desnudez".

A pesar de este ambiente social, la cultura pudo desarrollarse en sus diferentes manifestaciones e impulsarse lo mismo por criollos que por españoles, como Clavijero, Andrés del Río, Bartolache, Alzate, León y Gama, Beleña y muchos más, así como por instituciones culturales fundadas por la Corona Española. Las ciencias y la historia fueron cultivadas conforme a métodos modernos y la visión de sus estudios penetró en el campo del saber enciclopédico e ilustrado. Así, la Nueva España fue adquiriendo poco a poco sus contornos definitivos por la labor expedicionaria llevada a cabo desde sus costas y por la manifestación que de ella hicieron sus hijos.

#### b) *El estado de los estudios jurídicos*

Poco se ha estudiado el desarrollo del derecho en esta última fase del período virreinal; pero resulta suficientemente significativo el hecho del poco número de publicaciones jurídicas que se editaron en esta época, al grado de poder afirmar que la ciencia del derecho se vio de alguna manera postergada en relación al avance de las demás ciencias. Sin embargo y se apreciará más adelante, resulta interesante conocer la cantidad de personas que por una u otra razón se interesaron en adquirir obras jurídicas, y constatar el área de difusión que las mismas tenían.

En el *Suplemento a la Gazeta de México* del 10 de octubre de 1786 se hacía mención a que: "En todos tiempos, y especialmente en el actual feliz Reynado de nuestro Católico Monarca el Señor Don Carlos Tercero [...] se ha escrito y providenciado mucho y bueno dirigido a promover se estudie la Jurisprudencia de modo que sus Profesores, aun desde los principios, se instruyan, no solamente del Derecho Civil o Romano, sino también del Real".<sup>5</sup> Este último concepto evidencia un modo general

<sup>4</sup> *Idem*, pág. 158.

<sup>5</sup> Manuel Antonio Valdés (edit.). *Gazetas de México, compendio de noticias de Nueva España que comprenden los años de 1786 y 1787*. T. II, Imp. Felipe de Zúñiga y Ontiveros, México, Suplemento 10/oct./1786, pág. 217. En lo sucesivo vendrá citada como *Gazeta*.

de sentir en aquel entonces: se procuraba incrementar el estudio del derecho y de los juristas españoles, con el natural menoscabo del estudio del derecho romano, de sus comentadores y, en general, de todo aquel estudio jurídico que no hiciera especial referencia al derecho Real. Adelantándonos algo diremos que los *Comentarios* de Magro y de Beleña resultan ser un intento más, a nuestro parecer fallido, dentro de la política académica española para hacer de los estudios del derecho español el objeto primordial de los cursos universitarios, tanto en España como en América.

La misma *Gazeta de México*, al anunciar los *Comentarios*, ya manifestaba los resultados que se habían logrado hasta esa fecha en los propósitos para imponer el estudio del derecho Real, y lamentaba que:

“Hasta ahora se ha conseguido muy poco de tan útil pensamiento, porque arraigada en las Universidades de España e Indias la antigua costumbre de enseñarse comúnmente los elementos del Derecho Civil recopilado en la Instituta de Justiniano por su comentador Arnolfo Vinio, que como autor extranjero nada toca de nuestro Derecho Español, no se estudia en los primeros años de tareas literarias... Conservando únicamente en ésta los rudimentos de la legislación extranjera, se hace después más difícil aprender separadamente los de la Patria; ni los pocos que se dedican a ello consiguen igual efecto al de haberlo hecho con la proporción que franquearía un Autor Regnícola, que, mereciendo igual aceptación a la de Vinio respecto del derecho Civil, comentase también al Patrio en sus oportunos textos de la Instituta”.<sup>6</sup>

Este movimiento —si así se nos permite llamarlo— de hispanización de los estudios jurídicos, tenía una vieja tradición en Castilla,<sup>7</sup> y por lo mismo había rendido algunos frutos en la Península: las obras de “Pichardo, Pérez, Martínez Galindo, Torres; ... y Rodríguez”<sup>8</sup> y el *Vinnius Castigatus* de Juan de Sala, respondían a este impulso real, que se había establecido más recientemente en el Auto Acordado (1, Título 1, libro 2) del Supremo Consejo de Castilla de 4 de diciembre de 1713, y confirmado en el Auto Acordado (3, Título 1, libro 2) de 29 de mayo de 1741, y en la Real Provisión de 14 de septiembre de 1771, ambos del mismo Consejo Castellano.<sup>9</sup>

En el primero de los Autos citados se hacía referencia a la tradición

<sup>6</sup> Idem, págs. 217 y 218.

<sup>7</sup> Véanse las referencias a las disposiciones reales dictadas a este respecto desde Alfonso XI en *Autos Acordados que contiene nueve libros, por el orden de títulos de las leyes de Recopilación, i van en él las Pragmáticas, que se imprimieron el año de 1723*. Madrid, Imp. de Juan Antonio Pimentel, 1745, Lib. 2o., Tít. 1o. Auto 1o. pág. 67.

<sup>8</sup> *Gazeta*, pág. 218.

<sup>9</sup> Idem, págs. 218 y 219 y *Autos Acordados*, págs. 67, 68 y 69.

legislativa castellana tendiente a conseguir la aplicación de las leyes castellanas, y disponía que con motivo de que las causas y los pleitos:

“se determinan... en los tribunales de estos Reinos, valiéndose... de doctrinas de libros, i Autores Etrangeros, fiendo mucho el daño, que fe experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios Autores, que con larga experiencia explicaron, interpretaron, i gloffaron las... Leyes, Ordenanzas, Fueros, ufos, i costumbres de estos Reinos; ...”,

se observase en las Cancillerías, Audiencias y Tribunales de los reinos españoles las leyes Patrias “con la mayor exactitud; pues de lo contrario procederá el Cofejo irremisiblemente contra los inobedietes”. En el Auto Acordado de 1741 se estableció a su vez, que:

“los Catedráticos y Profesores en ambos Derechos tengan cuidado de leer con el Derecho de los Romanos las leyes del Reyno, correspondientes a la materia que explicaren.”

Y la Real Provisión de 1771, ordenaba a los catedráticos que advirtiesen la “variación de leyes Reales sobre las respectivas materias y textos que vayan explicando”.

En la Nueva España al movimiento impulsado por los reyes españoles se habría de unir, por lógica consecuencia, un deseo cada vez más intenso de estudiar a fondo el derecho indiano en general, y en particular la legislación emanada de las autoridades radicadas en territorio novohispano; así como emprender el estudio de los libros escritos por juristas nacidos, formados o radicados dentro de los límites de la América Septentrional. Las *Recopilaciones de Autos acordados* llavadas a cabo por Montemayor y Beleña, los *Comentarios* de Gamboa a las *Ordenanzas de Minería*, y el título que inicialmente se pensó dar a los *Comentarios* de Magro y de Beleña (*Instituta Civilis Hispano-Indiana*) parecen ser prueba manifiesta de ello. En efecto, los juristas novohispanos eran tímidamente llevados a publicar sus propias obras: Montenegro escribe y publica sus *Comentaria Juridica*; Nicolás Segura su *Tractatus de contradibus in genere et de testamentis*; y, sobre todos, uno de los poquísimos juristas novohispanos de quien tenemos alguna considerable noticia, Francisco Javier Gamboa,<sup>10</sup> comenta las *Ordenanzas de Minería*. Sin embargo, la mayoría de los textos jurídicos seguían siendo enviados desde Europa: “los grandes textos que se estilaban en la época eran: *La Política Indiana* de Solórzano Pereira y el libro *De Indiarum Jure et Gubernatione* del mismo autor; es-

<sup>10</sup> Toribio Esquivel Obregón. *Biografía de don Francisco Javier Gamboa, Ideario político y jurídico de Nueva España en el siglo XVIII*. México, 1941.

tas obras andaban en manos de estudiantes de Derecho y de juristas, como que eran las autorizadas doctrinas y las más metódicas y copiosas recopilaciones y comentarios de las leyes aplicables en lo administrativo y judicial";<sup>11</sup> tenía también gran aceptación la mencionada obra de Vinio: *Justiniani institutionum libri quatuor*, que servía de texto para la enseñanza del derecho Civil.<sup>12</sup>

Además de los juristas españoles y de los nacidos y formados en México, influyeron en el desarrollo del derecho de fines del siglo XVIII, otros que nacidos en la Península escribieron obras que fueron publicadas en la Nueva España; como es el caso, precisamente, de Santiago Magro y de Ventura Beleña.

En resumen, para conocer el desarrollo alcanzado por la ciencia jurídica en las postrimerías del virreinato se deben tomar en cuenta los siguientes elementos, dado que todos de una u otra forma influyeron en él: 1. El derecho Común, estudiado por los comentaristas clásicos, con toda la autoridad que le daban los siglos y la buena cantidad de libros sobre el mismo. 2. El impulso oficial de los reyes españoles, encaminado a implantar el estudio del derecho Real como el predominante en las universidades de sus reinos, y que encontró eco en los jurisconsultos españoles; y 3. El incipiente interés por el estudio de la legislación y del derecho novohispano, alentado por autores criollos o peninsulares radicados en México.

Es importante hacer notar que la parte de los *Comentarios* escrita por Magro responde al segundo de estos elementos, mientras que parte del resto de la obra, redactada por Beleña es manifestación clarísima del tercero.

La obra de Magro y de Beleña hay que entenderla, pues, como una reacción más contra el estudio de los juristas extranjeros comentaristas del Derecho Romano, en particular contra la obra de Vinio, en un intento por establecer en definitiva el estudio de los autores nacionales y del derecho patrio. El *Memorial Literario*, de julio de 1793, al comentar la aparición en Madrid de los *Comentarios*, elogiaba el intento que representaban para la consecución de aquellos propósitos y para dejar a un lado "derechos extraños y muy remotos a nosotros".<sup>13</sup> Aquí radica precisamente la importancia de estos *Comentarios*, olvidados hasta la fecha por los estudiosos de nuestro derecho.

<sup>11</sup> Esquivel Obregón, citado por Lucio Mendieta y Núñez. *Historia de la Facultad de Derecho*. 2a. Ed. México, UNAM, 1975, pág. 90.

<sup>12</sup> Arnoldo Vinio: Jurista holandés del siglo XVI y XVII muerto en 1657, rector del Colegio de Humanidades de La Haya y profesor de Derecho Romano en la Universidad de Leyden. De la obra aquí mencionada, en la biblioteca de la E.L.D. se encuentran las ediciones de Amsterdam (1665), Venecia (1747), Lyon (1767) y Valencia (1779).

<sup>13</sup> *Continuación del Memorial literario, instructivo y Curioso de la Corte de Madrid*. Madrid, Imp. Real, 1793 T. I, Julio, pte. 2a., pág. 117.

### c) Los autores

#### *Santiago Magro y Zurita (Jacobo Domino Magro)*

Pocas son las noticias que tenemos acerca de su vida. La más abundante es la que nos proporciona la obra de Juan Catalina García López, *Biblioteca de escritores de la provincia de Guadalajara y bibliografía de la misma hasta el siglo XIX*,<sup>14</sup> aunque también nos aportan valiosos datos el *Suplemento de la Gazeta de México* de 10 de octubre de 1786 y el *Ensayo de una tipografía complutense*, del propio Catalina García.<sup>15</sup>

Por los datos conservados en las anteriores fuentes sabemos que Magro nació el 25 de julio de 1693 en Fuencemillán, provincia de Guadalajara, siendo hijo de Baltasar Magro y de María Zurita; a los veinte años se graduó de Bachiller en Cánones, en la Universidad de Sigüenza, trasladándose posteriormente a la Universidad de Alcalá, donde formó parte del Ilustre Colegio de Málaga de dicha Universidad, para obtener en ésta, el 15 de octubre de 1717, la licenciatura en Cánones y Leyes. En 1719 aspiró a una canonjía doctoral en Sigüenza, "siendo aprobado en sus ejercicios y habilitándose para dicha plaza".<sup>16</sup> El 6 de septiembre de 1722, a los veinticinco años, se doctoró en ambos derechos.

Inició su carrera académica en la Universidad de Alcalá al ingresar como catedrático de Decretales el 21 de mayo de 1729, "después de dos empaques en consultas de cátedras". Para ese entonces había trabajado con la colaboración de su discípulo Juan José García Alvaro y dado a la luz "en menos de un año" el *Índice de las proposiciones de las Leyes de la Recopilación, con remisión a los D D. que las tocan avtos acordados, y pragmáticas, hasta el año de mil setecientos y veinte y quatro*,<sup>17</sup> este *Índice* contribuyó a que se le otorgase la Cátedra de Sexto en julio de 1730. Aficionado a la poesía, intervino en dos certámenes poéticos, celebrados, uno, en el Colegio de La Purísima Concepción de la Universidad de Alcalá, por la elección del General de la Orden de la Merced Fr. José Campuzano de la Vega;<sup>18</sup> y el otro, con ocasión de los "festejos religiosos, procesiones, certámenes que se celebraron en Alcalá en 1729 con motivo de la colocación de un Retablo nuevo en el Convento de San Diego de Alcalá";<sup>19</sup> pero al parecer no fue muy afortunado en este arte; Catalina García, al comentar todas las composiciones poéticas publicadas con motivo de estos certámenes, dice que "se resienten mucho del mal gusto de la época, y convencen de que las ninfas habían huido de las riberas del

<sup>14</sup> Madrid, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, 1899.

<sup>15</sup> Madrid, Imp. y Fund. de Manuel Tello, 1889.

<sup>16</sup> Catalina García López. *Biblioteca de escritores...* pág. 299.

<sup>17</sup> Se encuentra en la Biblioteca Nacional de México.

<sup>18</sup> Catalina García López. *Ensayo*. págs. 452 y 453.

<sup>19</sup> *Idem*.

Henares".<sup>20</sup> Fue, en cambio, en la ciencia jurídica donde alcanzó su mayor gloria, al grado de que a su muerte se le pudo considerar "varón ilustre" del Colegio de Málaga. Murió este "grande hombre" el 6 de mayo de 1732, un día después de ser propuesto para fiscal de la Real Audiencia de la Coruña, cuando trabajaba "con grandísimo acierto sobre los tres libros de la Instituta",<sup>21</sup> mismo que completaría veinticinco años después su pariente Ventura Beleña. Su fallecimiento sintióse mucho "por su notoria consumada literatura y profundo conocimiento de los Derechos Civil, Canónico y Real".<sup>22</sup>

Además de las obras ya mencionadas, Magro escribió las siguientes:

*Respuesta a la consulta, que se propone por la Sagrada Religión de San Juan de Jerusalén y en su nombre, por el V. Baylio de Caspe, Comendador de Torrente Fr. D. Cypriano Juan Cavallero Gran Cruz, y su Receptor de la Castellania de Amposta, en el Reyno de Aragón. Sobre el Derecho, que tiene deducido en el processo de aprehensión del Condado de Fuentes y Marquesado de Mora*, (Alcalá, 20 de febrero de 1730); *Parecer del Dr. Santiago Magro y Zurita sobre el 'Defensorio de la religión de los Cavalleros Militares' de D. Iñigo de la Cruz Manrique de Lara*. (1731) y, *Censura del Dr. Santiago Magro y Zurita colegial huésped del de Málaga de Alcalá y profesor de Decretales en la Universidad Complutense, a la obra 'Concordia Pastoralis super jure dioecetano' de D. Ildefonso Clemente y Aróstegui*, impresa por Espartosa, en Alcalá, dos años después de la muerte de Magro.<sup>23</sup>

*Eusebio Ventura Beleña y Alvarez (Eusebio Bonaventura Beleña)*

Quizá por el hecho de haber vivido en México y publicado la parte más importante de su obra en territorio novohispano, encontramos más datos acerca de la vida de este jurista que de Magro. Tanto Catalina García López como Beristain, José Toribio Medina y José Torres Revello, han dado valiosas luces para elaborar una breve biografía de este importante jurista.

Nació en Imón, en la Alcarria, provincia de Guadalajara, pariente de Santiago Magro, hijo de Agustín Beleña y Costa, secretario del Rey, y de doña Escolástica Francisca Alvarez Sanjurjo.

En 1746 estudio en la Universidad de Sigüenza, y un año después pasó a la de Alcalá, donde alcanzó el bachillerato en Cánones el 29 de mayo de 1751, la licenciatura el 31 de enero de 1756 y, sólo dos días después, el doctorado en dicha disciplina. Desde este momento "sustituyó cátedras (Prima de Cánones), defendió y presidió actos académicos",<sup>24</sup> y se opuso

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> *Libro de Varones Ilustres del Colegio de Málaga*. Univ. Complutense, citado por Catalina García López, *Biblioteca de escritores*, pág. 299.

<sup>22</sup> *Gazeta*, pág. 220.

<sup>23</sup> Catalina García López. *Biblioteca...* págs. 299 y 300.

<sup>24</sup> *Idem*, pág. 15.

a varias cátedras. En "mil setecientos y cincuenta se ordenó de primera tonsura"<sup>25</sup> y en 1751 fue admitido como miembro de la Academia de San José de la Universidad de Alcalá, llegando a ser Secretario, Presidente Mayor y Consiliario de dicha Academia. Intentó estudiar en el Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia, para lo cual presentó oposición a una beca pero no consiguió su objetivo; también fracasó en su intento para conseguir canonicato doctoral en la Santa Iglesia de Sigüenza. Después de estos reveses recibióse de abogado, incorporándose al Colegio de Madrid, y en 1764 solicitó la plaza de fiscal de la Real Audiencia de Santo Domingo, la cual tampoco le fue concedida.

En 1765, Don Francisco Fabián y Fuero, Obispo de Puebla de los Angeles, lo trajo a Nueva España nombrándolo juez de testamentos, capellanías y obras pías de su Diócesis, cargo en el que permaneció hasta el 3 de mayo de 1767, no sin que antes determinase no seguir la carrera eclesiástica. El Visitador José de Gálvez lo nombró subdelegado para la visita de los Tribunales de Justicia y Real Hacienda de la ciudad y provincia de Guadalajara. En el desempeño de este cargo, y por instrucciones del virrey Marqués de Croix, supervisó el extrañamiento y remisión de los jesuitas de dicha ciudad y de las misiones internas de Sinaloa, Sonora y California, entendiéndose de los pleitos pendientes en que tuviesen algún interés, activo o pasivo, los miembros de la Compañía de Jesús. Nuevamente el Visitador General le encomendó pasar al Real de los Alamos para que se informase sobre el establecimiento de una Caja Real en dicho lugar y sobre los descubrimientos de oro en Bacubrito (sic). Encabezó expediciones a Monterey y las Californias, y dispuso la aprehensión de indios enemigos que infestaban la jurisdicción de Ostimuri. Su labor en el Noroeste del territorio novohispano se amplió al encomendársele la reorganización de la Real Hacienda y la formación de los Estancos de la pólvora, tabaco y naipes. Por fin, después de dos años, regresó a México a informar verbalmente al virrey de todas sus gestiones, las cuales le fueron aprobadas por Orden de 7 de septiembre de 1771.

En 1772 solicitó nuevamente, por intermedio de su hermano Norberto Beleña, la plaza de fiscal en la Audiencia de Santo Domingo, habiéndosele rechazado otra vez por no estar vacante dicha plaza. Beristain afirma que posteriormente desempeñó los cargos de oidor de Guatemala (1776) y de México (1782), consultor del Santo Oficio de la Inquisición, asesor de los Tribunales de Indios, de Minería, y Correos, Juez Protector de la Villa y Santuario de Ntra. Señora de Guadalupe, y Regente de la Real Audiencia de Guadalajara. Posiblemente fue en esta época cuando realizó un

<sup>25</sup> "Relación de los Méritos y ejercicios literarios del doctor don Eusebio Ventura Beleña" (1772); publicada por José Torres Revello en *Revista de Historia de América*, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, No. 15, diciembre 1942, pág. 319.

viaje a Madrid, cuya única noticia nos la proporciona el propio Beleña en el prólogo a los *Comentarios*: "...después partí a Madrid, y de ahí nuevamente al Nuevo Mundo, destinado a cargos reales". En 1791, cuando ocupaba el cargo de Regente en la Audiencia de Guadalajara, se le nombró Oidor de Santa Fe de Bogotá pero rechazó el nombramiento para permanecer en la Nueva España hasta su muerte.

Casó con Manuela de Urriola y, viudo, pretendía casarse en 1789 con María Micaela Garro y Guruya, sin que sepamos si se haya realizado el enlace matrimonial. Murió en abril de 1794, a los 58 años de edad.

Entre las obras que Beleña escribió, destaca sin lugar a dudas aquella por la cual es conocido en México; se trata de la *Recopilación sumaria de todos los Autos Acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España y providencias de su Superior Gobierno; de varias Reales Cédulas y Ordenes que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse así de las dirigidas a la misma Audiencia o Gobierno como de algunas otras que por sus notables decisiones convendrá no ignorar*.<sup>25</sup> editada en México por el impresor más importante de aquél entonces, Felipe de Zúñiga y Ontiveros, en 1787, y publicada meses —o días— antes que los *Comentarios*. Además, desde 1757, pasados veinticinco años de la muerte de Santiago Magro, completó, a partir del Título XXVII del Libro Tercero y añadió importantísimas notas referentes al derecho indiano, los manuscritos que sobre las *Institutas* de Justiniano había dejado aquél, y que Beleña recibió de Fr. José Segoviano Magro, primo de Santiago. Beleña mismo nos dejó asentadas las razones que lo impulsaron a continuar los comentarios de Santiago Magro: "me parecieron de gran valor, tanto por la eximia sabiduría del Escritor y la amistad de su primo, como por los estrechísimos vínculos de parentesco y gratitud por los que me confesaba obligado hacia ellos".<sup>27</sup> Completada la obra de su pariente, Beleña pensó originalmente titularla *Instituta Civil Hispano Indiana*.<sup>28</sup>

En 1789 está fechado, según informa Beristain, el *Dictamen para el arreglo del decadente estado de los fondos del importante Cuerpo de la Minería de la Nueva España*; además, y siguiendo al mismo autor, se tiene noticia de dos manuscritos más, uno de 1791: el *Discurso político sobre el comercio actual de México y sobre las utilidades y ventajas del comercio libre*, y el otro, un *Dictamen sobre el arreglo de pulquerías, vinaterías y tabernas de México, remedios contra el vicio de la embriaguez sin perjui-*

<sup>25</sup> Existen ejemplares en la biblioteca de la E.L.D. y en la Biblioteca Nacional.

<sup>27</sup> Beleña. *Elucidationes ad quatuor libros institutionum Imperatoris Justiniani*... T. I, pág. IX.

<sup>28</sup> Beleña. *Recopilación sumaria*... México, Imp. Felipe de Zúñiga y Ontiveros, 1787, T. I, pág. XIII.

*cio de la Real Hacienda ni del comercio*<sup>29</sup> obras, estas tres últimas, "que se adelantan a su tiempo por la visión de los problemas sociales".<sup>30</sup>

#### d) *La Obra*

Los cuatro tomos que integran los *Comentarios* a los cuatro libros de las *Instituciones* del emperador Justiniano tienen las siguientes características bibliográficas:

Portada: *Elucidationes / ad Quatuor Libros Institutionum / Imperatoris Justiniani / opportunè locupletatae legibus / decisionibusque juris Hispani / a / Doctore Domino Jacobo Magro / trabea Malacitanea Universitatis Complutensis insignito, / ab eademque in Jure Canonico Laureato, & Cathedra — / rum, tam Decretalium, quam Sexti, Moderatore: / Ex Titulo autem vigesimo septimo Libri tertij usque ad ultimum / Libri quarti earundem Institutionum continuavit addidit Proe — / mium, aliaque utilia juris Indici, novissimasque Resolutiones non — / dum, compilatas Collectionibus legum Castellae nec Indiarum, / & in Elucidationibus D. Jacobi Magri appositè / omnia accommodavit / D. D. Eusebius Bonaventura Beleña, / ejusdem Universitatis Complutensis Laureatus in Jure Canonico / Olim Regalis Audientiae Guatimalensis Senator, & hu — / jus Mexicanæ Praetor Criminalis: nunc vero ipsius Auditor, / & Sanctae Inquisitionis Consultor, ac Judex Protector Oppidi & / Sanctuarij Deiparae Guadalupanae, necnon Assessor Tribunalium / tam Indorum, quam Fodinarum, & Subdelegationis vectigalis / generalis tabellariorum, vulgo de la Renta de Correos / Tomus Primus / filetes / Mexici: anno M. DDC.LXXXVII. / filete / Apud D. Philippum Zunnigam & Ontiveros / Cum Licentijs necessarijs /*

Vuelta en Blanco. Blanca. v. Retrato de Don José de Gálvez, por Gil. XXX pp. 379 pp. en dos cols. I-VI: Dedicatoria; VII-XI: Ad lectorem; XII: dos notas; XIII-XXVI: Lista de suscriptores; XXVII-XXIX: erratas; XXX: Index rubricarum.

Tomo Segundo: 1787; Port.; v. en blanco; erratas; index rubricarum. 826 pp. a dos columnas.

Tomo Tercero: 1788; Port.; v. en blanco; erratas; index rubricarum. 534 pp., a dos columnas.

Tomo Cuarto: 1788; Port.; v. en blanco; erratas; index rubricarum, 458 pp. a dos columnas. LXXVIII pp.: I-XXXII: Titulus penultimus digestorum; XXXIII-XLVIII: Titulus ultimus digestorum; XLIX: Index rerum.

En la Biblioteca de la Escuela Libre de Derecho se conservan dos co-

<sup>29</sup> Catalina García López. *Biblioteca*... págs. 17 y 18.

<sup>30</sup> *Diccionario Porrúa de Historia, Biografía y Geografía de México*. México, Porrúa, 1964, pág. 181.

lecciones completas y otra más a la que le falta el primer tomo. Las dos colecciones completas están empastadas en piel; la incompleta conserva su pasta "en pergamino bueno"<sup>31</sup> con la leyenda siguiente, cada tomo, en el lomo: *Magro / et Beleña / Instit. Civil / Hispan. Ind. / Tom. II*. La colección consultada en la Biblioteca Nacional conserva su pasta original y la misma leyenda en el lomo de los cuatro tomos.

Probablemente la primera noticia que se tuvo de esta obra es la que se consignó en el *Libro de Varones Ilustres del Colegio de Málaga*: Magro "escribió con grandísimo acierto sobre los tres libros de la Instituta, y por no haber finalizado el cuarto no dio la obra a la prensa";<sup>32</sup> aunque ciertamente no sabemos la fecha exacta en que se hizo el anterior asiento, es probable que haya sido poco después de la muerte de Magro.

En el *Suplemento a la Gazeta de México*, ya citado, se anunciaba que las dos obras de Beleña: *La Recopilación Sumaria de Autos* y los *Comentarios*, se darían a la prensa cuando se suscribieran a ellas cuando menos cuatrocientas personas, y se señalaban las razones y la importancia de ambas obras para el conocimiento del derecho español. Refiriéndose en concreto a los *Comentarios*, se esperaba que "los Españoles Europeos y Americanos elijan estudiar los elementos del Derecho Civil y Real por una Instituta trabajada en ambos Reynos por dos compatriotas".<sup>33</sup> La obra se anunció con el característico título de "*Instituta Civilis Hispano-Indiana*", mismo que, como ya se vio anteriormente, fue el que anunció Beleña en el Prólogo a la *Recopilación* y que se conservó abreviado en el lomo de los cuatro tomos de la edición mexicana, impresa en "quarto regular... para que cada Tomo pueda cómodamente llevarlo consigo el Estudiante aplicado".<sup>34</sup> Desde que se hizo este anuncio se pretendió limitar las suscripciones a la Nueva España, puesto que "se reimprimirá en Madrid si fuese bien recibida del Público".<sup>35</sup>

Cabe aquí hacer un paréntesis para referirse a las posibles razones por las cuales la obra se publicó con un título diferente al que originalmente se había pensado llevara. Ya vimos como anunció la obra la *Gazeta de México*, y cómo únicamente Beleña castellanizó este título al referirse a ella en el Prólogo de la *Recopilación*, y que la forma abreviada de éste mismo título se conservó en los lomos de los cuatro tomos que integraron la edición de 1787 y 1788. ¿Por qué el cambio a *Elucidationes ad quatuor libros Institutionum Imperatoris*...? La obra se integra por las *Institutiones* de Justiniano y una serie de explicaciones acerca de las mismas; en estas explicaciones o comentarios, Magro, y posteriormente Beleña, hicieron una serie de referencias al derecho español y al indiano con el

<sup>31</sup> *Gazeta*, pág. 221.

<sup>32</sup> Catalina García López. *Biblioteca*... pág. 299.

<sup>33</sup> *Gazeta*, pág. 221.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Idem*.

propósito de formar una obra que cumpliera los deseos de la Corona Española tendientes a implantar el estudio del derecho Real y sustituir a los autores extranjeros por nacionales. Pues bien, probablemente Beleña, por más esfuerzos que hizo por actualizar lo escrito por Magro respecto al derecho indiano, no consideró cumplido su propósito satisfactoriamente y decidió cambiar el título a última hora; o bien consideró que las referencias al derecho español no eran suficientes —por su número, no por su valor— para definir la obra en general, de tal modo que constituyera algo más que unos comentarios a las *Institutiones* justineanas. También pudo influir en este cambio el arraigo y autoridad que aún tenía el derecho común en el medio académico y práctico español, lo que hacía difícil la aceptación de una obra "hispano-indiana"; sin embargo, como Beleña y la *Gazeta* habían anunciado unas *Institutiones* hispano-indianas, aquél prefirió conservar el título original en el lomo de los cuatro tomos. De cualquier forma, Beleña agregó la aclaración de que los *Comentarios* estaban "oportunamente enriquecidos con leyes y decisiones del derecho español", si bien el nombre —o el propósito— original estaba más de acuerdo con el movimiento en pro del conocimiento del derecho español.

El principal mérito que la *Gazeta de México* encontraba en los trabajos de Magro era el de haber seguido "un método equivalente al que con muchos años después se previno la Universidad de Alcalá procurase disponerla, siendo casualidad bien notable se anticipase un alumno suyo a emprenderla tanto tiempo antes, y que otro la haya concluido en esta América Septentrional, para aumentar, como ha aumentado a toda ella, quanto concierne a las Leyes de Indias, y Reales Disposiciones de estos Reynos y los de Castilla, que han salido después del fallecimiento" de Santiago Magro.<sup>36</sup> Este método, sin embargo, fue criticado cien años después por Juan Catalina García López por seguir más al de Vinio "y a otros, que a la propia originalidad".<sup>37</sup>

Habiéndose cumplido el requisito de las cuatrocientas suscripciones, los *Comentarios* fueron dados a la imprenta después de 55 años de la muerte de Magro. Esta impresión, como el mismo Beleña afirma, corrió pareja a la de la *Recopilación de los Autos Acordados*: Si bien la primera de estas obras tiene fechada la dedicatoria el 8 de mayo de 1787, y la segunda ocho días después, apareció publicada primero la *Recopilación* pues en el prólogo que antecede a los autos acordados Beleña anuncia que está imprimiendo una *Instituta Civil Hispano Indiana*.

Seguramente la obra vio la luz después de agosto de 1787, pues si bien en la lista de suscriptores se menciona al Arzobispo de México, Alonso Núñez de Haro y Peralta como virrey interino, el período de gobierno de este prelado duró del 18 de mayo al 16 de agosto de 1787, sucediéndolo

<sup>36</sup> *Idem*, pág. 220.

<sup>37</sup> *Biblioteca*... pág. 17.

en el mando político de la Nueva España, don Manuel Antonio Florez, a quien ya está dedicada la *Recopilación* (en cuyo Prólogo se indica que los Comentarios se están imprimiendo) como "actual Virrey de este Reyno"; o sea que la impresión de los *Comentarios* principió, probablemente, durante el interinato del Arzobispo Núñez de Haro, y por esta razón se le menciona en la lista de suscriptores como "Virrey Interino", pero se publicó después de la *Recopilación*, durante el virreinato de Florez. Si la *Recopilación* se refirió a la impresión de los *Comentarios* y aquella se publicó siendo virrey Florez, es evidente que los *Comentarios*, vieron la luz durante el virreinato de este último.

Beleña no cuidó de modificar el dato del Arzobispo en la lista de suscriptores de los *Comentarios*, y así, al aparecer esta obra se le menciona como Virrey interino cuando ya no lo era, y en la *Recopilación*, que se publicó antes, correctamente como "Virrey, Gobernador y Capitán General que fue de esta Nueva España".<sup>38</sup>

El libro está dedicado por Beleña a don José de Gálvez, Marqués de Sonora, quien lo había favorecido tanto durante su estancia en Nueva España, y que precisamente moriría ese año de 1787. En la dedicatoria, el continuador de Magro agradece al Visitador toda la benevolencia y las recompensas que éste le otorgó por su colaboración en Guadalajara y en el Noroeste de México, y reconoce que es de él de quien le vienen "felicidad y honores".<sup>39</sup> Más adelante Beleña, dirigiéndose al lector, nos dejó valiosos datos acerca del origen y vicisitudes por las que pasaron los manuscritos de Magro; a continuación se transcriben, por su importancia y para mayor conocimiento, algunos párrafos de esta segunda parte de la obra:<sup>40</sup>

"...no por dar el primer lugar al Derecho de los Romanos, extraño para nosotros... , descuidemos las leyes de la Patria, plenas de Sabiduría, fuentes de la justicia, ... ..

"...presintiendo esto, y considerándolo una y otra vez, hace ya muchos años había comenzado ... el 'Doctor Complutensis', es decir, Jacobo Magro ... la explicación de las Instituciones: comentando en tal forma a Justiniano que simultáneamente exponía las leyes patrias y nuestras costumbres. Había ya terminado los dos primeros libros y del tercero había llegado al título vigésimo cuando pereció prematuramente y no pudo llevar a feliz término su obra.

"Con este propósito recogió los manuscritos Fr. José Segoviano Magro, de la Orden de San Juan de Jerusalén, primo del autor. Cuando

<sup>38</sup> Beleña. *Recopilación*... T. I, pág. XVI.

<sup>39</sup> Beleña. *Elucidationes*... T. I, pág. II.

<sup>40</sup> Traducidos por Manuel López Medina para los fines de este artículo.

ya habían pasado 25 años y no había ninguna esperanza de que él continuara la obra, por otros cuidados y enfermedad, con beneplácito me cedió y transmitió los escritos, mucho menos incompletos de como los había recibido, desordenados y sin correcciones de Segoviano a lo que Magro había elaborado. Con todo, me parecieron de gran valor, tanto por la eximia sabiduría del Escritor y la amistad de su primo, como por los estrechísimos vínculos de parentesco y gratitud que me obligaban hacia ellos. Bien sabía yo mi ineptitud para esa labor y mi falta de erudición; sin embargo me obligó esa cesión y la memoria de Magro. Movido por esta razón tan poderosa, ya había determinado poner manos a la obra, y comencé mi trabajo; tomándola como arquetipo y prosiguiéndola en consecuencia. A nadie admirará, sin embargo, que le haya dado término hasta ahora, si indico que por un suceso inesperado viajé de España a esta América Septentrional, y anduve por lugares sin caminos, distantes y dispares. Después partí a Madrid, y de allí nuevamente al Nuevo Mundo, destinado a cargos reales, empleando todo mi tiempo en hacer caminos, impartir justicia y tratar negocios públicos".<sup>41</sup>

Refiriéndose en concreto a su propia participación en los *Comentarios* Beleña nos dice:

"Mas como por el paso del tiempo la obra póstuma creciere; y aparecieren entretanto muchas Pragmáticas y Cédulas, de las cuales convenía ser revestida y enriquecida, y aun así pareciere todavía que la misma llegare a América desprovista del Derecho de Indias, estimé que el valor de la obra aumentaría si le añadía adecuadas adiciones, las cuales, aunque no suficientes para ilustrar a los estudiantes del Derecho Municipal, he creído que se podrían adicionar subsecuentemente a efecto de estimular con ellas el espíritu, y mejorar después la obra con un estudio posterior. Pues no se destina la obra a los Sabios, sino a los indoctos; no a los Maestros de Leyes sino a los principiantes.

"Esta obra, por lo tanto, exige con razón que sea recibida benignamente por ser obra no de una sino de dos mentes, regiones y tiempos: no pretende sino que se manifieste el debido amor a la Patria y a que Jacobo Magro salga del olvido y vuelva a la memoria".<sup>42</sup>

De los párrafos transcritos se pueden aventurar las siguientes conclusiones:

<sup>41</sup> Beleña. *Elucidationes*... T. I. págs. VII-X.

<sup>42</sup> *Idem*, pág. X.

1. La obra de Magro se realizó dentro del movimiento favorecedor del derecho español que para entonces tenía ya un tradicional apoyo oficial.

2. Magro siguió el método de comentar las Instituciones y exponer simultáneamente las costumbres y leyes hispanas.

3. José Segoviano Magro, primo del autor, entregó los manuscritos de éste a Beleña "mucho menos incompletos de como los había recibido", es decir, el pariente hizo algún agregado a los manuscritos pero no corrigió lo escrito por su primo.

4. Existía un lazo de parentesco entre los Magro y Ventura Beleña.

5. Beleña tomó lo escrito por Santiago Magro como "arquetipo" para hacer sus propios comentarios, y siguió el método de éste sin alterarlo en lo sustancial, pero enriqueciendo el manuscrito con las nuevas disposiciones reales y del derecho indiano.

6. Beleña pensó mejorar la obra en el futuro con nuevas adiciones y estudios.

7. Estamos ante un libro dirigido a estudiantes, con el propósito de fomentar el conocimiento de las leyes españolas y para sacar del olvido a Santiago Magro.

Una tercera parte del primer tomo de los *Comentarios* está constituida por la lista alfabética de suscriptores a la obra, que fueron 401 en total si sumamos los dos españoles que se incluyeron en la lista de suscriptores de la *Recopilación de Autos acordados*. Más adelante se analizará el contenido de esta lista, a la que siguen la fe de erratas y el índice correspondiente al tomo primero.

El método que siguieron Magro y Beleña para comentar las *Instituciones* fue el siguiente: Transcriben el Título y el Paso respectivo, mismos que les dan base a una "Elucidatio" (Comentario), que se divide en varios numerales, cuyo contenido es una afirmación o cuestión que se refiere a ese Título o Paso. Listadas y numeradas estas afirmaciones o cuestiones, los autores pasan a desarrollar o explicar cada una de ellas, refiriéndolas a la lista por medio del mismo numeral que les corresponde en ésta, colocado a la izquierda y al principio de la explicación o comentario. Es en estas explicaciones o comentarios de la afirmación o cuestión propuesta, donde se encuentra todo el trabajo doctrinal de los autores y las referencias a las leyes y a los autores españoles e indianos.

Al final del cuarto tomo, Beleña incluyó una dedicatoria especial de su trabajo a la Virgen de Guadalupe, acto explicable si tenemos en cuenta que había sido "Juez Protector de la Villa y Santuario de Nuestra Señora de Guadalupe" y había permanecido más de veinte años en suelo mexicano:

"a Ella pues, que bajo el título de GUADALUPE se apareció en su insigne Imagen en México, todo me entregué constantemente, y ahora le dedico la culminación de mis labores y de esta obra, con

suma confianza...; pidiéndole una cosa, que los imbuidos de los elementos de la verdadera justicia, no sean simplemente oyentes de la ley sino sus realizadores..."<sup>43</sup>

#### e) La intervención de Beleña en la Obra

Aparte de haber escrito desde el Título 27 del Libro Tercero al final del Libro Cuarto, Beleña elaboró una serie de notas, aclaraciones y agregados a lo escrito por Magro, los cuales van claramente indicados debido a que aquel autor tuvo la previsión de advertirnos de ellos mediante unos asteriscos que colocó donde principiaba y finalizaba su intervención. En base a estas valiosas señales se pudieron detectar las siguientes notas, aclaraciones y adiciones de Beleña a la parte redactada por Magro:

	<i>Tit.</i>	<i>Paso</i>	<i>Tomo</i>	<i>Págs.</i>
Proemio			I	1-20
LIBRO PRIMERO	2	3	I	52 y 56-57
	3	Principium	I	89 y 97-101
	9	1	I	162, 175 y 178
	10	Principium	I	185 y 187-193
LIBRO SEGUNDO	1	2	II	12 y 13
	1	6	II	17
	1	17	II	41 y 43
	1	22	II	49
	1	39	II	105 y 108
	6	Principium	II	230 y 238
	7	3	II	292
	8	Principium	II	298 y 307
	9	1	II	330
	10	14	II	386
	11	6	II	397 y 398
	13	5	II	347, 444 y 445
	18	1	II	563 y 571
	20	24	II	709 y 710
LIBRO TERCERO	10	7	III	139, 141, 142; y 156 a 158
	15	3	III	226, 230 a 241.

<sup>43</sup> *Idem*, T. IV, pág. 458.

De estas notas, adiciones y aclaraciones, destacan, por su especial referencia al derecho indiano, y en concreto al aplicado en Nueva España, las contenidas en el Proemio y en los pasos: Principium del Título tercero, 1 del Título noveno y Principium del décimo, todos éstos del Libro Primero; 2, 6, 22 y 39 del Título primero, 6 del Título décimo-primer, 1 del Título décimooctavo y 24 del Título vigésimo, del Libro Segundo; y el 7 del Título décimo y 3 del décimo quinto, del Libro Tercero.

En estas notas, el comentarista radicado en México ya habla de las "chinampas", los "mestizi", los "mulatos", "coyotes", "gañanes", las "castas" y los "castizi"; de la "Azequia de Ixtacalco" y de "Chalco"; y usa expresiones como la de "nuestra América" y "nuestro derecho Hispano indiano". En ellas también se refiere a don Juan de Palafox, a los Concilios Mexicanos y a su propia *Recopilación de autos acordados*. Menciones todas que hacen pensar primero, que fueron escritas en México; segundo, en el alto nivel de conocimientos acerca de la realidad mexicana que tenía Beleña; y por fin y lo que es más importante, en el interés que tenía este autor por el derecho emanado en y para la Nueva España.

Es muy significativo que en el resto de lo escrito por Beleña, esto es, del Título 27 del Libro Tercero hasta el Título 17 del libro Cuarto, disminuyan considerablemente las referencias al derecho indiano y más aún al novohispano, aunque se sigan las líneas de Magro respecto al método y a las menciones de autores y leyes peninsulares. ¿Habrán sido esta parte, en consecuencia, redactada en España cuando todavía no estaba Beleña empapado del derecho novohispano?: recuérdese que Beleña recibió los manuscritos de Magro en 1757, o sea, ocho años antes de venir a América. Las menciones del derecho vigente en Nueva España y los envíos a su propia recopilación de autos acordados se reanudan en forma notoria a partir del Título 18 del último Libro.

#### f) Fuentes

¿Cuáles fueron las fuentes doctrinales y legales que usaron tanto Magro como Beleña para elaborar los *Comentarios*? El material bibliográfico resulta tan grande que es imposible mencionar todas las obras que lo integran en este artículo. No obstante a manera de ilustración y para conocer la variedad de obras, autores y leyes que manejaban los juristas hispanos del siglo XVIII, representados en este caso por Santiago Magro y Eusebio Ventura Beleña, se mencionan a continuación algunas de las obras citadas por estos autores en los *Comentarios*. En las siguientes listas se ha castellanizado el nombre de los autores pero se ha conservado la forma abreviada de los textos tal y como fueron citados por Magro y Beleña. La castellanización e identificación de las obras sobrepasa los límites de este estudio.

De Magro se citan obras incluidas en los Títulos 1 y 2 del Libro Primero, y en el Título 14 del Libro Tercero:

AUTOR	OBRA CITADA
<b>TITULO 1, L. 1º</b>	
Platón	Phedro
Cicerón	De Leg. Offic. Reth.
Aristóteles	Met. Ethic.
	Digesto
Oven	Epig.
San Isidoro	Etym.
San Agustín	De Civ. Dei., de Lib. Arb.
Santo Tomás de Aquino	(Suma Teológica)
San Atanasio	Sim. Fid.
San Mateo	(Evangelio)
San Ambrosio	De Jacob.
Molina	De Just., Jur. Tract.
Soto	De Just.
	Novelas
José Aguirre	Philos. Mor.
San Irineo	Apol. Adv. Ruf.
Santiago	Epist.
Bejerlinh	Theat. Vit. Hum.
	Partidas
	Recop. (Recopilación de Leyes de Castilla)
Virgilio	Aeneid.
San Pablo	Epist. Cor., Thimot.
<b>TITULO 2, L. 1º</b>	
<b>AUTOR</b>	
<b>OBRA CITADA</b>	
Plinio	Hist. Nat.
Plutarco	Brut.
Séneca	De Vit. Beat.
Caramuel	Theol. Fund.
Luna	De Jur. Rat.
San Pablo	Ad. Haebr., Ad. Rom.
San Ambrosio	Offi.
San Irineo	Epist. Ad. Algas

Cicerón	De Legib. C. (Código) Regia Provisione 14/sep/1771, 11/dic/1772
González	De Rescrip.
Amaya	Observ. Jur.
Vela	Disert.
Covarrubias	Resol.
González	Apparat. ad. Decret. Part. (Partidas)
Ramos del Manzano	Ad. LL. Jul. & Pap.
Alciato	Embl.
Ovidio	Ad. Liv.
Horacio	Satyr.

## TITULO 14, L. 3º

	(Digesto) C. (Código)
Valerón	De Transact.
Pedro Gregorio	Syntag.
Séneca	De Benef.
Vinio	De Pactis
Morla	Empor.
Molina	De Primog.
Olea	De cess.
Orozco	De Apicib. jur.
Retes	Opuscul.
Cicerón	De Senect.
Mendoza	De Pact.
Larrea	Decis.
Farías	Variar.
Ribas	De Acquisit.

Para ilustrar sobre las *fuentes* usadas por Beleña, principalmente sobre aquellas que se refieren al derecho indiano, se enlistan algunas de las que incluyó en el Proemio, en el agregado al comentario de Magro al "Principium" del Título 3 del Libro Primero, y en el agregado al Paso 7, Título 10 del Libro Tercero.

AUTOR	OBRA CITADA
PROEMIO	
San Pablo	Ad. Corint., Ad. Coloss., Ad. Rom.

AUTOR	OBRA CITADA
	Proverb. Novelles Part. (Partidas) Recopi. Novae autem Collectiones legum Castellae & Indiarum.
Cicerón	Epist. Famil.
Séneca	De Clement.
Alciato	Pareg.
Virgilio	Georg.
Juan Castro	Discrus. Critic. Sup. Leg.
Vicente Vizcaíno	Compend. Partitat. Discurs. Praelimin.
P. Mariana	Hist. Gener. Hisp.
P. Duchesne	Comp. ejusd. Hist.
San Isidoro	Hist. Reg. Goth. Regia Provisione 14/sep/1771 11/dic/1772
	Fuero Juzgo Libro de los Consejos de Castilla Autos Acordados del Supremo Consejo Castellano Leges Styli
Antonio Fernández Prieto y Sotelo	Histor. Juris. Hispan.
Gregorio López	Glos.
Alfonso XI	Ordinamenti Complutensi
Cornejo	Practation Dictionar. Historic.
Reyes Católicos	Ordinamentum Regium
	Leyes de Toro Collectio Legum Indianorum Ordinationum

## PRINCIPIUM T. 3, L. 10.

Juan de Solórzano	Politicam Indianam
-------------------	--------------------

AUTOR	OBRA CITADA
	Regia Scheda 26/may/1609 10/oct/1611 11/feb/1725 21/feb/1725

	Recop. Ind.	
	Part.	
Matías de Gálvez	Bando	23/mar/1785
Marqués de Croix	Constitutione	11/jun/1767
Antonio Bucareli	Bando	14/jul/1773

## PASO 7, T. 10 L. 3º

	Regia Schedules	9/oct/1766
		13/mar/1777
	Pragmática Sanctio	2/feb/1766
	Bando	13/dic/1776
Solórzano	Polit. Ind.	
Beleña	"Nostra Recop. Suma".	

En el Paso 3, Título 15, del Libro Tercero, Beleña se refiere a los Concilios Mexicanos celebrados en 1585 y 1771, así como recuerda al Arzobispo Juan de Palafox, "cuya mención no omitimos por ser de grata memoria".<sup>44</sup> Es constante el envío que el propio autor hace a su *Recopilación Sumaria de Autos acordados*, que por imprimirse simultáneamente a los *Comentarios*, provocaron la siguiente nota aclaratoria, incluida al principio del tomo I: "Las Cédulas y Ordenes Regias que se citan en la obra o en sus adiciones, como las dirigidas a esta Nueva España se encuentran en la colección de las mismas que al mismo tiempo se mandan imprimir, y por lo tanto no podemos señalar sus hojas o los lugares donde se encuentran en su debido orden".<sup>45</sup>

## g) Difusión de los COMENTARIOS

Como lo había anunciado el *Suplemento a la Gazeta de México*, los *Comentarios a los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano* se darían a la imprenta únicamente si eran solicitados por cuatrocientos suscriptores, "que prometan tomar la Obra en diez pesos, sin exigirse ni su respectiva exhibición de cinco hasta irse entregando cada dos Tomos de los cuatro". Asimismo se anunció que los dos primeros tomos podrían tenerse listos para el 1º de julio de 1787, pero como ya se trató de probar anteriormente salieron, cuando menos, a fines de agosto. Los dos restantes están fechados en 1788.

Del análisis de la lista que se formó de los suscriptores nos podemos dar alguna idea del amplio campo de difusión —personal y geográfico— que alcanzaron los *Comentarios*; esto permite, a su vez, conocer la de-

<sup>44</sup> *Idem.* T. III, pág. 231.

<sup>45</sup> *Idem.* T. I, pág. XII.

manda y el interés que suscitaban los textos jurídicos en la sociedad novohispana de finales del siglo XVIII. Así, aparecen en la lista suscriptores de lugares tan conocidos como México, Puebla o Guadalajara, pero al mismo tiempo se señalan otros sitios que hasta la actual geografía política mexicana apenas recuerda. Se ha intentado ubicar, hasta donde es posible, los pueblos y ciudades citados dentro de las actuales entidades federativas; en la mayoría de los casos esto fue posible, pero en otros el eventual cambio de nomenclatura que debieron sufrir los pueblos al correr de dos siglos, impidió que el objetivo se consiguiese; de cualquier forma, el hecho mismo de presentarse este tipo de dificultades para identificar a los pueblos indica que no estamos ante lugares densamente poblados, o que representen actualmente gran importancia histórica o comercial en nuestro país, lo que habla de la difusión que en aquella época tenían las obras jurídicas.

I. Difusión Geográfica<sup>46</sup>

Lugar:

España<sup>47</sup>

La Habana

Guatemala

Caracas

Nueva España:

Sonora

Chiguagua (Chih.)

Presidio de Río Grande (Chih.)

Monterey (Calif.)

Real de Bacobirito (Sin.)

Saltillo (Coah.)

Durango (Dgo.)

Zacatecas (Zac.)

Goanaxoato (Gto.)

Guadalajara (Jal.)

Oaxaca (Oax.)

Puebla (Pue.)

Veracruz (Ver.)

Querétaro (Qro.)

Zacatlán (Pue.)

Acazingo (Pue.)

Papantla (Ver.)

Tantoyuca (Ver.)

San Juan de los Llanos (Pue.)

Ayoquesco (Oax.)

Teutitlán (Oax.)

Campeche (Cam.)

Temascaltepec del Valle (Méx.)

Xiquipilco (Méx.)

San Miguel el Grande (Gto.)

Cuyacán (D.F.)

San Agustín de las Cuevas (D.F.)

Villa de León (Gto.)

<sup>46</sup> Se citan únicamente los lugares que se consideraron más representativos para formarse una idea del campo de difusión geográfica.

<sup>47</sup> Como la *Gazeta* advirtió, no se recibieron suscripciones de España porque se tenía pensado editar la obra en la Metrópoli si era bien recibida por el público; sin embargo, consta que hubo 7 suscriptores de la Península para un total de 18 ejemplares.

México (D.F.)	Tehuacán (Pue.)
Lagos (Jal.)	Talixtaca (?)
Chilapa (Gro.)	Xoochila (?)
Tasco (Gro.)	Tuxupilco (?)
Acapulco (Gro.)	Cimatlán (?)
Zitáquaro (Mich.)	
Amealco (Qro.)	

De las 401 suscripciones recibidas, 7 fueron de España, 11 de La Habana, 4 de Guatemala, 1 de Caracas, y el resto de la Nueva España. En ésta, la mayoría de los suscriptores se concentraban en torno a la capital virreinal, sobre todo en el territorio que comprenden los actuales estados de México y Puebla, y el Distrito Federal, lo cual resulta fácil de comprender si pensamos que esta zona del país siempre ha sido la de mayor concentración humana y, por lo mismo, el mayor centro cultural y económico de México; en cambio, escasean las menciones al Noreste del país y a la Península de Yucatán.

## 2. Difusión personal:

Propiamente todos los niveles ilustrados de la sociedad mexicana de la época se suscribieron a los *Comentarios*, desde el Conde de Gálvez, 49o. Virrey de la Nueva España, que poco antes de la publicación murió repentinamente, y el Ilmo. Arzobispo y Virrey Interino, Alonso Núñez de Haro, hasta el cura de Xiquipilco. Reales Tribunales, Colegios, Hospicios, Seminarios, Bibliotecas Conventuales, Universidad, curas, frailes, abogados, funcionarios de la administración virreinal, obispos, canónigos, inquisidores, rectores, catedráticos, intendentes del recién formado ejército, y gran número de particulares suscribieron los *Comentarios* de la siguiente forma:

<i>Clase de suscriptor</i>	<i>Número de suscriptores</i>
Abogados: <sup>48</sup>	
Licenciados	80
Doctores	29
Particulares	95
Clérigos:	

<sup>48</sup> Se tomaron en cuenta para esta clasificación aquellas personas que se mencionan como licenciados o doctores sin referirlos a ningún cargo eclesiástico, aunque se debe hacer notar que pudieron ser graduados en Derecho Canónico o en otras ciencias; asímismos, muchos de los clérigos eran licenciados o doctores en ambos derechos.

Arzobispos y Obispos	7
Priores	2
otros	112
Funcionarios públicos	50
Instituciones	17
Miembros del ejército	5

La gran parte de los suscriptores solicitaron uno o dos ejemplares, pero hubo quien solicitó más de dos; éstos fueron:

La Real y Pontificia Universidad	50
El Real e Ilustre Colegio de Abogados de México	40
D. Victoriano López Gonzalo, Obispo de Tortosa	12
Fray Antonio de San Miguel, Obispo de Michoacán	12
El Real Tribunal del Consulado	10
El Colegio Real y Tridentino	10
El Seminario de Puebla	10
Lic. José Antonio Bugarin, cura de Zacatecas	8
D. Tomás López de Escala, de Querétaro	5

## h) *Destino de los* COMENTARIOS

Con los *Comentarios* publicados y difundidos prácticamente en toda la Nueva España y en algunos lugares importantes fuera de ésta, y en manos de la ilustración novohispana, ¿cuál iba a ser su destino? Como el mismo Beleña y la *Gazeta de México* informaron, estaban dirigidos al estudio del derecho, principalmente a aquel que se iniciaba en los conocimientos jurídicos, como un medio idóneo para conseguir el conocimiento del derecho español, y en particular para sustituir la obra de Arnaldo Vinio que tanto auge tenía por aquel tiempo. En un principio parece que dichos propósitos se cumplían, puesto que si la *Gazeta* había limitado las suscripciones a América "porque se reimprimirá en Madrid si fuese bien recibida del público", el hecho mismo de aparecer en 1792 en esa ciudad implica que fue aceptada favorablemente por los conocedores del derecho.<sup>49</sup> En efecto, la *Continuación del Memorial literario, instructivo y curioso*

<sup>49</sup> La reimpresión madrileña fue hecha por Joaquín Ibarra, en 2 tomos. Es interesante porque, según indica Catalina García López, el tomo I salió publicado con un *Auto del obispo de Puebla de los Angeles sobre reforma y fomento de las cátedras de Derecho en el Seminario Palafoxiano*; sin embargo, no se pudieron encontrar ejemplares en México de esta edición española que seguramente resulta valiosa para conocer el estado de los estudios jurídicos en Nueva España en aquella época por el *Auto* que se le agregó.

de la Corte de Madrid correspondiente a julio de 1793 daba a conocer esta reimpresión en los siguientes términos:

"El designio de esta obra es ciertamente grande y muy deseado para el logro de una cómoda y fácil instrucción de la juventud en los primeros años que cursan las universidades, con el fin de aprender por medio de una *Instituta* todos aquellos principios elementales y científicos que conducen a poseer la Jurisprudencia..."<sup>50</sup>

e informaba que:

"...en algunas universidades de las Indias se haya mandado dar esta obra en lugar de la de Vinio, u otras de esta clase que antes se estudiaban".<sup>51</sup>

El éxito parecía sonreírle a los reyes y juristas españoles, y en particular a Beleña un año antes de su muerte: su obra era estudiada en "algunas universidades de las Indias" en sustitución de la afamada de Vinio y publicada en Madrid por ser "bien recibida del público". Sin embargo, la situación que siguió a la reimpresión madrileña no demuestra mayor triunfo: nunca más fue editada ni reimpresa; las referencias posteriores que constan de la obra son escasísimas —al menos en México—, olvidándose hasta el presente, y lo que es peor, la *Instituta* de Vinio, con los comentarios de Heinicio, continuó editándose años después traducida al castellano y "adicionada con las variantes del derecho español" por D.J.L. y B., cuando menos otras dos veces, ambas en Barcelona: en 1846 en la Imprenta de José Torres, y en 1867 por D. J. Olivares y una edición latina apareció en Valencia hacia 1826.

Si nos atenemos al anterior análisis, el fracaso del movimiento en favor del estudio del derecho Real parece ser rotundo en esta época; la autoridad del derecho romano era imponente y no resultaba fácil ponerlo en entredicho. No obstante, se requiere un estudio más profundo sobre este aspecto para poder concluir en definitiva. Por lo pronto, la Nueva España se independizaría años después de la Metrópoli y los juristas mexicanos que experimentaron aquel movimiento tendrían ocasión de continuarlo pero dirigiéndolo específicamente al derecho mexicano.

### i) Referencias

Después de la mención que en 1793 hizo el *Memorial literario*, pudimos encontrar citados los *Comentarios* en las obras siguientes:

<sup>50</sup> *Op. cit.*, pág. 116.

<sup>51</sup> *Idem*, pág. 117.

Beristain y Souza, José Mariano. *Biblioteca Hispano Americana Septentrional*. México, s/e., 1816. Tomo I, pág. 170.

Catalina García López, Juan. *Biblioteca de escritores de la provincia de Guadalajara y bibliografía de la misma hasta el siglo XIX*. Madrid, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1889, págs. 17 y 18.

Tapia, Eugenio y Anastasio de la Pascua. *Febrero Mejicano*. Méjico, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1834. T. III, pág. 131.

Cruzado, Manuel. *Bibliografía jurídica mexicana*. México Tip. de la Oficina Impresora de Estampillas, 1905, pág. 58. Este autor toma la cita de Beristain y Souza.

Escrache, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París, México Librería de Ch. Bouret, 1888, pág. 1523 y pág. 539 y succs. Escrache se refiere a la mención que Rodríguez de San Miguel hace de las *Elucidationes* en lo que respecta al depósito irregular, en la edición mexicana de su *Diccionario*.

Esto nos indica que dos juristas mexicanos de la primera mitad del siglo XIX: Rodríguez de San Miguel y Anastasio de la Pascua, conocían y manejaban las *Elucidationes*.

León, Nicolás. *Bibliografía mexicana del siglo XVIII*. México, Tip. de la Vda. de Francisco Díaz de León, 1908, Sec. 1a. Pte. V. 159, pág. 27. (León advierte que: "la obra citada no la he visto".)

Toribio Medina, José. *La Imprenta en México*. Santiago de Chile, Casa del autor, MCMXI, págs. 474 y 475. El autor hace mención de los libros de Beristain, Catalina García y de Nicolás León; y cita el *Boletín de la librería* de Murillo, y la Biblioteca de los Agustinos de Valladolid, en el Museo Británico, Tomo I. Estas dos últimas fuentes no fue posible verificarlas.

Sánchez Bella, Ismael. "Los comentarios a las Leyes de Indias", en *Anuario de Historia del Derecho Español* Tomo XXIV, Madrid, 1954, pág. 485.

*Diccionario Porrúa de historia, bibliografía y geografía de México*. México, Porrúa, 1964, pág. 181, en la Voz "Beleña".

Mendieta y Núñez, Lucio. *Historia de la facultad de derecho* 2a. ed. México, UNAM, 1975, pág. 85. (Transcribe la cita de Cruzado.)

j) *Voto final*

Súmense, pues, estas páginas a la poquísima bibliografía sobre este interesante libro mexicano del siglo XVIII, y sirvan las mismas para recordar a Eusebio Ventura Beleña y para que nuevamente Santiago Magro "salga del olvido y vuelva a la memoria".

## BREVES NOTAS SOBRE LA HISTORIA DE LA BANCA EN MEXICO

Conferencia sustentada por el Lic. ENRIQUE CREEL DE LA BARRA, Presidente de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en el Auditorio de la Escuela Libre de Derecho.

Señor Rector en funciones de la  
Escuela Libre de Derecho,  
Señores catedráticos,  
Señores invitados,  
Compañeros estudiantes:

La honrosa invitación que se me ha hecho para platicar con ustedes en el foro de esta prestigiada Escuela Libre de Derecho me abre perspectivas estimulantes. No sólo constituye un privilegio, que mucho me enaltece, estar en esta Institución que es semillero de abogados de pro-sapia, sino que se me da la ocasión de iniciar un diálogo con jóvenes inquietos y curiosos de la vida de México, que espero redundará en positivos resultados.

He elegido para esta ocasión como tema de plática la Historia de la Banca en México. Estoy consciente de la dificultad de abordar un tema tan complejo y tan extenso en el breve lapso que se tiene programado para esta intervención. Así pues, intentaré un esfuerzo de síntesis para destacar algunos hechos relevantes con el propósito de presentar una panorámica general que no deja de correr el riesgo de resultar superficial o incompleta.

Durante la Colonia y la primera etapa de México Independiente, lo que puede considerarse como una incipiente actividad bancaria quedó en manos del clero o de los particulares que, sin concesión legal ni más normas que los dictados de su interés, hacían préstamos hipotecarios y refaccionarios, emitiendo en algunos casos vales que adquirían una circulación imperfecta, pero que pueden considerarse antecedentes en embrión de la banca de emisión.

Fue en el gobierno de ese monarca progresista e ilustrado que era

Carlos III de España, cuando se iniciaron los primeros esfuerzos para crear un banco destinado a facilitar y fomentar las operaciones del comercio en general. Se trata del Banco Nacional de San Carlos, fundado en México en 1782, de vida efímera y sin resultados positivos.

Más éxito tuvo el Banco de Avío de Minas, creado durante el mismo gobierno, cuya operación duró hasta los primeros años de la Independencia. Sin embargo, esta institución, destinada a otorgar préstamos a la minería —actividad que, junto con la agricultura ocupaba el mayor rango en la economía mexicana de la época— fue vista desde un principio como una institución destinada a suplir los préstamos particulares, lo que hizo exiguo su desarrollo y escasamente satisfactorios sus resultados.

Otro intento de institucionalizar la actividad bancaria, lo constituye la creación del Banco de Avío proyectado y promovido por Lucas Alamán y Esteban de Antuñano en 1830. Esta institución, establecida por el Gobierno de la época, responde a la persistente actitud de Alamán y su grupo de iniciar la industrialización del país, con objeto de evitar peligrosas dependencias con el exterior —fundamentalmente con los países europeos— y de lograr, en forma paulatina, nuestra autosuficiencia económica. Así, el Banco de Avío se orientó, de manera principal, a promover la industria de textiles de algodón, poniendo créditos a disposición de los importadores del equipo necesario.

Su funcionamiento, sin embargo, se vio interferido por los acontecimientos políticos. Hay que recordar que durante la época en que operaba este banco, había estallado la Guerra de Texas y se comenzaba a gestar la sombra de la invasión norteamericana que tuvo lugar más tarde; amén de los disturbios internos que se sucedían con alarmante frecuencia. Además, graves fallas en la administración del banco y la carencia de capitales privados mexicanos hicieron que esta institución no prosperara.

La poca trascendencia de estos intentos balbucentes hace que los dos primeros tercios del México Independiente continúen transcurriendo como en el pasado, sin un sistema financiero organizado, con la recurrencia a prestamistas particulares no autorizados para la atención de las necesidades financieras y con negociaciones, no siempre felices, de créditos extranjeros para la satisfacción de los requerimientos gubernamentales.

En 1864, durante el Imperio de Maximiliano, se establece en México una sucursal del Banco de Londres, México y Sudamérica, institución inglesa que actúa como banco de emisión. Este hecho tiene mayor trascendencia, ya que por primera vez hay billetes de banco en México y estos penetran en nuestro medio sin dificultad, igual durante el Imperio que, más adelante, en la República Triunfante.

Sin embargo, durante los primeros años de su actividad, el Estado no ejerce sobre esta institución el menor derecho de intervención en sus

operaciones y la institución trabaja sin rendir cuentas, ni publicar balances, ni sujetarse a la menor vigilancia gubernamental.

Si bien el Banco de Londres, México y Sudamérica, viene a ser en rigor el pionero del régimen bancario mexicano, el papel de fundador de los bancos legalmente constituidos y dotados de personalidad claramente reconocida por la ley corresponde al Banco Nacional de México, establecido en 1884, aun cuando con anterioridad se otorgaron concesiones estatales, como la que en 1875 dio lugar al establecimiento del Banco de Santa Eulalia, en el Estado de Chihuahua.

Esta posibilidad de contar con una banca que operara en escala nacional pudo lograrse gracias a que en el mes de diciembre de 1883 quedó aprobada una trascendental reforma al Artículo 72 de la Constitución Política para federalizar la Legislación Bancaria. Esta reforma cobra especial importancia dentro de nuestra materia, ya que permite que el Código de Comercio de 1884 —y después el de 1889— estructuren en lo jurídico el carácter de las operaciones bancarias, evitando la anarquía que se había presentado por falta de normas generales, al dejar al arbitrio de los gobiernos estatales la concesión de los bancos y, teóricamente, la reglamentación de sus operaciones.

Sin embargo, no es sino hasta 1897, al expedirse la Ley General de Instituciones de Crédito, que queda reglamentada por primera vez la actividad bancaria, definiéndose la facultad del Estado para regularla y controlarla y estableciéndose atribuciones para fiscalizar su operación. Este ordenamiento viene a constituir la más importante aportación, a nuestro juicio, en materia del régimen legal con el que habrá de operar la banca porfiriana.

Este marco jurídico representa un paso histórico nada deleznable. No sólo termina con el peligroso desorden que suponía dejar la actividad bancaria al arbitrio absoluto del agiotista o el banquero, sin normas ni criterios de la autoridad, sino que representa un primer esfuerzo —balbucente e inseguro, es cierto, pero valioso— para estructurar un sistema financiero.

La presencia del Estado como rector de la actividad bancaria, con todas las suavidades y limitaciones que le impone un régimen defensor del más puro y recalcitrante liberalismo económico, viene a significar la importancia que se otorga, desde entonces, a la banca dentro del contexto económico de la Nación y el reconocimiento de la responsabilidad que se confía a esa actividad.

Sin embargo, la banca porfiriana peca del mismo defecto en que, en otros campos, incurre el régimen: su falta de sentido social.

El banco es contemplado, frecuentemente, como un instrumento de apoyo a los negocios de las grandes élites, de los grupos económicos cerrados y de las minorías de la población, sin constituir un instrumento compensatorio y regulador de la riqueza.

“La estructura bancaria existente durante el gobierno de Díaz” —dice Raúl Ortiz Mena— “correspondía a un mecanismo en formación, integrado por bancos de emisión y unos cuantos bancos hipotecarios y refaccionarios, poco elástico en sus operaciones y cuyos servicios eran restringidos”.

Sentimos que el fracaso de muchas instituciones, a partir de la Revolución Armada, obedece en gran parte al fracaso mismo del sistema político, el sistema financiero entró en crisis y muchos bancos no pudieron superar una situación angustiosa que los llevó a la quiebra.

De los 25 bancos de emisión, 3 hipotecarios y 7 refaccionarios que constituían el sistema financiero porfiriano, muy pocos lograron sobrevivir los años violentos de la Revolución Mexicana.

A partir de ese momento, México se siente aquejado por profundas y dolorosas luchas intestinas, buscando soluciones que no dejan de ser incompletas si se piensa en la dificultad de implementarlas en momentos de difícil equilibrio político. Por ello, resulta frecuente considerar que la etapa institucional de la Revolución Mexicana se inicia en el período presidencial de don Plutarco Elías Calles, en un tiempo que ofrece ya los rasgos de la paz social. En efecto, la revolución, a partir de esa época cesa de agotarse en el levantamiento violento y en la lucha fratricida para poner a prueba la capacidad de poner en marcha, en forma constructiva, los principios que dieron origen al movimiento regenerador.

En materia bancaria, a partir de 1924, el Ministro de Hacienda, Alberto J. Pani, cita a una Primera Convención Nacional Bancaria, en la que se establecen las reglas del juego para regularizar la acción y la operación de la banca.

De ese diálogo positivo entre el gobierno y la banca, salen diversas medidas importantes:

a) La expedición de una nueva Ley Bancaria en 1924, y apenas dos años después, en 1926, de una segunda Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

b) La creación de la Comisión Nacional Bancaria, en diciembre de 1924, que establece por primera vez un órgano oficial que vigila la operación financiera, lo que viene a otorgar a esta su carácter de servicio público general.

c) El establecimiento del Banco de México, en 1925, como banco único de emisión.

d) La fundación del Banco Nacional de Crédito Agrícola, en 1926, con lo que surge la figura de la institución nacional de crédito que habrá de ser recogida por la Ley de 1932.

e) Y el establecimiento de nueve Bancos Agrícolas Ejidales, de carácter local, también en 1925 y que fueron liquidados en 1931.

Destaca, fundamentalmente, en esta nueva concepción, un principio que habrá de continuarse en toda la historia de la banca mexicana moderna: la necesidad de vincular la función crediticia con la atención de los problemas nacionales y, de esta manera, la declaración de un cambio ideológico de especial importancia, en relación con la banca porfiriana: la banca ya no es una simple empresa comercial que sirve de instrumento de apoyo a los intereses de unos cuantos, sino un mecanismo esencial para el desarrollo general del país que requiere satisfacer necesidades económicas y participar en un mayor equilibrio social de la población.

Los pasos que se dan adelante, parten de esta tesis, que inicia la historia de nuestra banca moderna y recoge el pensamiento de ilustres mexicanos que plantearon un cambio conceptual y trascendente para la vida de México.

Considero que la historia de la banca de la revolución mexicana puede dividirse en cuatro grandes etapas que son: una primera, de banca especializada estricta, que se manifiesta en la concepción de las leyes bancarias de 1924 a 1926; una segunda fase de especialización atenuada que se refleja en las leyes de 1932 y 1941; un tercer paso, que lo viene a constituir el reconocimiento de grupos financieros, en los términos de las reformas a la Ley Bancaria de los años de 1970 y 1974 y, un cuarto momento, que corresponde a la integración de las más importantes instituciones del sistema en bancas múltiples. Este último período, si bien se inicia anteriormente, encuentra su más decidido respaldo en las recientes reformas de diciembre del año pasado.

La ley de 1924 señala expresamente los tipos de instituciones bancarias que integran el sistema financiero y que son:

a) De acuerdo con su artículo 6º, los siguientes tipos de instituciones de crédito: I) el Banco Unico de Emisión y la Comisión Monetaria; II) los bancos hipotecarios; III) los bancos refaccionarios; IV) los bancos agrícolas; V) los bancos industriales; VI) los bancos de depósito y descuento; VII) los bancos de fideicomiso.

b) Su artículo 105 considera como establecimientos bancarios los siguientes: I) los establecimientos nacionales cuyo objeto exclusivo o principal es realizar operaciones bancarias; II) las sucursales de bancos extranjeros.

c) Su artículo 1o. transitorio, sin incluirlos en la clasificación, dispuso que los Almacenes Generales de Depósito continuarían rigiéndose en lo general por su ley especial de 16 de febrero de 1900.

Como se ve el principio que sirve de base para esta ley es el de la especialización estricta de las instituciones. Este criterio, que también se recoge en la de 1926, viene a ser el primer enfoque de orden técnico con el que opera el sistema bancario postrevolucionario.

Sin embargo, en la exposición de motivos de la Ley de 1932 ya se menciona que la especialización prevista en la Ley de 1924 había resultado casi puramente nominal. En efecto, textualmente se dice que "desde los primeros actos de nuestro Derecho Bancario, se ha mantenido un régimen de especialización, aun cuando por las circunstancias mismas del país, a pesar de la aparente rigidez de tal régimen, en realidad la especialización ha sido casi puramente nominal, pues no obstante que la Ley vigente mantiene la diferenciación entre bancos de depósito y descuento, refaccionarios, hipotecarios y los llamados de fideicomiso y aun establece otras diferenciaciones secundarias, en la práctica, o no ha sido posible fundar y sostener instituciones estrictamente especializadas, o, de hecho, ha sido necesario permitir que una misma institución practique operaciones correspondientes a diversas especialidades, con lo que, en verdad, nuestro régimen bancario está integrado por instituciones de depósito y descuento que habitualmente llevan a cabo operaciones bien distintas de los préstamos y descuentos propiamente comerciales.

Esta ha sido una de las más graves deficiencias legales y prácticas del sistema bancario mexicano..."

Así, el sistema bancario erigido desde la revolución adolecía del mismo defecto que había influido tanto en la ruina del sistema prerrevolucionario: el desacuerdo entre la teoría y la legislación de una banca sana, semejante a la que se había desarrollado en Europa y los Estados Unidos, y las realidades de una economía en la que se dejaba sentir la falta de capital y de crédito a largo y mediano plazo más que de crédito a corto plazo.

Por ello, la Ley de 1932 abandonó el principio que había servido de base a la Ley de 1924, o sea el de la especialización estricta de las instituciones. Se decidió reconocer la realidad de la situación y permitir que incluso los fondos procedentes de depósitos a la vista pudieran ser invertidos según las necesidades económicas, en condiciones de exigibilidad y de garantía que se estimasen adecuadas.

Es decir, el antiguo sistema de instituciones especializadas estrictamente, se substituyó por otro de especialización real, con arreglo al cual los fondos procedentes de cada grupo de operaciones pasivas debían invertirse en operaciones activas de crédito de naturaleza correspondiente a su origen. De esta manera, una misma institución podría efectuar diversas operaciones pasivas y activas de crédito; pero para evitar confusiones, se exigió que las que realizaran más de una categoría de operaciones (por ejemplo, ahorros, además de depósitos y descuentos), lo hicieran por medio de departamentos especiales, a cada uno de los cuales correspondería una parte de su capital, y con registro separado de sus operaciones.

En 1941 se expide la cuarta Ley Bancaria del período revolucionario, que con modificaciones y reformas, muchas de ellas sustanciales, viene a ser el cuerpo jurídico que rige actualmente a esta actividad.

Para comprender la necesidad de esta nueva Ley, que en su concepción original corresponde aún a la tendencia de especialización atenuada, conviene situarnos en el momento de México.

En 1941, México ha consolidado su posición, superando ampliamente los efectos de la conflagración armada. Los últimos brotes de levantamiento terminan en el período Cardenista y la vida institucional, sobre nuevas bases ideológicas y políticas, permiten sentar las bases del desarrollo del país.

La confianza del público se ha restablecido y comienza a verse el futuro con esperanza y como responsabilidad.

La Segunda Guerra Mundial, que estalla en 1939, da un nuevo rango a los países de América Latina, ofreciendo perspectivas para estimular su crecimiento, vía exportaciones, que resultan indispensables para los países beligerantes y, durante esa década, se realiza un esfuerzo importante para favorecer la industrialización.

El sistema bancario continúa creciendo, al conjugarse la acción del Estado para consolidarlo y el esfuerzo técnico de las instituciones. En fin, la banca recupera la confianza del público. Las gentes —nuestras gentes— dejan de atesorar el dinero en sus colchones, para regresarlo a formar parte del circulante monetario y comienzan a comprender la importancia de los bancos como instrumentos de apoyo en sus programas concretos y en el desarrollo general.

En ese contexto, se expide la Ley Bancaria de 1941, siendo Secretario de Hacienda don Eduardo Suárez.

Sus principales objetivos son: a) Reforzar los instrumentos de acción del Banco de México, en las condiciones de auge incipiente, "para que éste pueda poner en práctica los medios adecuados que no cierren el paso a la expansión en la medida necesaria, pero que sobre todo le permitan reprimir un incremento excesivo del crédito que pudiera surgir fundándose en un optimismo imprudente". b) Limitar los campos respectivos del mercado de dinero y del mercado de capitales, para evitar que "la banca que crea medios de pago, entre directamente en las operaciones de capital" o que "se retengan indebidamente en el mercado de dinero recursos que por su naturaleza deben ser destinados a la inversión". c) Alentar un mayor desarrollo del mercado de capitales.

Sobre esta Ley, dice Moore:

"Los principales puntos determinados en la nueva ley para la realización de los objetivos mencionados eran los siguientes: a) Se procuró distinguir claramente la banca de depósito de las sociedades o instituciones de inversión.

"A la primera le compete fundamentalmente, recibir depósitos bancarios de dinero del público en general, y practicar el crédito de significación puramente dineraria, esto es, aquel que puede ser reembolsado dentro del término de un ciclo de producción normal, el cual se ha esti-

mulado según la legislación anterior y la práctica mexicana en un plazo hasta de ciento ochenta días; mientras que a las segundas les corresponde realizar las operaciones de crédito a más largo plazo y especialmente las inversiones en bienes de capital para la producción, recogiendo el dinero del ahorro mediante la emisión de bonos, obligaciones u otros títulos de naturaleza análoga, así como facilitar la colocación directa por el público en participaciones de capital en las diferentes empresas.

"A las sociedades financieras, que en la legislación anterior figuraban como instituciones auxiliares, se les confirió el carácter de institución principal y se les dio mayores facilidades para la emisión de títulos a su cargo."

Como puede advertirse de la tesis citada, el paso trascendente que da la Ley de 1941 y que cobra importancia fundamental a partir de la década de los 50s, es el fortalecimiento de la banca de desarrollo para hacer que coadyuve dinámicamente en los programas de desarrollo del país.

Durante los primeros años del período revolucionario la tarea consistió en consolidar el sistema bancario, recobrando la confianza del público en las instituciones e imprimiendo a la actividad financiera una nueva orientación, acorde con los postulados del gobierno establecido, pero que tenía como piedra de toque a la banca comercial orientada sustantivamente a la captación de recursos a través del depósito bancario y los préstamos a pequeño o mediano plazo.

Lo que se dio en llamar el despegue económico del país y los programas de industrialización que se iniciaron a partir de la Ley de 1941 requirieron un cambio tendiente a fortalecer la banca de inversión y a prohiar la operación más activa de las instituciones financieras, que a partir de esos años comenzaron a proliferar en forma muy importante.

Con estas medidas, la estructura del sistema bancario varió considerablemente sobre su composición original, para llegar a 1975, en donde el 48.6% de los recursos estaban en poder de las instituciones financieras, en tanto que sólo el 37.8% permanecía en la banca de depósito y ahorro y el 12.6% en manos de las hipotecarias.

La tercera etapa de la vida legislativa de la banca mexicana se inicia en 1970, con el reconocimiento de los grupos financieros en la iniciativa de reformas y adiciones a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada el 19 de diciembre de ese año de 1970.

En la exposición de motivos de esta iniciativa se señala que en México, como en otros países, se ha observado el surgimiento de los llamados grupos o sistemas financieros, que consisten en la asociación unas veces formal y otras solo informal, de instituciones de crédito de igual o diferente naturaleza. Esta es una realidad del desarrollo financiero mexicano que es conveniente reglamentar en la ley con el objeto de sujetar estos fenómenos a las normas de legislación bancaria y encauzar su actuación

en términos de sanidad y responsabilidad para los miembros integrantes de dichos grupos. En esa virtud, la ley incorpora una disposición que reconoce la existencia de estos grupos, imponiéndoles, a cambio, la obligación de seguir una política financiera coordinada y de establecer un sistema de garantía recíproca en caso de pérdidas de sus capitales pagados. Sólo cuando cumplan estas condiciones, las instituciones interesadas podrán ostentarse como grupo financiero, sea cual fuere el nombre que dieron a su asociación.

Para 1974, en que vuelven a presentarse nuevas reformas a la Ley Bancaria, la existencia de estos grupos financieros, como una tendencia bastante generalizada dentro del sistema bancario, resulta ya incontenible.

Por ello, el legislador en su Exposición de Motivos a la iniciativa de reformas, señala:

"La dinámica de la realidad fue superando las fronteras establecidas en la banca especializada prevista en las leyes, y en el curso del tiempo se fueron formando grupos financieros integrados por distintas instituciones que gozaban de concesión para operar en los distintos ramos que preveía la legislación vigente, con base en el criterio de banca especializada.

"Esta realidad se desarrolló sin que el régimen legal bancario lo hubiera previsto, y, en consecuencia, sin que se regulara adecuadamente.

"Resultó, por otra parte, en el surgimiento de grandes grupos financieros que, al comprender una oferta integrada de servicios crediticios y de asesoría financiera, y al contar con amplios cuerpos técnicos y administrativos en el conjunto de instituciones, adquirieron una situación competitiva que ha redundado en una concentración excesiva de recursos en un número reducido de grupos financieros, limitando el desarrollo de las instituciones bancarias aisladas de tamaño pequeño. Ello, a su vez, ha venido afectando la capacidad financiera de las instituciones que sólo gozan de concesión para operar en alguno de los ramos principales, reduciendo su participación relativa en la captación total de recursos".

Todavía en 1970, antes de las reformas mencionadas, las autoridades se plantearon una alternativa que había de resultar histórica para orientar la vida de la banca mexicana: o se buscaba un mayor equilibrio en el sistema financiero, adoptando medidas tendientes al fortalecimiento de las instituciones y desalentando la existencia de aquellas que, por operar en forma aislada y en dimensión reducida, no permitían prever un desarrollo importante; o bien, se dejaba una mayor libertad para que proliferaran instituciones, sin limitante en cuanto a su tamaño, su capacidad técnica que no es otra que la mejor aptitud para servir a su clientela y de responder de los recursos que les han sido confiados, y sin programas de crecimiento definidos.

Adoptar la segunda línea, era caer en la trampa del liberalismo económico. Favorecer el desarrollo anárquico del sistema y, en último tér-

mino, agudizar la contradicción entre los bancos muy grandes y los muy pequeños.

Asumir la primera tesis, en cambio, significaba seguir una línea tendiente a buscar una posición del sistema bancario más equilibrada, provocando un mejoramiento en su capacidad instalada que se tradujera en mejores servicios y una ordenada penetración en los ámbitos de nuestra geografía. Fue esta la tesis que se siguió, abriendo la puerta a una cuarta etapa en el desarrollo histórico de la banca, ya que el reconocimiento de los grupos financieros fue el preludio que hizo posible la figura de la banca múltiple reconocida en las reformas de fines del año pasado.

Para los años de la presente década, el sistema bancario mexicano acusa ya una posición perfectamente consolidada. José Pintado Rivero, en la conferencia sobre Banca Múltiple que dictó el año pasado en el auditorio de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros expresa que, "en relación con el Producto Interno Bruto, la banca representa en 1950 el 15.9% de ese producto; en 1960, representa el 22.5%; pero en 1972, representa el 44.9%".

"En cuanto a los recursos manejados por el sistema bancario, estos alcanzan en 1975 la cifra de 530 millones de pesos, que llega a elevarse a 1 200 millones en 1972, lo que significa en sólo 3 años un incremento del 126%.

"Todo esto viciado a un avance sustancial en sus sistemas operativos, en la modernización de equipos y en la complejidad y ensanchamiento de su actividad, al adecuarlo a las crecientes necesidades que impone el desarrollo económico y social del México que estamos viviendo.

"Para dar una idea de este importante crecimiento habría que señalar que actualmente los recursos captados por la banca privada, a precios de 1960 que fueron los que se tomaron en cuenta cuando se dio el dato de 1930 o sea, —4 814 millones— alcanzan la cantidad de 106 571 millones —462 356 en cifras corrientes— lo que viene a ser un aumento del 2 214%; por otra parte y frente a una relación de estos mismos recursos en tanto al producto bruto interno que fue del 14%, en 1978 esta misma es del 26%... Las cuentas de cheques respecto del medio circulante representan ahora el 58% cuando en 1928 eran de 24% y las mismas cuentas de cheques respecto sólo de la moneda y billetes en circulación son ahora en cifras absolutas de 112 284 millones, cuando aquellos conceptos sumados son del orden de los 81 548".

El reconocimiento de los grupos financieros como figura incorporada al esquema jurídico fue un paso natural que condujo a la creación de la banca múltiple.

Uno de los factores que hacían necesario este paso, lo constituye la necesidad de racionalización de los recursos y una relación entre operaciones activas y pasivas en que la diferencia jurídica de las personalidades de las distintas instituciones no fuera el factor determinante.

En este sentido, Eugenio Eraña, en el mismo Ciclo de Conferencias organizado por la Comisión Bancaria señaló que: "el cliente, como unidad, se movía confusamente en medio de tantas categorías, canales, instituciones, multiplicidad de trámites, de informaciones y, así, nunca se le consideraba como un sujeto de crédito frente a la diversidad de instrumentos apropiados a cada una de sus condiciones y necesidades. Incluso en su carácter de ahorrador e inversionista, este panorama ya no le presentaba una congruencia y una claridad de opciones: en cierta forma se estaba operando sobre esquemas teóricos más que sobre motivaciones reales.

"Por último, las necesidades económicas se expandieron, los créditos internacionales se hicieron más frecuentes y ello hizo resaltar aún más las diferencias entre la estructura de la legislación de las instituciones de crédito y la de las que existían en otros países, en los que la banca ha gozado de una mayor libertad para las operaciones activas con plazos muy largos.

"Este panorama exigía una medida radical, y por ello precisamente se modificaron las leyes aplicables a la materia bancaria, a fin de prever la posibilidad de fusión de diversas instituciones para crear un banco múltiple".

Al parecer la figura de la banca múltiple, tanto en las disposiciones administrativas de la Secretaría de Hacienda, como —más recientemente— en las reformas a la Ley de 1978, se ha presentado ésta como una opción inducida, pero no obligatoria para las instituciones. Es decir que, —como lo ha señalado el Subsecretario Miguel de la Madrid— "la autoridad ha querido dejar a la iniciativa y capacidad de los diferentes grupos, aprovechar este camino que abrió el legislador".

Sin embargo, no obstante el carácter potestativo de esta nueva figura, la respuesta ha sido muy significativa, ya que el 93% de los recursos bancarios se manejan actualmente por 26 bancos múltiples y se encuentran en estudio, con grado de avance importante en sus gestiones, 5 nuevos grupos que hacen determinar que es este el sistema general con que habrá de operar la banca a partir de estos años.

Con motivo de las reformas legales de fines del año pasado, la banca múltiple queda incorporada a la Ley de Instituciones de Crédito.

Esta figura, como ya se preveía en anteriores reformas, lejos de fortalecer a grupos privilegiados o de incrementar las ventajas de que ya disfrutaban quienes los constituyen, tiene como objetivo que la banca mediana tenga una mayor oportunidad de desarrollo frente a los grandes bancos, sin alentar el desarrollo de pequeñas instituciones aisladas que, por su propia naturaleza, no tienen posibilidades de crecimiento competitivo y buscando, en todas formas, el mejor servicio al público ahorrador y el que este tenga, en todo momento, protegido su interés.

Al mismo tiempo, las recientes reformas pugnan por la democratización

del sistema bancario al establecer un máximo en la participación de la tenencia accionaria de las instituciones de crédito, que no debe exceder del 15% por persona física o moral. Con ello se toman medidas claras y eficientes para impedir los oligopolios y romper los criterios feudales y trasnochados que ponían los recursos bancarios al servicio de los intereses de grupos familiares y económicos sin derramarlos, en forma amplia y conveniente, a toda la comunidad.

Como puede advertirse en este apretado resumen histórico, los gobiernos revolucionarios de México han querido imprimir, consistente y tenazmente, un acento especial a la función económica y social de la banca.

Esto se manifiesta, de manera expresa, al quedar consignado en el cuerpo de la Ley, el hecho de que para el ejercicio de la banca se requiere concesión del Gobierno Federal, con lo que termina una vieja polémica sobre si los bancos actúan a base de "autorización", como la mayor parte de las sociedades mercantiles, o requieren de "concesión" gubernamental por el especial carácter de sus funciones.

Pero además, en este acto jurídico que es la concesión, finca la banca su posición de servicio público, ya que esta situación la califica como una actividad que requiere regulación especial para su funcionamiento, cuyo ejercicio es profundamente delicado y produce consecuencias de orden general y en donde la falta del servicio trae como efecto una parálisis en la vida de la población.

Por otra parte, la orientación expresamente señalada por los legisladores, en la línea continuada que se sigue en esta materia, plantea la función bancaria como una labor de intermediación en la cual se captan recursos de la población para manejarlos cuidadosamente, pero canalizando su inversión hacia actividades productivas para el país. De manera que los fondos entregados a su cuidado, no sólo sean conservados e incrementados, en su caso, sino que realicen una función productiva al apoyar programas y actividades de interés general.

Esta situación no sólo se plantea en la banca privada, de la que hemos venido hablando hasta ahora, sino también en la banca nacional. En efecto, desde la década de los veinte, con el establecimiento del Banco de México y la creación del Banco Nacional de Crédito Agrícola se establece esta figura, que adquiere categoría específica en la Ley Bancaria de 1932 y que durante los años treinta se forma con el establecimiento del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, en 1933; de la Nacional Financiera, en 1934; del Banco Nacional de Crédito Ejidal, en 1935; del Banco Nacional de Comercio Exterior, en 1937 y del Banco Nacional Obrero de Fomento Industrial, también en 1937.

Para caracterizar las funciones de estas instituciones, nada resulta más claro que la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1932, que señala que: "Hay un conjunto de actividades de crédito que difícilmente pueden dejarse de un modo completo en manos del interés y de la iniciativa pri-

vada. Respecto a ellos se requiere una especial intervención del Estado y un régimen legal, especial también, como sucede con el Banco de México mismo y con el sistema de crédito agrícola ya establecidos; pero de manera que esa especialidad de organización y de funcionamiento, no rompa los cuadros generales del sistema de crédito y se ajuste en todo a una política económica uniforme... Por estas consideraciones, la estructura de la nueva ley... incluye a las instituciones nacionales de crédito, respecto a las cuales se conserva el indispensable régimen de especialidad legal; pero sometiendo su fundación y su funcionamiento a la misma autoridad, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que deberá cuidar del conjunto del sistema bancario'.."

De esta manera, el actual sistema bancario mexicano queda integrado con las instituciones privadas, cuyo 93% de recursos están manejados por bancos múltiples, como ya se dijo antes, por instituciones nacionales de crédito, que cumplen funciones específicas de acuerdo con sus leyes y estatutos y por la llamada banca mixta, que funcionando como privada, cuenta con la participación mayoritaria del Gobierno Federal en la tenencia de sus acciones; además de las organizaciones auxiliares de crédito integradas por uniones de crédito, compañías de fianzas y almacenes generales de depósito.

Su crecimiento ha llevado un ritmo acelerado y creciente, si se observa que la totalidad del sistema —excluyendo a las organizaciones auxiliares de crédito—, cuenta en la actualidad con 4 000 oficinas, en vez de las 121 que tenía en 1928. La banca presta sus servicios en 726 plazas del país, a diferencia de las 30 plazas manejadas en 1928 —y la complejidad y calidad técnica de los servicios, que corresponde a un período de alto dinamismo, no tiene parangón con los ritmos tranquilos y limitados que caracterizaban esta actividad hace 50 años.

La línea histórica que hemos venido tratando de establecer, nos permite observar que en materia financiera la secuencia de pensamiento e intención que se ha venido siguiendo a través de los años, guarda una congruencia fundamental, matizada en sus políticas, pero no contradicha en metas y objetivos.

Esto permite prever, como tendencias de realización a corto plazo, dentro del sistema dos fenómenos fundamentales:

1. La fusión de bancos múltiples para crear instituciones de mayor tamaño, que den un mejor equilibrio al sistema en su conjunto; y
2. La internacionalización de la banca mexicana, acusando su participación, cada vez más dinámica y agresiva, en el concierto mundial.

Esta segunda actitud, que ya se ha iniciado, corresponde a los requerimientos del momento que vive México, en su encrucijada peculiar de cubrir en mejor forma las necesidades internas, pero buscando una mayor presencia en un mundo cada vez más intercomunicado, más estrechamente dependiente de los fenómenos del exterior. Un mundo en cuya vida

participamos, a veces, sin saberlo y en el que queremos actuar conscientemente.

Ya en la actualidad, esta necesidad de internacionalizar la banca y de vivir al ritmo del medio externo es preocupación de la autoridad y ocupación de algunas instituciones bancarias.

Las medidas que se adopten y el cumplimiento profesional de nuestros propósitos es el reto que, en pocos años, debe asumir el sistema bancario mexicano.

Con esto, señores y compañeros, termino este rápido paseo por la historia de la banca mexicana. Reitero a ustedes mis disculpas por las múltiples omisiones que, en función de los límites de tiempo, he estimado necesario hacer en esta charla y, también, por aquellas otras que derivan de mi personal deficiencia.

El diálogo establecido cumple, sin embargo, otro objetivo que considero fundamental: inquietar a ustedes, los jóvenes estudiantes de esta Escuela Libre de Derecho, sobre el desarrollo de una actividad que, siendo básica en la vida del país, requiere cada vez más la presencia de especialistas que participen activa y dinámicamente en su desarrollo. ¡Ojalá y, desde ese punto de vista, nuestro cambio de impresiones resulte positivo!

Muchas gracias.

## INTRODUCCION AL ESTUDIO DE LA AUDIENCIA DE MEXICO

JOSÉ LUIS SOBERANES F.

### 1. Planteamiento

Desde 1521 hasta 1821 nuestro país estuvo gobernado por el rey de Castilla, que por haber sido al mismo tiempo monarca de los demás reinos españoles se le denomina comunmente como *rey de España*. A este período de 30 años se le conoce indistintamente con los nombres de: colonial, hispánico, novohispánico, virreinal o de dominación española. Pues bien, al igual que nuestra patria, el rey de España tenía que gobernar los demás países que ahora llamamos hispanoamericanos y Filipinas, los que por compartir una serie de caracteres se les aplicó mayoritariamente las mismas normas jurídicas o normas muy parecidas, de igual manera como se les gobernó por los mismos organismos metropolitanos, en consecuencia es válido hablar de un *derecho indiano*.

Podemos reducir a dos las funciones de los reyes castellanos durante esta etapa: el gobierno político de sus dominios en Indias —es decir sus colonias americanas y Filipinas— y el gobierno de la Iglesia en éstas mismas, por mandato expreso de la silla apostólica, el cual desarrolló a cambio de encargarse de la evangelización de los aborígenes de estas tierras. En resumen, estos soberanos tenían por principio el gobierno temporal y espiritual de sus dominios en América y Asia. Ahora sólo nos ocuparemos del primero.

El gobierno temporal de las Indias comprendía 4 grandes sectores: la administración pública, la organización militar, la hacienda pública y la judicatura (lo que en términos de la época eran: gobierno, guerra, real hacienda y justicia). En este trabajo nos ocuparemos únicamente del último, o sea de la administración de justicia.

Los organismos jurisdiccionales de la Nueva España, al igual que los contemporáneos, podían ser ordinarios y especiales o de fuero. Los segundos servían para juzgar a individuos o materias determinadas que por su relevancia o especialización se consideraba que requerían de juzgadores u ordenamientos propios y exclusivos, de tal suerte que las personas o materias no reservados para estos tribunales especiales caían dentro de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. El presente trabajo se ocupa de la jurisdicción ordinaria.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Junto a esta, vemos la especial o privativa, que correspondía para aquellas per

Así como la administración pública o materia gubernativa era contemplada y organizada en tres niveles: primeramente el más bajo o sea el local, por encima de éste el superior y por arriba de todos el supremo, en la administración de justicia ordinaria podemos hallar los tres niveles: a) el local en el que podemos situar los tribunales de primera instancia: alcaldías ordinarias, alcaldías mayores, subdelegaciones,<sup>2</sup> corregimientos, gobernaciones, intendencias<sup>3</sup> y juzgado de provincia;<sup>4</sup> en el segundo nivel, los que llamaríamos tribunales de alzada, en el que se encuadran las reales audiencias; y, finalmente, el supremo tribunal, que era uno único para todas las posesiones indianas: el Real y Supremo Consejo de Indias. Jurídicamente hablando, los organismos judiciales más interesantes fueron las audiencias.

En efecto, el territorio colonial castellano se dividió, para efectos judiciales, en distritos, al frente de los cuales se colocaron reales audiencias. Estas llegaron a ser hasta catorce,<sup>5</sup> mismas que eran diferentes entre sí todas.

Estas reales audiencias eran tribunales colegiados, integrados por magistrados letrados,<sup>6</sup> las cuales no conocían normalmente de las causas en primera instancia y estaban supeditados jurisdiccionalmente el Consejo Real y Supremo de Indias.

Consideramos que dentro de la vida jurídica de la época colonial, la figura de la audiencia era fundamental pues era el eje sobre el cual giraba toda la administración de justicia.<sup>7</sup> Evidentemente si el tribunal supremo no conocía sino por vía de recurso extraordinario, las causas que llegaban hasta él eran más bien pocas, así como la falta de sistematización en los tribunales de primera instancia y que generalmente estaban ocupados por jueces legos, hacían que las audiencias fueran realmente los tribunales más importantes de este período.

sonas o instituciones exentas de la ordinaria. Por ejemplo: la eclesiástica, la militar, etcétera.

<sup>2</sup> Estas substituyeron a las alcaldías mayores y a los corregimientos, al advenimiento del régimen de las intendencias.

<sup>3</sup> Las cuales vinieron a substituir a las gobernaciones. La Ordenanza de Intendentes de México es de 1786.

<sup>4</sup> Estos eran desempeñados por los alcaldes del crimen, consecuentemente sólo hubo en las capitales de virreinato.

<sup>5</sup> Estas fueron las de: Buenos Aires, Caracas, Confines, Cuzco, Charcas, Guadalajara, Guatemala, Lima, Manila, México, Quito, Santa Fe de Bogotá, Santiago y Santo Domingo. Hubo el proyecto de erigir otra en Saltillo desde el siglo XVIII e inclusive las Cortes de Cádiz así lo proveyeron, aunque nunca se llegó a realizar.

<sup>6</sup> O sea que hubieran estudiado en alguna facultad de leyes.

<sup>7</sup> Debemos comprender que no es el mismo concepto que en la actualidad tenemos de poder judicial, ya que en esa época no se conocía la teoría de la división de poderes, consecuentemente no podemos hablar de la audiencia como organismo estrictamente jurisdiccional ya que también colaboraba en la actividad administrativa, como podremos ver más adelante.

El argentino Enrique Ruíz Guiñazú contemplaba tres tipos de audiencias indianas: virreinal, pretorial y subordinada,<sup>8</sup> correspondiendo, respectivamente, a las que residían en capital de virreinato, de provincia mayor y de ciudad que no fuera cabecera de una autoridad autónoma.<sup>9</sup> Como señalamos antes, las diversas audiencias indianas eran todas diferentes entre sí, por lo que no es procedente una clasificación de esta naturaleza, independientemente de que no existían audiencias subordinadas, pues todas gozaban de autonomía jurisdiccional; sin embargo nos puede servir de algo esta clasificación ya que aunque no sea del todo exacta, si puede dar una idea aproximada de los diversos tipos de audiencia que España implantó en sus colonias.

En nuestro país, la Nueva España llamada entonces, contaba con dos de estos tribunales: la que residía en la ciudad de México y la que se situaba en la de Guadalajara.<sup>10</sup> En esta ocasión vamos a hablar de la primera, es decir la *Audiencia y Real Chancillería de México*.

## 2. Fuentes

Son dos los conceptos que de fuente podemos tener al hacer un estudio histórico jurídico: en primer lugar podemos considerar a aquellos vehículos de información que a lo largo del tiempo han conservado los algunos datos que nos hacen posible conocer alguna realidad del pasado, estos son los que denominados *fuentes históricas*. Dentro de este concepto podemos encuadrar los documentos, pinturas, esculturas, tradiciones, etcétera, que de alguna manera nos narran esa realidad pretérita. A su vez, éstas nos ayudan a colegir las fuentes formales del derecho —legislación, jurisprudencia, doctrina y costumbre— que nutrieron, reglamentaron u organizaron alguna institución en otro tiempo.

Junto con las fuentes históricas, nos podemos auxiliar para conocer el pasado de una institución, de los estudios que modernamente se han realizado para conocer esta realidad pretérita, es decir otros estudios histórico jurídicos, los cuales también son fuentes de conocimientos, pero no históricas, sino *fuentes contemporáneas* las cuales denominaremos *referencia bibliográfica* con el fin de evitar confusiones.

A) Por lo que respecta a las fuentes históricas utilizadas en la prepa-

<sup>8</sup> Cfr. *La magistratura indiana*, Buenos Aires, 1916, pp. 41 a 43.

<sup>9</sup> Virreyes y presidentes gobernadores. Pues aunque había provincias menores autónomas, éstas nunca fueron cabecera de distrito judicial, por ejemplo Yucatán.

<sup>10</sup> Esta tenía su competencia territorial sobre los actuales estados de: Jalisco, Nayarit, Aguascalientes, Zacatecas, Durango, Chihuahua, Sinaloa, Sonora, las Californias, Arizona y Nuevo México. Aunque como señala O'Gorman nunca estuvo bien clara la línea divisoria entre el distrito judicial de la Audiencia de México y la de Guadalajara, Cfr. *Historia de las divisiones territoriales de México*, México 1968, pp. 7 y ss.

ración de este trabajo, debemos citar tres tipos diferentes; a) fuentes jurídicas impresas, b) fuentes impresas no jurídicas, y c) documentación original.

a) Dentro de la primera categoría tenemos que mencionar principalmente: la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, promulgada en 1680,<sup>11</sup> también contamos con los *cedularios indianos* editados por Antonio Muro Orejón,<sup>12</sup> así como el *Índice del Ramo de Reales Cédulas Originales* del Archivo General de la Nación, que el propio Archivo mandó imprimir<sup>13</sup> y los proyectos de adiciones y reformas a las Leyes de Indias que fueron redactados en el siglo XVIII y ahora están siendo editados.<sup>14</sup> También podemos utilizar la *Política indiana* de Juan Solórzano Pereira,<sup>15</sup> el *Teatro de la Legislación universal de España e Indias* de Xavier Pérez y López,<sup>16</sup> los *Autos acordados de la Audiencia de México* de Montemayor adicionado por Eusebio Ventura Beleña<sup>17</sup> y las obras de derecho procesal de la época.<sup>18</sup>

b) Las fuentes no jurídicas impresas más importantes que utilizamos fueron la *Gaceta de México*<sup>19</sup> y las *guías de forasteros*.<sup>20</sup>

c) Por último, la documentación original la consultamos exclusivamen-

<sup>11</sup> Fue producto de un larguísimo proceso legislativo que duró alrededor de ciento cincuenta años y en el cual participaron muchos juristas con programas y proyectos. Vid. Juan Manzano, *Historia de las recopilaciones de Indias*, Madrid, 1950-1956, 2 v., *passim*.

<sup>12</sup> Vid. *Cedulario americano del siglo XVIII*, Sevilla, 1956, 1959 y 1978, aparecidos hasta ahora los volúmenes I, II y III.

<sup>13</sup> Vid. *Índice del ramo de reales cédulas, México*, 1967. hasta ahora sólo ha aparecido el tomo I, correspondiente a los años 1609 a 1675.

<sup>14</sup> Vid. Alfonso García-Gallo, *Metodología de la historia del derecho indiano*, Santiago de Chile, 1970, pp. 50 a 53 y 82 a 86.

<sup>15</sup> Recientemente reimpressa en Madrid, en la Biblioteca de Escritores Españoles, 1972.

<sup>16</sup> *Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, Madrid, 1971-1978, 23 v.

<sup>17</sup> *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del crimen de esta Nueva España y providencias de su superior gobierno y de varias cédulas y órdenes que después de publicada la Recopilación de Indias han podido recogerse, así de las dirigidas a la misma Audiencia o Gobierno como de algunas otras que por sus notables decisiones convendrá no ignorar*, México, 1787, 2 t.

<sup>18</sup> En su primerísimo lugar: *Curia Philípica* de Juan de Hevia Bolaños (Lima, 1603), posteriormente *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites según se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, del Conde de la Cañada (Madrid, 1970), *Librería de escribanos o instrucción teórico práctica para principiantes*, de José Febrero (Madrid, 1786) y la *Instrucción de escribanos en orden a lo judicial*, de José Juan y Colom (Alcalá de Henares, 1736) —el cual no debe confundirse con el Colón de los juzgados militares—. Hemos dejado de enunciar los libros de carácter eminentemente civil.

<sup>19</sup> La colección casi completa puede consultarse en la Hemeroteca Nacional de México.

<sup>20</sup> Estos pueden ser hallados en la Biblioteca Nacional de México.

te en archivos, prioritariamente para la realización de este trabajo tres fondos documentales: el Archivo General de la Nación de la capital de México, el Archivo General de Indias que se encuentra en la ciudad española de Sevilla y el archivo del *Middle American Research Institute* de la Universidad de Tulane en la ciudad de Nueva Orleans. Amén de otros que no citamos por la escasa información obtenida.<sup>21</sup>

B) En todo trabajo científico no solamente es conveniente, sino necesario, dar la información bibliográfica en la que se basó el mismo, así como de otras fuentes de la misma especie. en donde el lector pueda tomar un mayor acervo de datos.

Tratándose de estudios histórico jurídicos es todavía más importante ese tipo de información, ya que la historia del derecho es una disciplina joven y su campo de trabajo muy amplio, por lo que, los que se dedican a cultivar esta materia suelen dar noticia al principio de sus trabajos del "estado actual que guarda la investigación". Por ello, ahora vamos a intentar hacer lo propio.

Para contemplar el panorama existente en bibliografía sobre la Audiencia de México, lo tenemos que hacer desde varios puntos de vista: a) monografías del tema, b) estudios sobre la administración de justicia en Indias, c) trabajos sobre las instituciones coloniales mexicanas, y d) descripciones generales de las instituciones indianas.

En primer lugar observamos que no existe ningún estudio monográfico de la Audiencia y Real Chancillería de México ni de la administración de justicia novohispana.

Respecto a la judicatura de las colonias españolas en Indias, podemos ver los trabajos de Ruiz Guinazú,<sup>22</sup> Pelsmaeker,<sup>23</sup> Zorraquín Becú,<sup>24</sup> Cunningham,<sup>25</sup> Armas,<sup>26</sup> Malagón,<sup>27</sup> Parry,<sup>28</sup> y García-Gallo.<sup>29</sup> Sobre este particular, debemos hacer la aclaración de que no hemos enumerado algunos

<sup>21</sup> El principal problema es que no sabemos dónde está la mayor parte del archivo de la Audiencia de México o si ya está destruido, pues en la AGN hay sólo una pequeñísima parte y otra en la Universidad de Tulane. Probablemente se encuentre en los casi 22 000 legajos que sin clasificar se encuentran en el AGN bajo el rubro de *Indiferente general*.

<sup>22</sup> *Supra*, nota 8.

<sup>23</sup> *La audiencia en las colonias españolas de América*, Madrid, 1926.

<sup>24</sup> *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952.

<sup>25</sup> *The audiencia in the spanish colonies, as illustrated by the Audiencia of Manila (1583-1800)* Berkeley (California), 1919.

<sup>26</sup> "La Audiencia de Puerto Príncipe", en *Anuario de Estudios Americanos*, t. XV, 1958, Sevilla, pp. 273-370.

<sup>27</sup> Son varios, algunos de los cuales están recopilados en: *Estudios de historia y derecho*, Xalapa, 1966.

<sup>28</sup> *The Audiencia of New Galicia in the Sixteenth century, a study in Spanish colonial government*, Cambridge (Inglaterra), 1948.

<sup>29</sup> "Las audiencias en Indias" en *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, Caracas, 1974, t. I, 00. 359-432.

trabajos mucho muy especializados que tocan algún tema relacionado con la administración de justicia indiana.<sup>30</sup>

El panorama bibliográfico de instituciones coloniales mexicanas, prácticamente se reduce a los libros de Toribio Esquivel Obregón,<sup>31</sup> José Miranda,<sup>32</sup> y Guillermo Margadant,<sup>33</sup> junto con los apuntes al mimeógrafo de Javier de Cervantes.<sup>34</sup>

El material publicado sobre instituciones indianas en general es mucho más amplio ya que en él podemos contar con los trabajos de José María Ots y Capdequí,<sup>35</sup> Clarence Haring,<sup>36</sup> Richar Konetzke,<sup>37</sup> John Parry,<sup>38</sup> Alfonso García-Gallo<sup>39</sup> y Silvio Zavala.<sup>40</sup> Aquí también podemos tomar en cuenta algunos estudios de historiadores del derecho suramericanos que aunque referidos a sus respectivos países tienen constantes referencias al resto de las colonias españolas, en las partes relativas a los períodos hispánicos; tal es el caso de Ricardo Levene<sup>41</sup> y Víctor Tau junto con Eduardo Martiré.<sup>42</sup>

### 3. Periodización

La Real Audiencia y Chancillería de México se erigió a finales de 1527, dotándosele de ordenanzas el 22 de abril de 1528, siguiendo el modelo de las que se dieron para la Real Audiencia y Chancillería de Santo Domingo en la isla de la Española.

Se ha señalado que ambos tribunales —Santo Domingo y México— se constituyeron al tenor de la Real Chancillería de Valladolid en Castilla, en base a lo dispuesto en las *Capitulaciones de Santa Fe* y en las respectivas reales cédulas de creación de estos tribunales, que hablaban que

<sup>30</sup> Son tantos que escaparían muchísimos a la enumeración que intentaremos hacer aquí. Tenemos noticia que el Dr. Santiago Gerardo Suárez, de Venezuela está preparando una bibliografía sobre el particular.

<sup>31</sup> *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, 1938, 4t.

<sup>32</sup> *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*, México, 1952.

<sup>33</sup> *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, 1972.

<sup>34</sup> Parte de ellos están publicados en el libro *Adición jurídica de Occidente, antología de apuntes del profesor Javier de Cervantes* que hemos publicado con María del Refugio González, México, 1978.

<sup>35</sup> Fundamentalmente: *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, 1972.

<sup>36</sup> *El imperio español de ultramar*, trad. Ildefonso Echavarría, Madrid, 1970.

<sup>37</sup> *América Latina, II, la época colonial*, trad. Pedro Scarón, México, 1970.

<sup>38</sup> *El imperio español de ultramar*, trad. Ildefonso Echeverría, Madrid, 1970.

<sup>39</sup> Son varios los trabajos al respecto, la mayoría de los cuales han sido reunidos en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972.

<sup>40</sup> *Instituciones jurídicas de la conquista*, 2a. ed. México, 1974.

<sup>41</sup> *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1945-1957, 10t.

<sup>42</sup> *Manual de historia de las instituciones argentinas*, 3a. ed., Buenos Aires, 1975.

los mismos que conformarían de la manera que estaba organizado el regio tribunal Vallisoletano. Sin embargo, como en la realidad estas audiencias americanas siguieron su propio camino, algunos historiadores del derecho contemporáneo<sup>43</sup> niegan la tesis apuntada al principio de este párrafo. Por nuestra parte, consideramos que si bien no podemos afirmar categóricamente que la Real Audiencia y Chancillería de México así como la de Santo Domingo hayan sido "calçadas" de la Real Chancillería de Valladolid, no se puede negar que al estructurarse los mencionados tribunales indianos se haya tenido presente la configuración de esa Chancillería castellana.

Las Ordenanzas de la Audiencia de México fueron substancialmente reformadas el 12 de julio de 1530, por lo que se considera que en esta fecha se dieron nuevas ordenanzas. Otra reforma importante fue la de 17 de abril de 1536, en la que se estableció que la presidencia de la Audiencia de México correspondería al virrey de la Nueva España, así como también las novedades que trajeron las llamadas *Leyes Nuevas* de 20 de noviembre de 1546.<sup>44</sup> En cambio, sí se dieron nuevas ordenanzas para este organismo judicial novohispano el 3 de octubre de 1563.

El período de formación de la Real Audiencia de México, podemos considerar que concluyó con las reformas de 1568 y 1567, en la que se creó la Real Sala de Crimen<sup>45</sup> integrada con cuatro alcaldes de casa y corte-también llamados alcaldes del crimen en la primera fecha, y la creación de la fiscalía del crimen en la segunda.

Posteriormente, aunque se siguieron dando algunas disposiciones para este superior tribunal, éstas no fueron de mayor importancia. En efecto, nos tenemos que trasladar al 1680 para ver el acto legislativo más importante no sólo por lo que se refiere a la historia judicial, sino a todo el derecho indiano, pues fue cuando el rey Carlos II promulgó el primer y único código uniforme para todas sus colonias en América y Asia, nos referimos a la *Recopilación de leyes de los reynos de Indias*.<sup>46</sup>

No es este el momento para destacar la importancia y trascendencia de este magno cuerpo legal, bástenos por el momento señalar que con su promulgación surge propiamente el *derecho indiano*,<sup>47</sup> independiente-

<sup>43</sup> Cfr. Alfonso García-Gallo, op. ult. cit., p. 361.

<sup>44</sup> Fundamentalmente respecto a las atribuciones gubernamentales de la Audiencia.

<sup>45</sup> No está muy claro que la sala del crimen sea parte de la audiencia, pues hay quien opina que más bien era una especie de apéndice. Por nuestra parte consideramos que sí era parte integrante de la audiencia, como más adelante demostraremos.

<sup>46</sup> Hay varias ediciones posteriores, recientemente el Instituto de Cultura Hispánica ha sacado una facsimilar. (Madrid, 1972).

<sup>47</sup> En este sentido compartimos la idea de la profesora María del Refugio González, en el sentido de que, dado el carácter eminentemente casuístico de las disposiciones para Indias, no se puede hablar propiamente de un derecho indiano general, sino hasta la Recopilación de 1680, que tuvo la función de unificar la legislación colonial española y anterior a ésta no había un cuerpo legislativo general para las Indias.

mente de ser el mejor instrumento con que se cuenta para estudiar las instituciones coloniales de España en Indias en la época moderna.

De esta forma, consideramos que las instituciones jurídicas novohispanas deben ser estudiadas en un primer estadio desde su respectiva creación hasta la promulgación de la Recopilación de 1680; y en una segunda etapa, de esta fecha a la correspondiente a la extinción de la institución objeto de estudio, la cual generalmente se produjo en la independencia, que en el caso de México en 1821, o poco después.

Tratándose del estudio institucional de la Real Audiencia y Chancillería de México, debemos tomar en cuenta otra fecha más, al realizar su periodización, nos referimos a 1776, en que introdujo la reforma judicial más importante de su historia después del siglo XVI. Misma que hemos estudiado en otra oportunidad<sup>48</sup> y que haremos alusión constantemente a lo largo del presente trabajo.

Así, pues, proponemos la siguiente periodización de la historia de la Audiencia de México; a) de su creación en 1527 a la promulgación de las Leyes de Indias, b) de 1680 a la reforma de 1776, y c) de esta fecha a la de extinción del tribunal, es decir 1823.

#### 4. Antecedentes

Como apuntamos anteriormente, los órganos de la administración de justicia coloniales no fueron exactamente una reproducción de los tribunales castellanos, sin embargo, éstos sí son el modelo y antecedente de los indios.

Se conoce con el nombre de *Reconquista* al larguísimo período que tardaron los cristianos (es decir el resultado de la mezcla de hispanorromanos con visigodos y otros bárbaros durante la Alta Edad Media) en expulsar a los árabes de la península Ibérica.

Esta etapa es evidentemente muy importante en la historia de las instituciones jurídico-político hispanas ya que en ella se fundieron una serie de elementos romano-germano-canónicos y musulmanes adaptándose a las necesidades de las nacientes culturas: castellana, aragonesa, catalana, etcétera, las cuales se fundirían posteriormente para crear las instituciones españolas.

Por lo que se refiere a la administración de justicia castellana, podemos observar un movimiento que surge en el siglo XII y viene a culminar en el siglo XV, con los Reyes Católicos, tendiente a conformar una judicatura regia perfectamente organizada. Esta fue precisamente la que heredamos para la Nueva España.

<sup>48</sup> "La reforma judicial de 1776 en México" en *Revista de derecho procesal iberoamericana* No. 1, 1977, Madrid, pp. 237-255.

Efectivamente, las Cortes<sup>49</sup> que se reunieron en Madrigán en 1476 pidieron a los Reyes Católicos la definición de los tribunales dependientes de la Corona, posteriormente, las Cortes de Toledo de 1480 insistieron en este punto. Lo que sucedía es que dichos tribunales no estaban claramente organizados ni sus funciones y facultades estrictamente determinadas, lo que requería precisar a la mayor brevedad.

Pues bien, como resultado de estas gestiones parlamentarias fueron diversas sobre la judicatura superior en 1485 y 1486, para ser epilogadas con las Ordenanzas definitivas dadas en Medina del Campo el 24 de marzo de 1489 para la Real Chancillería de Valladolid.

El panorama legislativo de la administración superior de justicia castellana en el Renacimiento, lo tenemos que completar con la Real Provisión de 30 de septiembre de 1494 que creaba un nuevo tribunal superior: la Real Chancillería de Ciudad Real, la cual además tuvo el título de Audiencia. Por razones geográficas y tal vez sentimentales —pues ahí se consumó la Reconquista— fue trasladada en 1505 a la ciudad de Granada.

Pues bien, las Ordenanzas de 1489 preveían que la Real Chancillería de Valladolid fuese un organismo centralizador de la justicia real. En este tribunal podemos distinguir fundamentalmente dos tipos de funciones: las ejercidas por los oidores y las ejercidas por los alcaldes de corte.

Los 8 oidores integraban dos salas, cuya misión específica era resolver los recursos de apelación en materia civil en contra de las sentencias que en primera instancia dictaban los jueces locales principalmente, además de los recursos extraordinarios de suplicación en que revisaban sus propios fallos y los de la sala de alcaldes. Lo normal es que no conocieran de asuntos en primera instancia, aunque había una excepción a este principio en los llamados asuntos de "casa y corte".

El número de alcaldes de casa y corte varió en 6. Estos actuaban colegiadamente, constituyendo lo que posteriormente se denominaría *sala del crimen*. Sus atribuciones eran similares a la sala de oidores, pero referidos a la materia penal: primera instancia en los asuntos de casa y corte, así como resolución de los recursos de apelación, correspondientes a la segunda instancia. A ello habrá que agregar el conocimiento de las causas del llamado juzgado de provincia.<sup>40</sup>

En la Chancillería de Valladolid había dos procuradores fiscales, cuya misión era representar los intereses del rey en aquellos juicios en que

<sup>40</sup> Así como en todos los países europeos durante la Edad Media contaba con asambleas *cuasi-legislativas* que tenían que ser consultadas por los monarcas en los asuntos más trascendentales —Parlamento, Estados Generales, Dieta— en todos los reinos españoles había *cortes*, en donde concurrían los representantes de las fuerzas socio políticas más importantes (los brazos del reino). Los reyes tenían que consultarlas para los asuntos más importantes y obligatoriamente en algunas materias.

<sup>40</sup> Primera instancia en la ciudad donde residía el tribunal y 5 leguas a la redonda.

éste estuviera en cuestión. Posteriormente se interpretó que estos procuradores, o simplemente *fiscales* como se les dio en llamar, eran quienes representaban el interés de la ley.

Dentro de este superior tribunal de justicia debemos tener presentes algunos otros funcionarios que no tenían el carácter de ministros, como los anteriores. Estos eran los relatores,<sup>51</sup> escribanos,<sup>52</sup> abogados de parte,<sup>53</sup> etcétera.

Durante esta época, la Real Chancillería de Valladolid estaba presidida por un prelado de la Iglesia, el cual no integraba sala, pues no era letrado.

Sería muy interesante revisar los antecedentes de esta institución judicial a lo largo de la Baja Edad Media en Castilla, sin embargo, como señalamos anteriormente, ello rebasaría los límites del presente trabajo. Para aquél que tenga interés en profundizar en este tema, nos permitimos remitirlo al libro de Luis García Valdeavellano<sup>54</sup> así como a los trabajos de Alfonso García-Gallo<sup>55</sup> y Miguel Ángel Pérez de<sup>56</sup> la Canal, que a nuestro entender es lo mejor con que contamos acerca de este tema en la actualidad.

No se sabe todavía con exactitud cuál es el origen de la *audiencia* en Castilla, pues parece ser lo más probable que esta se formó con los especialistas en cuestiones jurídicas que asesoraban al monarca cuando éste administraba justicia personalmente. Estos peritos en derecho estaban presentes en la instrucción del proceso, para conocerlo plenamente, de ahí que los que realizaban esta función de "oir" fueran los oidores y que el rey los denominara como "los de mi audiencia".

Ordinariamente, un litigante castellano bajomedieval, tenía la posibilidad de recurrir la sentencia de primera instancia, por vía de apelación, ante el adelantado o el merino, pero siempre hubo en el pueblo un deseo de recurrir ante el soberano, un señor natural, además de que así lo reclamaron varias cortes. Sin embargo el soberano no siempre contaba con tiempo para resolver pleitos judiciales y en ocasiones delegaba la facultad de resolver estos recursos en los llamados jueces de suplicación y alcaldes de alzada, que residían no solamente en la Corte sino que incluso despachaban en la casa del rey.

Parece ser que paulatinamente los oidores, que en un principio eran

<sup>51</sup> Eran los funcionarios encargados de formular un resumen de la causa para facilitar el trabajo a los magistrados.

<sup>52</sup> Eran los que tomaban notas de lo resuelto y consecuentemente tenían fe pública.

<sup>53</sup> Entonces no eran considerados como "profesionistas libres", sino como funcionarios judiciales, es decir que para tener ese carácter había que pasar un examen de conocimientos ante el propio tribunal y luego considerados parte de él.

<sup>54</sup> *Curso de historia de las instituciones españolas*, 4a. ed., Madrid, 1973.

<sup>55</sup> *Op. ult. cit.*

<sup>56</sup> "La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII a XV", en *Historia instituciones documentos*, No. 2, 1975, Sevilla, pp. 383-481.

asesores del rey solamente, se fueron confundiendo con estos jueces de suplicación y alcaldes de alzada, de tal suerte que ya no únicamente estaban presentes oyendo los litigios para después opinar de ellos ante el monarca, sino que por delegación de éste resolvían el recurso en ciertas ocasiones.

Por otro lado, determinar el origen de los alcaldes de casa y corte (o del crimen como más adelante se les denominó por su carácter eminentemente penal), no es nada fácil, pues los podemos considerar como sucesores de los alcaldes de la casa del rey, que administraban justicia a nombre de éste en aquellas ciudades donde se establecía la corte, la cual no era siempre la misma, así como en los alrededores hasta 5 leguas. Posteriormente, en virtud de que el soberano se desplazaba con mucha facilidad en virtud de la guerra contra los árabes, estos alcaldes no podían seguirlo en todos lados, por lo que iban más o menos desempeñando su cometido en aquellas ciudades en que el rey estaba más tiempo y luego, aunque el monarca se fuera, ellos se quedaban un tiempo más, hasta ver donde el rey se quedaba con cierta permanencia y así sucesivamente, por lo que se les llamó alcaldes de rastro (andaban por donde el soberano dejaba rastro).

Algunos delitos de cierta gravedad fueron reservados por el rey para ser juzgados por él, los cuales están enumerados por la Recopilación de 1967. Sin embargo, como es lógico, las ocupaciones gubernamentales le impidieron conocer de tales causas y tuvo que delegar el conocimiento de éstas precisamente en estos alcaldes.

A medida que iba avanzando el tiempo, el equipo burocrático del Estado tenía mayor dificultad de trasladarse de un lugar a otro, como en cambio el rey se veía precisado a ello, en virtud de la guerra contra el Islam, motivo por el cual se empeñó a diferenciar la Corte, centro administrativo del reino, de la casa del soberano, aparato mayestático que siempre lo acompañaba. Por ello, a estos alcaldes se les denominó "de casa y corte" ya que cumplían funciones jurisdiccionales en ambas entidades.

En resumen, podemos observar que estos magistrados tenían una doble función: la jurisdicción ordinaria de cualquier alcalde de provincia, pero particularmente de la ciudad donde residía la Corte y 5 leguas a la redonda, lo que le dispensaba cierta superior dignidad de los demás. Por otro lado, el conocimiento de resolución de aquellos procesos penales que eran de la especial competencia del monarca pero que les había delegado por razones prácticas.

A estas atribuciones, los Reyes Católicos les agregaron la competencia de los recursos de apelación en materia penal, los cuales tenían que resolver colegiadamente, en lo que se llamó *sala del crimen*. Misma que fue agregada a la sala de oidores, para integrar entre las dos la Real Chancillería.

Finalmente, tenemos que considerar otra función que fue encomendada a este tribunal: la guarda del sello real, del papel oficial y el registro de las disposiciones del rey. Función que es propia de un organismo de la Corona, que se denominaba la *chancillería*, de ahí que tomara este nombre genérico para todo el organismo que había resultado de la unión de la sala de oidores, sala del crimen y oficina de registro y autenticación de documentos oficiales.

Así fue como se integró el más alto tribunal castellano de finales de la Edad Media: la Audiencia y Real Chancillería de Valladolid, la cual vino a ser auxiliada posteriormente por la de Ciudad Real que en el siglo XVI se trasladó a Granada, dividiendo el territorio en dos jurisdicciones cuya circunscripción fue río Tajo.

Tribunal que vino a inspirar la creación y organización del tribunal superior de justicia de la Nueva España, objeto de estudio del presente trabajo: la Audiencia y *Real Chancillería de México*.

## DE LOS MODOS DE TERMINARSE EL REGISTRO DE MARCA

OSCAR NARVAEZ MOREIRA

### I Marca

Previo al estudio de los modos de terminarse el registro de una marca, es menester analizar aunque sea en forma somera el concepto de marca, así como los requisitos para su registro.

El artículo 87 de la Ley de Invenciones y Marcas dispone que "Esta ley reconoce las marcas de productos y las marcas de servicios.. Las primeras se constituyen por los signos que distinguen a los artículos o productos de otros de su misma especie o clase. Las segundas, por los signos que distinguen un servicio de otros de su misma clase o especie."

El artículo 90 del mismo cuerpo legal nos dice que: "Pueden constituir una marca: I. Las denominaciones y signos visibles, suficientemente distintivos y cualquier otro medio susceptible de identificar los productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase.

"II. Los nombres comerciales y las razones o denominaciones sociales, cuando no sean descriptivos de los productos o "servicios a que se apliquen o traten de aplicarse o de los giros que exploten."

De lo anterior se desprende que una marca es la denominación o signo visible que distingue un producto o servicio frente a los de su misma especie o clase.

Es interesante observar que el uso de marcas o señales especiales se remonta a la antigüedad con el inicio de las artesanías y es en China y en Grecia donde surgen los primeros símbolos e inscripciones para distinguir los productos de los diversos artesanos; podría pensarse asimismo que también surgen ahí las primeras manifestaciones de los derechos de autor.

Sin embargo lo anterior, no puede considerarse que en esa época existiera fundamento legal para el uso de marca y posiblemente sea hasta la Edad Media que se reglamente con el nacimiento de los "trust" y de los burgueses, así como con el florecimiento de la navegación y del comercio marítimo.

Es en el Siglo XVIII donde aparecen las primeras leyes, que si bien se refieren a las patentes sirven de antecedente a la actual legislación sobre propiedad industrial. Así, en 1623 se promulga en Inglaterra el "Estatuto de Monopolios"; en Francia en el año de 1791 se dictan leyes sobre la

materia; en Alemania se establecen principios generales en 1842 con el "Convenio Aduanero".

En México se sigue el sistema francés y en 1820 se expide la primera ley por las cortes españolas y durante la presidencia de Don Anastasio Bustamante se expide la "Ley Sobre Derechos de Propiedad a los Inventores o Perfeccionadores de un Ramo de la Industria", la cual se va reformando y adicionando en diversas etapas, pero como se ha dicho todas estas normas se refieren a las patentes.

La primera reglamentación en cuanto a marcas se refiere, la tenemos en los artículos del 1403 al 1446 del Código de Comercio de 1884, los cuales preceptuaban el derecho de todo comerciante de: poner marcas a todos sus productos, que las mismas debían ser nuevas y no ser de tal manera semejantes que se comprendiera la intención de defraudar intereses ajenos, que el derecho de la marca se adquiriría mediante su depósito en la Secretaría de Fomento. Lo anterior fue derogado por la Ley de Marcas de Fábricas de 1889, misma que se ocupa sólo de las marcas y no de los nombres comerciales. En 1903 se promulga la Ley de Marcas Industriales y de Comercio, que reglamenta también los nombres comerciales y los avisos; en 1928 se expide la Ley de Marcas, Avisos y Nombres Comerciales, y en 1976 se crea la Ley de Invenciones y Marcas.

Ahora bien, para obtener el uso exclusivo de una marca, es menester su registro en términos del artículo 88 de la Ley de la materia y que la misma no se contraponga a lo dispuesto por las 23 fracciones del artículo 91. Habiéndose cumplido con lo anterior y con el trámite del registro de marca, existe la posibilidad de que el mismo se termine al darse cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 98 que textualmente dispone: "La caducidad, extinción, nulidad o cancelación del registro de una marca registrada, no afectará la validez de otras marcas registradas semejantes, que conserven su vigencia, aun cuando estén ligadas para el efecto de su transmisión en el término de esta ley." El Capítulo VIII de la ley prevé la nulidad, extinción y cancelación del registro de marca. Procediendo a su análisis, tenemos que:

## II Extinción

El artículo 117 de la Ley de la materia dispone que: "El titular de una marca deberá demostrar a satisfacción de la Secretaría de Industria y Comercio, el uso efectivo de la misma, cuando menos en alguna de las clases en que se encuentre registrada, dentro de los tres años siguientes a su registro. De no demostrarlo, se considerará extinguido de pleno derecho el registro correspondiente"; la razón de ser de este artículo se debe a que constantemente se presentaban casos de personas que llegaban a acaparar un gran número de marcas con el único fin de especular con

ellas, sin que las utilizaran para distinguir las mercancías que elaboran o expidieran, pues no se trataba de personas que se dedicaran a la producción o venta de productos o servicios, sino que obtenían el registro de marca para hacer uso indebido de la misma. En la actualidad el propietario del registro de una marca debe acreditar, como lo señala el precepto transcrito, el uso efectivo de la misma y de no hacerlo se entenderá extinguido el registro, lo cual resulta acertado, pues se impide de esa forma que personas sin escrúpulos hagan uso de un derecho que pudiere beneficiar a otros, pues siempre el registro de nuevas marcas origina mayor producción de las empresas y por tanto genera empleos.

A efecto de no dejar lugar a dudas sobre lo que debe entenderse por uso efectivo de una marca el artículo 118 de la Ley de Invenciones y Marcas dispone que: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por uso efectivo de la marca, la comercialización del producto o servicio que proteja, en volúmenes y condiciones que correspondan a una efectiva explotación comercial, a juicio de la Secretaría de Industria y Comercio".

En relación a la extinción del registro de una marca por falta de uso, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado entre otras, la ejecutoria que a continuación se transcribe:

"1568. MARCAS. EXTINCION POR FALTA DE USO. OPERA A PESAR DE CESION. De la copia fotostática certificada que rindió como prueba una de las partes aparece que la negociación quejosa presentó ante la Dirección General de la Propiedad Industrial hasta el 8 de septiembre de 1959, la solicitud para que se registrara la transmisión hecha en su favor por el titular original de unos derechos marcarios; pero esos derechos en tal fecha ya no existían, puesto que a virtud de la resolución reclamada que es de fecha 6 de agosto de 1959, la misma Dirección General de la Propiedad Industrial había declarado extinguida, por no uso, la concerniente marca nacional, y no sería obstáculo para esa inexistencia que el contrato de la mencionada transmisión fuera de fecha anterior a la declaración de extinción de la marca, toda vez que tal declaratoria no puede resultar afectada por una transmisión de los derechos marcarios concernientes, que la quejosa o su causante no pusieron en conocimiento de la Dirección General de la Propiedad Industrial dentro del procedimiento relativo a tal declaratoria de extinción de la expresada marca." "Juicio de Amparo en revisión 7551/960. Empresa Café Titán, S. A. Fallado el 13 de marzo de 1961. Sobresee. Unanimidad de 4 votos. En ausencia del Ministro Franco Carreño. Ponente José Rivera P. C.

El artículo 149 nos da otra causa de extinción del registro de una marca al prever que: "Además de los casos establecidos en esta ley,

procederá la extinción del registro de una marca, si su titular ha provocado o tolerado que se transforme en denominación genérica la que corresponda a uno o varios de los productos o servicios para los cuales se registró de tal modo que, en los medios comerciales y en el uso generalizado de dicha denominación por el público, la misma haya perdido su significación distintiva, como medio de identificar el correlativo producto o servicio a que se aplique."

Este precepto está relacionado con lo dispuesto por la fracción II del artículo 91 que señala: "No son registrables como marca: ... II. Las palabras que en el lenguaje corriente o en las prácticas comerciales se hayan convertido en una designación usual o genérica de los productos o servicios que se trate de amparar."

Lo anterior es debido a que, con motivo de la publicidad determinadas marcas llegan a confundirse con el producto y los consumidores al pedir el producto emplean la marca, tales son los casos de: "Catsup", "Cornflakes", "Nescafé", "Larines", "Kleenex", "Tehuacán"; por tanto, no puede registrarse una marca y procede su extinción en estos casos, ya que deja de tener su razón de ser, pues como se ha dicho con anterioridad, marca "es el signo distintivo de las mercancías que una empresa elabora o expende".

### III Caducidad

La caducidad del registro de una marca está previsto por el artículo 139 que dispone: "La renovación del plazo inicial de duración de los efectos del registro de una marca, y de cada uno de los ulteriores, deberá solicitarse por el titular dentro del último semestre de cada plazo, previo pago de los derechos que cause la renovación. Podrá, sin embargo, presentarse esta solicitud dentro de un plazo de gracia de seis meses, contado a partir del vencimiento de cada plazo, si se paga, además de los derechos ordinarios, el recargo que señale la tarifa respectiva. Vencido el plazo de gracia sin que se presente la solicitud caducará de pleno derecho el registro de la marca."

Ahora bien, el plazo de duración del registro de una marca es de cinco años conforme preceptúa el artículo 112: "Los efectos del registro de una marca tendrán una vigencia de cinco años a partir de la fecha legal. Este plazo será renovable indefinidamente por períodos de cinco años, de reunirse los requisitos establecidos en la presente ley, su reglamento y demás disposiciones aplicables. La fecha y hora de presentación de la solicitud de registro será la fecha legal de la marca y servirá de base para determinar la prelación."

La falta de renovación da derecho a cualquier persona a pedir su caducidad, atento lo preceptuado por el artículo 99: "Las marcas que ha-

yan caducado por falta de renovación o se hayan extinguido por falta de explotación, podrán ser solicitadas por cualquier persona, transcurrido un año a partir de la fecha de caducidad o de extinción. El plazo a que se refiere este artículo no será aplicable al titular de la marca caduca o extinguida, quien podrá solicitarla de nuevo en cualquier tiempo."

Es interesante hacer la observación, que en la Ley de Marcas de Fábricas de 1889, las marcas eran de duración indefinida, pero se entendían abandonadas por falta de producción.

Para evitar que una marca caduque, el interesado deberá presentar su solicitud dentro del plazo a que se refiere el artículo 139 ya transcrito y además demostrar su uso efectivo y continuo atento al artículo 140: "La renovación del registro de una marca, sólo procederá si el interesado comprueba en forma fehaciente su uso efectivo y continuo, es decir, no interrumpido en su aplicación a los productos o servicios que ampare. Si una misma marca se encuentra registrada para proteger dos o más clases de productos o servicios, bastará, para que proceda la renovación de todos los registros, que se demuestre el uso efectivo e ininterrumpido por lo menos en alguna de dichas clases."

### IV Cancelación

El artículo 150 de la Ley prevee la cancelación al disponer que: "El titular de una marca registrada podrá solicitar por escrito, en cualquier tiempo, la cancelación de su registro. La Secretaría de Industria y Comercio podrá requerir la ratificación de la firma si lo considera necesario. El registro de una marca podrá ser cancelado por la Secretaría de Industria y Comercio cuando su titular especule o haga uso indebido en el precio o calidad de un producto o servicio amparado por la marca en detrimento del público o de la economía del país."

De este precepto se desprenden dos hipótesis: a) Que el titular solicite su cancelación por así convenir a sus intereses; y b). Que la Secretaría de Comercio oficiosamente cancele el registro cuando el titular especule con el precio o calidad. Esto definitivamente resulta una medida acertada, pues es frecuente que una marca al llegar a tener mucha aceptación su titular aumente el precio o disminuya su calidad.

### V Expropiación

Si bien es cierto que la Ley de Invenciones y Marcas no habla expresamente de la expropiación de marca, la disposición contenida en el artículo 132 contiene implícitamente una expropiación al disponer que: "Por causas de utilidad pública la Secretaría de Industria y Comercio podrá

otorgar licencias obligatorias para el uso de marcas registradas. Previa audiencia de las partes, la Secretaría de Industria y Comercio fijará las regalías que correspondan al titular de la marca"; asimismo, el artículo 125 da facultades a la Secretaría de Comercio de prohibir el uso de una marca, ya que textualmente dice: "La Secretaría de Industria y Comercio podrá declarar, por razones de interés público, el registro y uso obligatorio de marcas en cualquier producto o servicio. También por razones de interés público y oyendo previamente a los organismos representativos de los sectores interesados, la expresada Secretaría podrá prohibir el uso de marcas, registradas o no, en determinado producto de cualquier rama de la actividad económica. La declaratoria correspondiente se publicará en el Diario Oficial de la Federación y los obligados por ella deberán cumplir sus disposiciones en el plazo y conforme a las reglas que en la propia declaratoria se señalan. Su incumplimiento ameritará las sanciones correspondientes."

Lo preceptuado en los artículos transcritos sin lugar a dudas constituye una expropiación, pues está facultando a la Secretaría a otorgar licencias obligatorias en los casos de utilidad pública y aunque no se hable de expropiación, lo que sí acontece en el caso de patentes en que el artículo 63 señala los casos de expropiación y que no se puede aplicar en forma analógica pues se violarían garantías de seguridad jurídica, el artículo 132, repito, implica una expropiación, si no total al menos parcial.

Independientemente de lo anterior, considero que al conceder el registro de una marca la propiedad a su titular queda sujeta a las restricciones generales de propiedad que consagra la Constitución y por tanto, susceptible de ser expropiada por causa de utilidad pública debidamente demostrada.

## VI Nulidad

La nulidad del registro de una marca procede cuando se da alguno de los supuestos del artículo 147, que textualmente dice:

"El registro de una marca es nulo:

"I. Cuando se haya otorgado en contravención a las disposiciones de esta ley o de la vigente en la época de su registro.

"II. Cuando la marca sea idéntica o semejante en grado de confusión a otra que haya sido usada en el país con anterioridad a la fecha legal de la marca registrada, aplicada a los mismos o similares productos o servicios, siempre que quien haga valer el mejor derecho de uso, compruebe haber usado su marca ininterrumpidamente en el país con anterioridad a la fecha de uso declarado por el que la registró.

"III. Cuando la marca se ha venido usando con anterioridad en el

extranjero, en la misma hipótesis de la fracción anterior, si además del uso existe el registro extranjero y reciprocidad al respecto.

"IV. Cuando la etiqueta, en que aparezca la marca contenga indicaciones falsas respecto a la procedencia de los productos o servicios que ampare, ubicación del establecimiento industrial o comercial del titular de la marca o con respecto a medallas, diplomas, premios o recompensas.

"V. Cuando el registro se hubiera otorgado con base en declaraciones falsas o inexactas.

"VI. Cuando por error, inadvertencia o diferencia de apreciación, se haya otorgado el registro existiendo en vigor otro que se considere invadido, por tratarse de una marca que sea igual o semejante en grado de confusión y que se refiera a servicios o productos iguales o similares.

"VII. Cuando el agente o el representante del titular de una marca registrada en el extranjero, solicite y obtenga el registro de ésta a su nombre, sin el consentimiento expreso del titular de la marca extranjera. En este caso el registro se reputará como obtenido de mala fe.

"La acción de nulidad fundada en las fracciones I, V y VII, podrá intentarse en cualquier tiempo; la fundada en las fracciones IV y VI, en un plazo de tres años; la fundada en la fracción II, en un plazo de un año y la fundada en la fracción III, en un plazo de seis meses.

"Los plazos mencionados se computarán a partir de la publicación del registro en la Gaceta de Invenciones y Marcas."

Procediendo el análisis de cada una de estas fracciones, tenemos que:

I. Es obvia la nulidad cuando se otorga un registro en contravención a lo dispuesto por la ley.

II. La nulidad contemplada en esta fracción está basada en la naturaleza de la marca, que como ya hemos apuntado consiste en el signo distintivo para diferenciar los productos o servicios, de no existir esta causa de nulidad el registro de una marca sería un absurdo; se aplica asimismo el principio general de derecho "primero en tiempo mejor en derecho".

III. La razón de ser de esta fracción es semejante a la anterior observando asimismo los tratados y convenios internacionales.

IV. Esta causa de nulidad se puede equiparar a la cancelación que señala el artículo 150, pues el propietario está haciendo uso indebido de su marca al inducir al error a los consumidores, mediante lo que se pudiere considerar como falsa publicidad.

V. Resulta obvio pues, que a nadie le puede aprovechar su propio dolo.

VI. Resulta innecesaria, pues ya la contempla la fracción II, además resulta absurdo que se esté protegiendo a la Secretaría de Comercio de los errores que pueda cometer, ya que ocasiona inseguridad jurídica.

VII. Esta hipótesis además encuadra en los tipos delictivos.

Este artículo también señala los plazos de prescripción de la acción de nulidad y en mi opinión es erróneo que: a) se concedan tres años en los casos de la fracción VI, pues resulta que el registro de una marca no está

firme hasta que transcurra ese plazo; b) que se le otorguen seis meses únicamente al titular de una marca del extranjero que ha sido limitada y un año al nacional, siendo que este último tiene más facilidad para enterarse y por tanto para intentar su acción, y además considerando que el plazo se computa a partir de la publicación del registro en la Gaceta de Invenciones y Marcas, misma que tarda en llegar al extranjero.

Para normar nuestro criterio es importante observar las tesis sustentadas por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las ejecutorias que a continuación se transcriben:

"**MARCAS INDUSTRIALES, ELEMENTOS DE CONFUSION.** Este elemento, que pudiera incurrir en error acerca de la procedencia del producto amparado por una marca idéntica o semejante a la registrada con anterioridad, puede provenir de muchos factores, encauzados a alcanzar un beneficio con detrimento del derecho preferente que trata de resguardarse, y de allí que la semejanza o similitud a que alude la Ley no puede estar limitada a artículos clasificados en la misma clase, sino en cualquier otra, siempre que induzca a error, por su finalidad, su composición, lugar de venta o por cualquier relación que entre ambos exista, bien sea de medio a fin, o de causa a efecto, sin que, por todo ello, a la similitud indicada se le debe dar una interpretación rígida, como queda dicho y debe reiterarse, justa y lógica; pudiendo decirse, entonces, que la clasificación a que alude el artículo 71 reglamentario, no puede servir de base para concluir que no haya ni puede haber similitud entre productos de distintas clases". Amparo en revisión 4195/1962. Scripto. Inc. Resuelto el 22 de abril de 1963, por mayoría de 3 votos, contra el del Sr. Mtro. Mattos Escobedo. Ausente el Sr. Mtro. Mendoza González. Ponente el Sr. Mtro. Rivera P. C. Srio. Lic. José Tena Ramírez

"**MARCAS INDUSTRIALES, SEMEJANZA DE LAS.** El criterio subjetivo de las autoridades administrativas correspondientes, respecto a semejanza de marcas, aunque tal semejanza constituya un problema técnico y no jurídico, debe descansar en razonamientos lógicos para considerarse constitucionalmente motivado y fundado. Si así no fuera, ocurriría que bajo pretexto de aplicar dicho criterio subjetivo, se dictaran resoluciones caprichosas con vulneración de nuestro sistema constitucional que por cuanto a potestad de las autoridades, sienta un régimen de facultades expresas y limitadas." Amparo en revisión 6943/1955. Laboratorios Grossman, S. A. Resuelto el 24 de septiembre de 1956, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Rivera P. C. Srio. Lic. Salvador Alvarez R.

En el "Decreto por el que se promulga el Convenio de París, para la protección de la Propiedad Industrial adoptado en Estocolmo el 14 de julio de 1967", contiene en sus diversos artículos casos de nulidad del registro de marca, lo cual complementa lo preceptuado por el artículo 147 fracción III de la Ley de Invenciones y Marcas a que ya me he referido y así tenemos que:

Artículo 5-c 1 dice: "Si en un país fuese obligatoria la utilización de la marca registrada, el registro no podrá ser anulado sino después de un plazo equitativo y si el interesado no justifica las causas de su inacción".

Aplicando este precepto a "contrario sensu" nos encontramos ante una causa de nulidad, misma que contempla nuestra Ley de la materia pero que considera como motivo de cancelación.

Artículo 6º Bis "1) Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que puede beneficiarse del presente convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta. 2). Deberá concederse un plazo mínimo de dicha marca, los países de la Unión tienen la facultad de prever un plazo en el cual deberá ser reclamada la prohibición del uso.

"3). No se reflejará plazo para reclamar la anulación o la prohibición del uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe."

Lo anterior está considerado también por nuestra ley en el artículo 147 fracciones II y III y aunque resulta un tanto ocioso este precepto ya que una marca cuando no sirve como signo distintivo para diferenciar productos o servicios pierde su naturaleza y por tanto la nulidad debe operar de pleno derecho. Es interesante observar que el plazo que se señala para intentar la nulidad es de 5 años lo que resulta acertado, pues nuestra ley únicamente concede 6 meses que resultan insuficientes por las razones ya expuestas.

Artículo 6 Ter: "1) a) Los países de la Unión acuerdan rehusar o anular el registro y prohibir con medidas apropiadas, la utilización, sin permiso de las autoridades competentes, bien sea como marcas de fábrica o de comercio, bien como elementos de las referidas marcas de los escudos de armas, banderas y otros emblemas de Estado de los países de la Unión, signos y punzones oficiales de control y de garantía adoptados por ellos, así como toda imitación desde el punto de vista heráldico.

"b). Las disposiciones que figuran en la letra "a) que antecede se aplican igualmente a los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de las organizaciones internacionales intergubernamentales de las cuales uno o varios países de la Unión sean miembros, con excepción de los escudos de armas, banderas y otros emblemas, si-

glas o denominaciones que hayan sido objeto de acuerdos internacionales en vigor destinados a asegurar su protección.

"c). Ningún país de la Unión podrá ser obligado a aplicar las disposiciones que figuran en la letra b) que antecede, en perjuicio de los titulares de derechos adquiridos de buena fe antes de la entrada en vigor, en ese país, del presente convenio. Los países de la Unión no están obligados a aplicar dichas disposiciones cuando la utilización o el registro considerado en la letra a) que antecede no sea de naturaleza tal que haga sugerir, en el espíritu del público, un vínculo entre la organización de que se trate y los escudos de armas, banderas, emblemas, siglas o denominaciones, o si esta utilización o registro no es verosímilmente de naturaleza tal que haga inducir a error al público sobre la existencia de un vínculo entre quien lo utiliza y la organización."

La nulidad con motivo del uso de los escudos de armas, banderas y otros emblemas del Estado de los países de la Unión, si bien en nuestra ley existe la prohibición del registro de una marca en el artículo 91 fracción VII, nada se dice respecto a la nulidad, por lo que este convenio es una medida acertada.

Artículo 6 Quarter: "1) Cuando, conforme a la legislación de un país de la Unión, la cesión de una marca no sea válida sino cuando haya tenido lugar al mismo tiempo que la transferencia de la empresa o del negocio al cual la marca pertenece, será suficiente para que esa validez sea admitida, que la parte de la empresa o del negocio situada en este país sea transmitida al cesionario con el derecho exclusivo de fabricar o de vender allí los productos que llevan la marca cedida.

"2). Esta disposición no impone a los países de la Unión la obligación de considerar como válida la transferencia de toda marca cuyo uso por el cesionario fuere de hecho, de naturaleza tal que indujera al público a error, en particular en lo que se refiere a la procedencia, la naturaleza o las cualidades sustanciales de los productos a los que se aplica la marca."

Este artículo prevé la invalidez de una marca en los casos de transferencia de tecnología cuando se engaña al consumidor respecto al origen, naturaleza y cualidades sustanciales de los productos.

Artículo 6 quinquies: "B. Las marcas de fábrica o de comercio reguladas por el presente artículo no podrán ser rehusadas para su registro ni invalidadas más que en los casos siguientes:

"1). Cuando sean capaces de afectar a derechos adquiridos por terceros en el país donde la protección se reclama;

"2). Cuando estén desprovistas de todo carácter distintivo, o formadas exclusivamente por signos o indicaciones que puedan servir, en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen de los productos o la época de producción, o que hayan llegado a ser usuales en el lenguaje corriente o en las costumbres leales y constantes del comercio del país donde la protección se reclama;

"3). Cuando sean contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público. Se entiende que una marca no podrá ser considerada contraria al orden público por el solo hecho de que no esté conforme con cualquier disposición de la legislación sobre marcas, salvo en el caso de que esta disposición misma se refiera al orden público."

Este artículo prevé la nulidad en los casos de que la marca carezca de signo distintivo porque se haya hecho común y cuando sea contra la moral y el orden público, lo mismo está previsto en nuestra ley en el artículo 91, fracciones II, III y XXII.

Artículo 6 septies: "1) Si el agente o el representante del que es titular de una marca en uno de los países de la Unión solicita, sin autorización de este titular, el registro de esta marca a su propio nombre, en uno o varios de estos países, el titular tendrá el derecho de oponerse al registro solicitado o de reclamar la anulación o, si la ley del país lo permite, la transferencia a su favor del citado registro, a menos que este agente o representante justifique sus actuaciones.

"2) El titular de la marca tendrá, en las condiciones indicadas en el párrafo 1) que antecede, al derecho de oponerse a la utilización de su marca por su agente o representante, si no ha autorizado esta utilización

"3) Las legislaciones nacionales tienen la facultad de prever un plazo equitativo dentro del cual el titular de una marca deberá hacer valer los derechos previstos en el presente artículo."

Prevé los casos de nulidad cuando el agente de un titular solicita el registro de marca a nombre propio y sin la debida autorización del titular.

Son estos los principios que rigen los modos de terminarse el registro de marca, mismos que están sujetos a la dinámica del derecho, en especial, a través de los Congresos Internacionales de Propiedad Industrial.

REGULACION DE LA PRUEBA DE PERITOS (PRUEBA PERICIAL)  
DENTRO DEL PROCESO CIVIL Y PENAL, ASI COMO EN EL  
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA REPUBLICA  
MEXICANA

JAVIER ORELLANA RUIZ

Dentro del Proceso Civil y Penal, así como en los diversos procedimientos administrativos, la Prueba Pericial o Prueba de Peritos, se ha desvirtuado casi totalmente al grado de ser débil su eficacia probatoria, y no por el hecho de la prueba en sí, sino como atinadamente nos dice la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Tesis que se encuentra en el Suplemento de 1956, Primera Sala, página 356, con relación al Amparo Directo 235/953.

"La experiencia ha demostrado que, en la generalidad de los casos, cada perito se convierte en defensor de la parte que lo nombró..."

Por consecuencia, los peritos se olvidan de que si bien es cierto que son propuestos por las partes, conocen por encargo del Juez, convirtiéndolos por tal motivo en Auxiliares de la Justicia y, de ninguna manera, tales peritos representan a las partes, sino, recordemos a CARNELUTTI, que en su Derecho Procesal (Tomo III, pág. 222) nos dice: "EL PERITO CONOCE POR ENCARGO DEL JUEZ, DE AQUI QUE PARTICIPEN DE LA NEUTRALIDAD QUE CARACTERIZA AL JUEZ, CUYOS AUXILIARES SON..."

En estas condiciones, y con el objeto de hacer más efectiva la citada prueba, efectué un estudio-proyecto por medio del cual se eliminen antiguos métodos, y el Juez tenga mayores medios de apreciación y pueda lograr un criterio propio y por el cual dé un fallo justo y apegado a Derecho.

Pero antes de entrar en materia, debemos hacer algunas consideraciones acerca de la prueba de peritos y cuáles son las acepciones del término pericia, con independencia de que este término tenga o no una significación procesal probatoria.

Puede emitirse una noción sustancial, general, del perito y, otra formal, en cuanto a que éste es un instrumento personal de la prueba. En la primera significación, el perito es la persona con conocimientos especializados; en la segunda, el perito es la persona llamada al proceso para

aportar máximas de experiencia con la finalidad de realizar una prueba. (Clara Olmedo: Tratado de Derecho Procesal Penal).

La primera noción —que es la que nos interesa— refiere el concepto sustancial de la persona experta. Sustancialmente, son peritos aquéllas personas calificadas en razón de su técnica, su ciencia o sus conocimientos del arte o, en otras palabras, de su cultura en materias que no son conocidas con precisión, por el común de las gentes.

Los términos, conocimientos especializados, debemos entenderlos en toda su comprensión: Todo tipo de conocimientos que escapen de la cultura común de las gentes. Es perito un científico de reconocido prestigio, y lo es un agricultor, en aquello que conoce como consecuencia en los campos de la ciencia, arte o práctica que conoce.

Perito es, por lo tanto, la persona entendida, el individuo competente, idóneo, por tener unas determinadas aptitudes y conocimientos, por poseer una adecuada capacidad.

Los conocimientos de la persona perita podrán versar:

1o. Sobre las ciencias: Conjunto de conocimientos de las cosas por sus principios y causas. El concepto de ciencia es amplio, ya que incluye las ciencias físicas, matemáticas, naturales, las ciencias del espíritu, etc.

2o. Sobre el arte: Conocimientos sobre cualquiera de las artes, que tienen por objeto expresar belleza, pintura, escultura, arquitectura, música, literatura, etc.

3o. Sobre la práctica o técnica: Conocimientos que llevan consigo la habilidad para usar los procedimientos y recursos de que se sirve la ciencia. Cuando esos conocimientos son fruto de una simple repetición de actos, que no ha necesitado especiales estudios, son estrictamente prácticos.

Ahora bien, en un sentido más amplio, esos tres tipos de conocimientos entran en el concepto de conocimientos técnicos, pues la técnica como sustantivo, puede referirse al conjunto de reglas según las cuales debe realizarse un trabajo con el objeto de que esté bien hecho. En consecuencia, utilizaremos el término de "conocimientos técnicos" como sinónimo de conocimientos científicos, artísticos o prácticos.

### *La naturaleza jurídica de la prueba de peritos*

La naturaleza procesal de la prueba de peritos es tan patente, como los demás medios de prueba, por lo que no cabe poner en duda su naturaleza procesal que se desarrolla en la fase probatoria del Juicio Civil o Penal.

Tradicionalmente, se ha ubicado la pericia en el campo de la prueba en las legislaciones, como testimonio de esta tradición; podríamos citar la casi totalidad de las legislaciones procesales europeas y sudamericanas vigentes, promulgadas en el siglo pasado y en los primeros lustros del pre-

sente. Una de ellas, cuando menos, y creo que es la más antigua, es la del cotejo de letras, que ya aparece en las partidas de Alfonso X, el Sabio, (año de 1265), Ley 118, del Título 18, de la Partida 3a.).

En consecuencia, gran parte de la doctrina considera a la pericia como un medio de prueba que consiste en los elementos que el perito pone de manifiesto con el procedimiento técnico o práctico que emplea para su examen.

En todos los textos legales más modernos, y en nuestra legislación, consideran al perito como un Auxiliar del Juez, por motivo de que el dictamen no suministra prueba alguna, sino que constituye un elemento de valorización de hechos y circunstancias, por ello, la actividad del perito debe ser considerada como auxilio para el Juez, ya que la actividad del perito es proporcionar al Juez lo que éste no tiene y, sin embargo, necesita para cumplir su función específica, en tales circunstancias, muchos autores sustituyen el nombre de perito por el de consultor técnico o asesores expertos.

Sobre la discusión doctrinal, en torno a si la pericia es un medio de prueba o un auxilio para el Juez, falta una solución definitiva, posiblemente porque sea imposible darla en términos absolutos. Se adaptan, en consecuencia, posturas eclécticas.

La contraposición, entre pericia medio de prueba y auxilio para el Juez, está en función del concepto que se admita como medio de prueba, por nuestra parte pensamos que ambas posturas no están reñidas. La pericial es un medio de prueba, lo que no es obstáculo para que represente un especial auxilio a la actividad que el Juez desarrolla en el procedimiento probatorio. Este auxilio tiene más relieve, normalmente, que el proporcionado por los demás medios de prueba. Todas las personas que intervienen en la prueba pueden ser consideradas auxiliares del Juez, aunque de un modo diverso que el perito. Además, la pericia no es sólo una ayuda para el Juzgador, sino también para los litigantes, dado que la prueba pericial viene a ser una garantía de que se juzgarán correctamente los hechos controvertidos, necesitados de integración técnica.

Si bien es cierto que la pericia representa una cooperación en auxilio del Juez, también es cierto que no supone una colaboración a la función propiamente jurisdiccional. La actuación pericial no sustituye la misión judicial, ya que el perito no es un árbitro que forme total o parcialmente la decisión del Juzgador, sino que, como los demás medios de prueba, intenta tan sólo producir la convicción judicial.

Por otra parte, tampoco significa un auxilio al cometido jurisdiccional específico, pues aún en casos de dependencia administrativa de la jurisdicción, esta dependencia será orgánica, no funcional.

### *Caracterización de la prueba de peritos*

Esas exposiciones doctrinales, en torno a la naturaleza jurídica de la pericia, evidentemente nos llevan a pensar que nos encontramos ante un medio de prueba "sui generis", peculiar; presenta puntos de contacto o afinidades con los demás medios de prueba, a la vez que peculiaridades que la caracterizan.

En primer lugar, la prueba pericial es una actividad procesal —actividad porque interviene la voluntad humana, y procesal en cuanto realiza o se realiza en el proceso—, que constituye un verdadero medio de prueba; se desarrolla en la fase probatoria del proceso, para fijar normalmente hechos controvertidos de tipo especializado, con la finalidad de lograr el convencimiento del Juez.

Se trata de un medio de prueba indirecto. El Juez no percibe directamente el hecho a probar, sino lo que le dice el perito, que es la representación o reproducción de aquel hecho, por ser su equivalente sensible verdadero o falso.

La pericia es, por otra parte, una prueba con carácter científico —dando una acepción amplia a este término—.

Los hechos controvertidos, que son objeto de la prueba pericial, tienen un carácter técnico. Su existencia puede ser, incluso, conocida, y el desconocimiento versar sobre su significación especializada; con otras palabras, la prueba pericial puede recaer sobre aspectos técnicos de hechos de conocida o desconocida existencia, pues la controversia, que hace necesaria la pericia, puede referirse más a la integración técnica, que a la propia existencia de los hechos, aunque, en ocasiones, de aquella integración podrá deducirse la existencia o inexistencia de los hechos.

Se puede considerar que la prueba pericial no sólo es un medio de aportar elementos de prueba al proceso —"conocer"—, sino también como un medio de valorar —"apreciar"—, técnicamente los hechos, ya adquiridos a través de otros medios de prueba. En este sentido, la pericia representa un presupuesto para juzgar bien acerca de los hechos controvertidos, objeto de la prueba.

De todos modos, esto no puede llevarnos a pensar que la prueba pericial sólo recae sobre hechos probados a través de otros medios de prueba. Es más habitual que el perito conozca y aprecie hechos directamente, con la finalidad de convencer al Juez no sólo de su existencia, sino también de su significación científica, artística o técnica. Por medio de sus máximas experiencias.

La importancia de las máximas experiencias para la caracterización de la prueba pericial es tal, que puede centrarse la finalidad inmediata de la prueba pericial, en la aportación al proceso de máximas de experiencia, pues la mediata la constituye producir la convicción judicial.

La iniciativa en solicitar la prueba pericial corresponde al litigante in-

teresado. Este, al proponer dicha prueba, se coloca frente a la parte contraria. El destinatario de la prueba será siempre el Juez, ante el que se practica dicho medio de prueba. Y para que la prueba pericial pueda practicarse, es necesario valerse de un medio personal; el perito.

El Perito, en cuanto medio personal de prueba, es la persona poseedora de conocimientos especializados, que ejerce una actividad probatoria en el proceso.

Tal actividad probatoria no la lleva a cabo el perito por un mandato de las partes, sino en virtud de un encargo judicial. Este encargo viene a ser otra característica peculiar de la prueba pericial. Sólo el perito, a diferencia de los demás medios de prueba personales, interviene en el proceso por un expreso encargo del Juez. Esta peculiaridad es puesta de relieve por la generalidad de la doctrina.

Como consecuencia del encargo, el perito se pone en contacto con los hechos de tipo técnico objeto de la prueba, observándolos, apreciándolos y dictaminando sobre ellos. La realización de su actividad probatoria se puede resumir en tres fases: Percepción, deducción o inducción y declaración técnica o dictamen. En ocasiones, la declaración o dictamen pericial contendrá sólo el resultado de la percepción, pero más habitualmente el de una deducción.

Así pues, el perito realiza, en primer lugar, una actividad de percepción, necesaria en cuanto a la exacta apreciación de los hechos discutidos o incluso, de los resultados de algunos medios de prueba, así pues, algunos autores hablan de "Perito Percipiendi", o que lleva a cabo una simple constatación de los hechos.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la percepción, esta constatación u observación normalmente es previa a otra fase de la actividad pericial; la deducción, que lleva consigo una serie de valoraciones de los hechos percibidos, empleando siempre para ello los conocimientos especializados.

Precisamente por esto, se califica también al perito, no sólo como instrumento para conocer, sino también para apreciar, "Perito Deducendi". Por lo tanto, los peritos son llamados a exponer al Juez no sólo las observaciones de sus sentidos sobre los hechos contemplados, sino también las deducciones que deben sacarse objetivamente de los mismos, sus causas y sus efectos.

Los resultados de esta actividad perceptiva y deductiva del perito se plasmarán después en el dictamen o declaración técnica sobre los hechos objetivos de la prueba.

Todo esto que se ha escrito hasta aquí, es solamente con el objeto de señalar de antemano, la importancia que revisten: La intervención de la parte proponente de la prueba, la designación de los peritos por las partes, sus asistencias, la petición por medio del Juez, de la emisión de los dictámenes, así como de las garantías de la eficacia de la prueba pericial.

Ahora bien, ya que hemos explicado más o menos lo que es la prueba pericial, el perito, y cuál es su función y finalidad, pasaremos a contemplar la regularización de la prueba pericial, que deberá recaer en lo siguiente:

- Procedimiento de la Prueba Pericial.
- Aceptación del Cargo.
- Admisión de la Prueba.
- Asistencia a los litigantes por peritos.
- Comparecencia de Peritos.
- Declaración o ratificación de dictámenes.
- Emisión de los dictámenes.
- Nombramientos de Peritos.
- Recusación de Peritos
- Otras.

Todo esto es necesario que se regularice en la prueba pericial y que se asiente o introduzca en los Códigos de Procedimientos, pues por las disposiciones existentes en la actualidad, no se encuentra totalmente regularizada esta prueba que es muy importante.

Lo único que podemos hacer nosotros en lo anterior, es proyectar algo sobre los procedimientos en la recepción de dicha prueba, con el objeto de que el Juez tenga mayores elementos con los cuales pueda formar un criterio propio, sobre lo demás, será del ámbito de los Peritos en Derecho ya que a ellos les corresponde la regularización total de la prueba de peritos.

Las disposiciones actuales dentro de los Códigos de Procedimientos y de algunas actuaciones administrativas, contemplan las juntas de peritos y el llamamiento de los mismos para que las partes o el Juez les formule preguntas; preguntas que vienen solamente a entorpecer la marcha de la justicia expedita y no aportan ningún elemento nuevo de valorización de los hechos controvertidos, en virtud de que los litigantes carecen de los conocimientos o experiencias sobre lo que el perito ha dictaminado.

Las juntas de peritos, además de alargar el procedimiento por el término para dicha junta, tampoco aportan nuevos elementos, toda vez que los peritos se concretan a ratificar sus propios dictámenes, sin que exista en realidad, una polémica o discusión sobre el dictamen rendido.

Los peritos terceros en discordia se concretan únicamente a emitir otro dictamen pericial, sin contemplar o analizar los dictámenes emitidos por los peritos de las partes, lo cual viene a ser un dictamen pericial sobre lo que ya se encuentra dictaminado pericialmente, consecuentemente, no es una aportación nueva a los hechos controvertidos que auxilien al Juez para que tome una determinación y forme su criterio.

Ahora bien, si de lo que se trata es el convencimiento al Juez de que

uno de los peritos tiene la razón, lo conveniente es que se le aporten pruebas, datos y razonamientos por los cuales pueda cumplir con la función de valorización de la prueba, por consiguiente, es necesario que el perito le allegue esas pruebas sin concretarse únicamente a dar la razón a cualquiera de ellos.

Ante estas circunstancias, quiero proponer lo siguiente:

Que la prueba pericial se desahogue con una réplica por escrito del dictamen en contrario, pero dicha réplica acompañada de las pruebas o razonamientos, por las cuales el perito impugne el dictamen en contrario, mismas que le servirán al juez para una mejor valorización de los dictámenes periciales.

Que el perito tercero no sea más que un asesor técnico del juez, el cual su función vendría a ser el de poner de manifiesto las fallas o errores de uno y los aciertos o verdades del otro, poniéndolos a la consideración del juez, quien, finalmente, con base en todas las pruebas, decidirá quién tiene la razón, formando un criterio propio y otorgando su fallo con justicia.

Podría hacerse en forma de que, al emitirse un dictamen, el perito lo hiciera por duplicado, para que, con la copia, se le corriera traslado al perito de la contraria, el cual, en un término perentorio, emitirá la réplica con las pruebas y razonamientos por las cuales crea que el dictamen contrario no se encuentra en lo cierto, igualmente lo sería para el perito de la otra parte.

Con esta práctica, evitaríamos el que los peritos dictaminen a la ligera, además de que se le obligaría a estudiar, puesto que al saber que el perito contrario va a ocurrir con su réplica y va a poner de manifiesto sus errores, evitaría dictaminar a la ligera, además de esto, se evitaría en mucho las consignas, ya que el juez tendría los elementos necesarios para efectuar una valorización justa y razonada.

Por otra parte, se ahorraría tiempo inútil en las juntas de peritos, que no aportan nada nuevo a los dictámenes, y las preguntas inútiles de los litigantes o de las partes, a los peritos, las cuales muchas de las veces y, en su mayoría, no se refieren a la materia del dictamen o al dictamen mismo, sino a circunstancias legales o fuera del tema principal.

El juez por su parte, en el caso de que los peritajes fueran contrarios o existiera contradicción, tendría la opción de nombrar un perito asesor, o bien el que con los elementos que tiene a la vista, determinar cuál de los dictámenes es el que le inspira mayor confianza, o tiene mayores elementos de convicción.

En el proceso penal, si bien es cierto que el dictamen oficial es efectuado con anterioridad a la consignación, y que éste va adherido a la misma, también es cierto que puede hacerse la réplica una vez que el perito de la defensa rinda el dictamen correspondiente, el cual se haría por duplicado y se le correría traslado al perito oficial, y en lugar de la junta de

peritos, el perito oficial ocurriría con su réplica acompañada de todas las pruebas y razonamientos que crea convenientes.

Esto, desde luego, y en el caso de que uno de los peritos no ocurriera con su réplica, se tendría el apercebimiento de tenérsele por no presentado el dictamen correspondiente, una vez que se aplicaran las medidas de apremio.

Esto, creo que nos daría un buen resultado, pero lo dejo a la consideración de las autoridades y de ustedes los profesionistas del Derecho.

## I N D I C E

Pág.

- 6 *Presentación*
- 8 *Emilio Portes Gil*
- 9 *Agradecimiento*
- 11 *Gustavo R. Velasco*  
La relación de empleo, el contrato administrativo y la concesión de servicio público.
- 25 *Luis Ruiz Rueda*  
Fianza de empresa, objeto de la prescripción: la acción o la obligación.
- 39 *Raúl F. Cárdenas*  
El código de Martínez de Castro.
- 85 *Roberto Núñez y Escalante*  
Examen de oposición para obtener notarías.
- 97 *Juventino V. Castro*  
El derecho a la información.
- 105 *Miguel Villoro Toranzo*  
La evolución de la Filosofía del Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica.
- 123 *Iñigo Laviada A.*  
Prácticas ilegales o inconvenientes en la constitución de sociedades anónimas y en sus reformas.
- 145 *Carlos Arellano García*  
Los conflictos internacionales de Leyes en materia de contratos.
- 157 *J. Agustín Ortiz Pinchetti*  
Aspectos jurídicos de la planeación económica y social en México.

- 181 *Adolfo Aquiles de Lucio*  
La mujer ante el Derecho Mexicano.
- 187 *Elisur Arteaga Nava*  
Notas para un Derecho Constitucional Estatal
- 231 *Manuel López Medina*  
Los latines del jurista.
- 249 *Josette Serrato Combe*  
Novedades legislativas.
- 261 *J. de Jesús Rodríguez Tovar*  
El principio de la legalidad en el Derecho Administrativo.
- 271 *Fauzi Hamdan Amad*  
Elementos y caracteres propios del servicio público y su ubicación dentro del Derecho positivo mexicano.
- 293 *Jorge Adame Goddard*  
Integri restitutio competit aut in rem aut in personam.
- 301 *Reseñas bibliográficas*
- 307 *Felipe Gómez Mont y Urueta*  
Delitos de funcionarios y empleados contra las instituciones de crédito.
- 319 *Fernando Vázquez Pando*  
Regímenes fiscales de extranjeros en el extranjero; de prestación de servicios subordinados y de prestación de servicios independientes.
- 367 *Rafael Estrada Sámano*  
Necesidad de reinstaurar, dentro de la estructura del poder Ejecutivo Federal, la Secretaría de Justicia.
- 381 *Eduardo de Ibarrola*  
Las entidades paraestatales y los medios de control y vigilancia de las mismas por el Gobierno Federal.
- 409 *Abraham Castellanos*  
El proceso agrario mexicano.
- 423 *Jaime del Arenal Fenochio*  
Un libro jurídico mexicano del siglo XVII.

- 451 *Enrique Creel de la Barrá*  
Breves notas sobre la historia de la Banca de México.
- 465 *José Luis Soberanes F.*  
Introducción al estudio de la audiencia de México.
- 427 *Oscar Narváez*  
Modos de terminarse el registro de marca.
- 489 *Javier Orellana Ruiz*  
Regulación de la prueba de peritos (prueba pericial) dentro del Proceso Civil y Penal, así como en el procedimiento administrativo en la República Mexicana.
- 497 *Indice*

Esta revista fue editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. Se terminó de imprimir en los talleres de Editorial Galache S. A., Priv. Dr. Márquez 81, México 7, D. F., el 30 de agosto de 1979. Estuvieron al cuidado de la edición Elisur Arteaga Nava y Josette Serrato de García.

Se tiraron 2 000 ejemplares.

