REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

— SEGUNDA PARTE —

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

AÑO 6 NUMERO 6 MEXICO 1982

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

Segunda Parte

Número 6

Año 6

MÉXICO 1982

Certificado de Licitud de Título No. 092.
Certificado de Licitud de Contenido No. 051.
Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación.
Reserva de derechos al uso exclusivo del título. No. de Inscripción 526-76.
Registro Público del Derecho de Autor.

CONTENIDO

153

AGRADECIMIENTO

La Escuela Libre de Derecho agradece cumplidamente a la sucesión de la señora Carmen González Badía viuda de Casares el legado de más de 450 volúmenes de obras especializadas en derecho y ciencias políticas que pertenecieron al señor licenciado David Casares Nicolín para integrarlas al acervo de la biblioteca de la Escuela. Asimismo, quiere dejar constancia de su agradecimiento al señor licenciado Alberto G. Salceda Jr. por la donación de 300 volúmenes de la biblioteca de su padre, el señor licenciado Alberto G. Salceda; por último, a la señorita Raquel Herrera y Lasso la donación hecha a los alumnos de la Escuela, con motivo del 70 Aniversario de nuestra institución, del libro *Ensayos Filosóficos,* escrito por su padre, el señor licenciado Manuel Herrera y Lasso, y la venta de las obras jurídicas, filosóficas y de historia de México que pertenecieron a la biblioteca de nuestro admirado Maestro.

La Escuela Libre de Derecho agradece a Fomento Educacional, A. C., el donativo que se sirvió hacer a la hemeroteca de la Escuela, por conducto del señor licenciado don Carlos Sánchez Mejorada Rodríguez, para la adquisición de suscripciones a revistas jurídicas estadounidenses que complementan el acervo sobre el derecho de ese país.

Con fecha 29 de noviembre de 1982 los licenciados Elisur Arteaga Nava, Josette Serrato y Laura Trigueros, miembros del Instituto de Investigaciones Jurídicas, responsables de la organización de los cursos de actualización que la Escuela ha llevado a cabo en los últimos cuatro años, solicitaron licencia por un año respecto de dicha actividad debido, entre otros motivos, a la publicación de la obra "Legislación pública estatal" que saldrá a la luz próximamente.

El señor Rector aceptó concederles la licencia por un año e invitó para hacerse cargo de los cursos durante ese lapso al maestro licenciado Ignacio Soto Borja.

José Gómez Gordoa

UNA SEMBLANZA DE GENARO MARÍA GONZÁLEZ

Orientar es crear

Don Genaro María González nació en la Ciudad de México el 18 de octubre de 1922 y falleció en ella el 20 de diciembre de 1981.

Lo que un hombre hace durante los años de que pudo disponer, y que en conjunto forman su vida, es algo en que interviene un poco el destino, y las circunstancias de la época en la que le tocó vivir, y mucho sus características, valores morales, individuales y personalidad.

Los primeros años de su vida estudió en el Instituto Franco Inglés y el Colegio Cristóbal Colón, lo que nos indica que su formación se realizó dentro del marco de las doctrinas aristotélico-tomistas tradicionales. Su interés por el estudio y el análisis crítico de los problemas sociales y la filosofía se manifiesta con la tesis con la que culminó sus estudios profesionales realizados en la Escuela Libre de Derecho, presentada en su examen profesional el 18 de octubre de 1947, intitulado *Apuntes sobre la Doctrina de la Constitución Mexicana,* laureada por el jurado examinador. Su deseo de profundizar en el estudio de la filosofía lo llevó a estudiar esta disciplina en la Universidad Iberoamericana.

Ejerció profesionalmente en las ramas civil y mercantil, y desempeñó varios cargos públicos: abogado consultor, secretario particular de la Secretaría General, Presidente de la Comisión Técnica de Transportes, todo en el Departamento del Distrito Federal.

Destacó como escritor y periodista, canales de comunicación donde virtió sus inquietudes y puntos de vista. Fue continuo colaborador del "Excelsior", periódico con el que participó como editorialista desde 1947 hasta julio de 1976. Posteriormente colaboró en la revista "Proceso". Como escritor publicó *Huehuetoca, Catolicismo* y *Revolución,* y *Toribio Esquivel Obregón: Actitud e Ideario Político.*

Las anteriores actividades son de por sí meritorias y suficientes para que la vida de una persona pudiera considerarse plena. Sin embargo, es en otra actividad, especialísima por la dedicación y sensibilidad que significa, donde Genaro María González trascendió los años que nos acompañó: la enseñanza del Derecho. En este campo fue activo y diligente, lo que significa hacer mucho y hacerlo bien. Fue catedrático en la Escuela Libre de Derecho, en la Escuela de Periodismo Carlos Septién García, en la Universidad Iberoamericana, en la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Univer-

sidad Anáhuac y en la Universidad La Salle. La simple lectura de la lista de las instituciones con las que colaboró como catedrático nos muestra que abarca prácticamente todas aquellas que tienen como objetivo la formación de profesionales del Derecho, y hace patente el principal interés que tenía "Genaro" como cariñosamente le decían sus alumnos, en la transmisión de conocimientos.

La especialidad que escogió es, además, tal vez la más difícil: Introducción al Estudio del Derecho. Esta materia, como se sabe, se imparte en el primer año de la carrera de Derecho y es, de hecho, la que va a iniciar el conocimiento del arte y la ciencia de Derecho. Significa tener que, como primer paso, integrar a un grupo formado por individuos que provienen de distintas partes y ambientes y, al mismo tiempo, con toda delicadeza, desarrollar los temas que van a ser los fundamentos estructurales de su vida profesional: Normas, Libertad, Moral y la Justicia, cuya realización debe ser el ideal de todo abogado; exponiendo las distintas teorías que sobre temas tan substanciales se han desarrollado. Sin temor a equivocación, puede afirmarse que quien ha tenido la oportunidad de recibir un buen curso de "Introducción al Estudio del Derecho", tendrá avanzada más de la mitad del camino de una sólida formación.

Este objetivo lo cumplía con excelencia Genaro María González. Testigos y muestras son los cientos de estudiantes que recibieron sus enseñanzas. En su memoria vive este insigne maestro, quien llevó a cabo a través de la orientación, la labor más creativa que puede realizar el ser humano: la enseñanza; y a través de ésta la perpetuación de su propia esencia y de la esencia del ser humano.

JOSETTE SERRATO COMBE

Doctrina I

VI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado

PRESENTACIÓN

Los Seminarios Nacionales de Derecho Internacional Privado, se iniciaron en 1976, bajo los auspicios de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado.

Durante seis años se han celebrado de manera ininterrumpida, habiéndose unido al patrocinio original, el Colegio de Profesores de Derecho Internacional Privado, de la Facultad de Derecho Internacional Privado, creada por los numerosos profesores de la materia que se unieron con motivo de la celebración de dichos Seminarios.

Los primeros cuatro seminarios se celebraron en la Ciudad de México, pero a partir del Quinto se empezó a conformar realmente la vocación nacional ya que, bajo los auspicios de la Universidad Autónoma de Chihuahua, ese seminario se celebró en aquella entidad federativa. Lo mismo sucedió con el Sexto Seminario que ahora se publica, el cual se llevó a cabo con el patrocinio de la Universidad de Guadalajara.

La temática, a lo largo de los Seminarios, ha sido variada y en ella han participado profesores extranjeros y mexicanos, algunos de ellos de reconocido prestigio internacional.

En el Sexto Seminario se escogió un tema que tiene un interés inmediato con México y sobre el que existen pocos trabajos, ojalá que el material que ahora se presenta contribuya, en alguna medida, a aportar elementos de discusión respecto de los conflictos de leyes entre entidades federativas, reglamentados de manera general, en el Artículo 121, Constitucional.

Quiero finalmente, aprovechar la ocasión para agradecer a la Escuela Libre de Derecho y especialmente a su distinguida profesora Laura Trigueros la publicación de estos materiales.

Dr. Leonel Pereznieto Castro

Presidente de la Academia Mexicana
de Derecho Internacional Privado

ANTECEDENTES DOCTRINALES, LEGISLATIVOS Y JUDICIALES DEL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 5 DE FEBRERO DE 1857

MANUEL ROSALES SILVA

SUMARIO: I. Introducción. II. El Derecho Internacional Privado a Partir de Joseph Story. II. El Artículo 115 de la Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857: A. Criterios del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública y el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Guanajuato. B. Comentarios doctrinales sobre el primer Proyecto de Ley reglamentaria del Artículo 115 Constitucional. C. Segundo Proyecto de Ley reglamentaria para el Artículo 115 Constitucional. IV. El Artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente: A. Concordancias con la doctrina expuesta en el siglo XIX. B. El Congreso Constituyente de 1916-1917 ante los conflictos de leyes. C. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ejecutorias relacionadas con el Artículo 121 Constitucional D. Proyecto de Reforma al artículo 121 Constitucional por Ramón Cabrera Cosío. E. Proyecto de Ley Reglamentaria de el Dr. Eduardo Trigueros Saravia, sobre la Fracción IV del Artículo 121 Constitucional. F. Proposiciones complementarias nuestras.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad primordial del estudio de los antecedentes del Artículo 121 Constitucional, durante la vigencia de la Constitución de 1857 es, resaltar la preocupación de los juristas mexicanos de aquella época, quienes no sólo se concretaron a copiar lo aprovechable de la Constitución de 1824, en especial el Artículo 145* de similar contenido al Artículo IV Sección Primera, de la Constitución estadounidense, pero, de traducción inadecuada.

* En cada uno de los Estados de la Federación se prestará entera fe y crédito a los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de los otros Estados. El Congreso general uniformará las leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos. (José M. Gamboa, Leyes Constitucionales de México durante el siglo XIX, México: 1901, p. 351).

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO A PARTIR DE JOSEPH STORY

Las aportaciones de Story a nuestra disciplina son importantes, por cuanto a fuente obligada de consulta; escribe su obra en 1834, cuyo extenso título reducimos a "comentarios sobre el conflicto entre leyes extranjeras y patrias", en el párrafo 9, aparece por primera vez la denominación de nuestra disciplina Derecho Internacional Privado.

Además, escribe "comentario abreviado de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América".

Debido al comercio y vías de comunicación, entraron en relación personas de diversos Estados que realizan diferentes actos jurídicos, y por la diversidad de sanción de las leyes, entran éstas en conflicto. El mismo problema se presenta en sistemas normativos jurídicos similares a la federación, cuyas soluciones son de diferente índole, basta consultar la obra del autor que nos guía.*

El artículo, antecedente del que es objeto de nuestro trabajo, lleva la exégesis siguientes

> "Sabido es que los juicios ó los actos públicos pasados en un país, no pueden ser invocados ante los tribunales de otro país, y que debe producirse la prueba, como de todo otro hecho, desde que se quiera presentarlos en un litigio. Sin embargo, la naturaleza de esta prueba y el modo de hacerla, dependen de las leyes positivas de los países donde se gestionan, y sabido es también la gran diversidad de prácticas que existen á este respecto en las diferentes naciones. En Inglaterra y en América, á pesar de las numerosas decisiones judiciales dadas sobre esta materia, subsisten todavía gran número de dificultades y mucha oscuridad.
>
> A la cuestión de prueba se agrega tambien la de ejecucion de los juicios extranjeros, debidamente comprobados, llevados ante los tribunales de las demás naciones en acción ó en defensa...
>
> Pero es preciso distinguir las sentencias ú otros actos judiciales emanados de los tribunales de los Estados de la Union, de aquellos pronunciados en los Estados extranjeros. Antes de la revolución, las colonias eran consideradas como extranjeras entre sí, del mismo modo que las colonias inglesas con respecto á la metrópoli, y por consecuencia, sus sentencias eran consideradas como sentencias extranjeras. Resultaba que las sentencias de un tribunal de las colonias estaban sometidas á nuevo exámen, no solamente con respecto á la jurisdiccion del tribunal que las habia pronunciado, sino tambien en cuento al fondo de la controversia, en los casos en que la causa hubiese sido considerada en Inglaterra como que debia someterse á una nueva revision. En muchas colonias, sin embargo, se hicieron leyes que colocaban las sentencias extranjeras sobre el mismo pié que las de sus propios tribunales, en cuanto al fondo de la contestacion, desde que la competencia del tribunal habia sido reconocida. El artículo de la Confederación que se refiere á esta materia, sabiamente interpretado, significa que las sentencias dadas en uno de los Estados, tendrian pleno y cumplido efecto en todos los otros, en el interes de la uniformidad y de la certeza de las leyes. Es probable que esta interpretacion no haya sido admitida por todos los Estados, durante la Confederación, debia remediar este inconveniente.
>
> La cláusula de la Constitucion se propone tres objetos diferentes: 1o. Dar fé y crédito á los actos judiciales de los demás Estados; 2o. Determinar el modo en que deba probarse su autenticidad; 3o. Ordenar su ejecucion, prévia verificacion. El primer punto está fijado por la Constitucion misma; el segundo y el tercero deben ser reglamentados por el poder legislativo" (sic).[1]

Odent, en ulterior comentario de pie de página a la obra precitada, aclara los "dos últimos puntos han sido reglamentados por las leyes de 26 de Mayo de 1790 y 27 de Marzo de 1804. Según estas leyes, los actos de las Legislaturas de Estados se hacen auténticos por el sello de su Estado respectivo. Los registros y los actos judiciales de los tribunales de Estado son auténticos ante

* ...los contratos, ventas, matrimonios, dotes, testamentos, y sucesiones, son tan comunes entre las personas cuyos domicilios se hallan en diferentes países, que tienen leyes no sólo distintas, sino hasta opuestas sobre las mismas materias, ... Supongamos un contrato, válido conforme á las leyes del país donde se celebró, que se pretende ejecutar en otro país donde tal contrato está expresamente prohibido por las leyes; ó vice versa, supongamos un contrato, nulo conforme á las leyes del país donde se celebró; pero válido por las de aquel donde se pretende ejecutar; es claro, que á no haber ciertas reglas uniformes para decidir estos casos (que no son tan raros) las más crasas desigualdades se originarían en la administración de justicia, con respecto á los súbditos de los diferentes países, por lo que á estos contratos se refiere... Cuestiones de este género deben ocurrir frecuentemente, no solo en distintos países, enteramente independientes unos de otros, sino también en provincias de un mismo Imperio que se gobiernan por leyes diferentes... el punto principal para su decision hubo de ser, si la naturaleza de un contrato debe determinarse por la ley del lugar donde se litiga, ó por la ley del domicilio de una de las partes ó de ambas, ó por la ley del lugar donde el contrato se celebró; si la capacidad para hacer testamento debe tomarse de la ley del domicilio del testador, ó de la ubicación (situs) de su propiedad; si la forma de su testamento debe regirse por la ley del lugar de su domicilio, ó por la del lugar de la ubicación de su propiedad, ó por la del lugar donde se hizo el testamento; y del mismo modo, si la ley del domicilio ó cual otra débe regir en los casos de sucesion de bienes ab-intestato.

Es evidente que las leyes de un país no tienen fuerza propia (proprio vigore) si no es dentro de sus límites territoriales y su jurisdicción. [Joseph Story, Comentarios sobre el conflicto entre las leyes extranjeras y patrias con respecto a los contratos, derechos y recursos, y especialmente en lo que se refiere a matrimonios, divorcios, testamentos, sucesiones y sentencias, 7 ed. tr. Hilario S. Gabilondo (México, D. F.: Castillo Velasco, 1880) pp. 8-10].

1 Joseph Story, Comentario Abreviado de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, tr. al español s/f.e. (México, D. F.) pp. 327-330.

2 Ibidem, p. 330.

todos los otros tribunales de los Estados Unidos con un certificado del escribano y el sello del tribunal". (sic)[2] Kent,* incrementa estos comentarios.

El pensamiento de Story es importante porque resume la doctrina romano-germánica en materia de Conflicto de Leyes.

III. EL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA MEXICANA DE 5 DE FEBRERO DE 1857

El contenido de este precepto es:

III. EL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA MEXICANA DE 5 DE FEBRERO DE 1857. EL CONTENIDO

En cada Estado de la Federación se dará fe y crédito á los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso puede, por medio de leyes generales, prescribir la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de elos. (sic)

A. Criterios del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública y el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Guanajuato.

En comunicados de 6 de abril y 14 de mayo de 1869, relativos a obsequio de exhortos dirigidos del Distrito Federal al Estado de Guanajuato; el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, sostuvo criterio para no legalizarlos, de acuerdo con 5 bases que reducimos a tres:

1a. Que para las requisitorias bastaba que fuera en forma de oficio, de acuerdo con la costumbre antigua de los tribunales.

2a. Que bastaba la firma del Presidente de la Sala que enviaba tal requisitoria.

'3a. Que si el artículo 115 de la Constitución dice en su fracción 2a, "que una ley general prescribirá el modo de probar los actos judiciales de un

* En uso de esta facultad, expidió una ley el 26 de Mayo de 1790 fijando el modo de autenticar dichos registros y procedimientos judiciales, disponiendo que en todos los tribunales que existen en los Estados Unidos se les debe dar la misma fé y crédito que tienen por ley ó prácticas en los del Estado en que pasaron... Al señalar la fé y crédito que debían producir las constancias de autos, se marcaba el efecto que debían tener. La Constitución no se conformó con declarar que las sentencias de los tribunales constituyen prueba, prima facie sino que facultó al Congreso para darles un efecto decisivo. Una sentencia por lo mismo será definitiva en todos los Estados, si lo es en el que se dio. Si en un Estado se pidiere la ejecución de una sentencia obtenida en otro, no sería admisible la excepción de que nada se debía (nihil-debet), supuesto que allí tampoco lo era. Pero sí lo sería si se comprobaba esa negativa con algún instrumento público (nul tiel record). Este mismo principio se adoptó en el caso de "Hampton V. M'Connell" (3 Wheaton 234) y se puede considerar como una doctrina incuestionable en el derecho patrio... La ley de 27 de Marzo de 1804 declaró que las prevenciones de la de 1790 eran aplicables á los territorios y á los pases sujetos á la jurisdicción de los Estados Unidos. (sic) [James Kent, Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América, tr. J. Carlos Mexia (México, D. F. 1878) pp. 75 y 76].

Estado a otro", no habiéndose dado tal ley, debe observarse la práctica constante.'[3]

El Tribunal Superior del Estado de Guanajuato, devolvió el exhorto sin diligenciar, porque no estuvo de acuerdo con los fundamentos invocados, e hizo una síntesis de los antecedentes prácticos del artículo 115 constitucional al contestar:

> 'En cuanto á la 3a, no desconoce este Tribunal que hace cuarenta y cinco años, es decir, desde la Constitución de 1824, se está prometiendo á la República la ley que prescriba el modo de probar los actos judiciales de Estado á Estado; mas esto no acredita que no existiera una práctica muy antigua a este respecto; y aun cuando no hubiera existido, la creación de Estados Soberanos por las Constituciones Federales, exigía que desde luego se estableciese, no habiéndose hecho para esto más que seguir la que ya de tiempo atrás se había observado. El Febrero de Pascua, tomo 5o., página 50, refiriéndose al artículo 145 de la Constitución de 1824, vigente cuando este autor escribió, dice: "En todos los Estados de la Federación se ha de dar entera fé y crédito á los actos, registros y procedimientos de los Jueces y autoridades de los otros Estados. Lo cual se entiende siempre que se pruebe debidamente su autenticidad. Y luego agrega, fundado en doctrinas de autores respetables, "que entretanto se dá esa ley, cualquiera documento otorgado en lugar distante, debe legalizarse con tres escribanos que certifiquen de la firma, signo y legítimidad del escribano ó persona que lo autorizó." Así es que, sin dejar de respetar el carácter superior de aquel Tribunal, ni dudando de las facultades que tengan los Presidentes de sus Salas, cosa que jamás ha pretendido contradecir éste, su pensamiento no se dirige á examinar la categoría ó facultades del requiriente, sino la autenticidad del documento que ha remitido, y cree que para esto, está en su derecho y no se le puede negar la justicia de su pretensión.' (sic).[4]

El Ministerio de Justicia e Instrucción Pública en relación a este comunicado, turnó el exhorto al C. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para los trámites conducentes; con cierta lamentación expresó: "...respetando las luces de los Magistrados —de Guanajuato— que la sostienen, cree el Gobierno inútil decir nada mas porque está á punto de expedirse por el Congreso la ley que prescriba la manera de probar los actos públicos, registros y procedimienos de los Estados de la federación."[5]

La afirmación final, demuestra el interés desde hace más de cien años, por la reglamentación del Artículo correlativo, hoy, objeto de estudio.

3 Blas José Gutiérrez Flores Alatorre, apuntes sobre los fueros y tribunales militares, federales y demás vigentes en la República I (4 Vols., México, D. F.: 1876) pp. 605-606.
4 Ibidem, p. 607.
5 Ibidem, p. 610.

B. Comentarios doctrinales sobre el primer proyecto de Ley reglamentaria del artículo 115 Constitucional.

El señor Licenciado don Jesús M. Aguilar, colaborador asiduo del Periódico de Jurisprudencia y Legislación "El Derecho", elabora un brillante artículo sobre el proyecto de Ley Reglamentaria del Artículo 115 Constitucional, formulado por las legislaturas de los Estados de Hidalgo, Guanajuato y Aguascalientes, por "El interés de actualidad que ofrece ese artículo... objeto de aplicaciones frecuentes en los debates del foro, y materia de empeñadas disputas..."[6]

En el aspecto doctrinal, se analizó "el fuero de la ubicación de la cosa, el forum rei sitae, en el ejercicio de la autoridad jurisdiccional de los Estados de la República. Discútese si este fuero es exclusivo y debe prevalecer sobre el domicilio y todos los demás que admite el derecho, para el conocimiento de las acciones reales y la ejecución de las sentencias persecutorias de una cosa raíz, en favor de los jueces del Estado en cuyo territorio está situada la cosa." (sic).[7]

Para la posible adecuación de esta exposición, se acudió a los comentarios sobre el Digesto y legislación española, entre otras fuentes. Por cuanto al primero acudimos al Libro Quinto, Título I, Ley XIX, de los Juicios, y de los Tribunales donde cada cuál debe actuar, y ser citado, en el cual se cita al Libro LX de Ulpiano en sus párrafos siguientes:

> 2... decimos que el que compró alguna cosa al mercader, o al pasagero, ó le vendió al que sabe que inmediatamente se ha de ausentar de aquel Lugar, no conviene que en él se ponga en la posesion de los bienes, sino que se le reconvenga en el fuero de su domicilio. Pero si alguno compró al que tenia arrendada tienda ú oficina en algun Lugar, debe ser reconvenido en él, y esto es lo mas cierto: por que el que compra del que viene para ausentarse inmediatamente, se entinde comprado al pasagero, ó al que las conducia de una parte á otra, ó al que las conducia por mar; porque es cosa dura que se defienda en otros tantos Lugares por donde pasó caminando ó navegando; pero si hizo mansion en alguno, no para adquirir domicilio, sino porque alquiló en él tienda, mostrador, almacen, armario ú oficina, y allí vendió y comerció, deberá defenderse en aquel Lugar... 4. Se ha de saber también, que el que se obligó en estos términos, que habia de pagar en Italia si tenia su domicilio en la provincia, puede ser reconvenido en una y otra parte, aquí y allá: y así lo parece á Juliano y á otros muchos. (sic).[8]

[6] Jesús M. Aguilar, Artículo 115 de la Constitución Federal, en "El Derecho", Periódico de Legislación y Jurisprudencia, segunda época, Tomo I, Núm. 21 (México, D. F. 1871) pp. 253-257.

[7] Ibidem, p. 253.

[8] Justiniano, Digesto, tr. por Don Bartolome Agustín Rodríguez de Fonseca I (3 Vols., Madrid: 1878) p. 222-223.

La ley transcrita, presenta variantes en cuanto a posible exigencia en el cumplimiento de prestaciones, de ahí que sea juez competente:

1. El del domicilio donde vive el deudor.
2. El del lugar donde tenga establecida sucursal el comerciante.
3. El principal asiento de negocios del comerciante.
4. El del lugar de celebración del acto.
5. El que elija el acreedor (ya el lugar de celebración del acto o en el domicilio del deudor).

Los numerales, 2, 3 y 4 se traducen a preponderancia del forum rei sitae.

El Digesto, en el mismo Libro Quinto, Título I, Ley 1, en materia de prórroga de jurisdicción, contiene el Criterio de Ulpiano: "Si algunos se sujetan á la jurisdicción de qualquiera, Juez, que tiene jurisdicción con Tribunal, ú otra jurisdicción, y consientan, tiene jurisdicción en los que consiente." (sic).[9]

La legislación española, en lo referente a principios de competencia, sustenta en el Fuero Real (1254-1255), Libro II, Título I, Ley II; los principios: lex rei sitae, en lo relativo a inmuebles; lex domicili por cuanto a muebles; y, locus regit actum si el deudor se encontrare en el lugar donde fue celebrado el acto y entregada la cosa, aunque tuviese su domicilio en otra ciudad.*

La prórroga de jurisdición fue regulada desde el año de 1348 en el Ordenamiento de Alcalá, Título II, Ley V, bajo el rubro "De los que van a otros logares dotra juredicion por non comprir de Derecho en el su logar".*

Las Siete Partidas concluidas en el año 1263, publicadas en 1348; entre varias disposiciones importantes, nos interesa la Tercera Partida, Título II, Ley XXXII, que enumera 14 criterios en materia de competencia, el rubro es

[9] Ibidem, p. 219.

* Si algun home ficiere demanda á otro sobre casa, ó sobre viña, ó sobre otra raíz qualquier, ante aquel Alcalde demande do es la raíz: asi como de bestia, ó otra cosa mueble, ante aquel Alcalde le demande, do es morador aquel á quien demande: é si por aventura en otro lugar, do no es morador, emprestamo ficiere, ó Pleyto, por alguna cosa, y no le cumplió: si el demandador lo halláre en el lugar do fue fecho el emprestamo, allí puede demandar si quisiere, y el otro no se puede escusar que le no responda, porque diga que no es alli morador. (sic) [España, Fuero Real de España, en los Códigos Españoles concordados I (12 Vols., Madrid: 1847) p. 361.]

* Acaesce muchas veces, que algunos por su voluntat, ó por non comprir de derecho á los querellosos antel Judgador, de cuya juredicion son, que se van á otros logares dotra juredicion; et era dubda si aquel Judgador los podia emplacar fuera de su juredicion. Nos por tirar esta dubda, é alogamientos de pleytos que por esta racon podrían acaescer; Mandamos que el Judgador en los pleytos que á el pertenescieren de librar, que pueda ir por sí ó embiar su corta á emplacar á la parte absente, aunque esté en el logar dotra juredicion, para que paresca antel á complir de derecho: Et el emplacamiento ó emplacamientos, que así fueren fechos, que sean valederos. (sic) [España, Ordenamiento de Alcalá, en los Códigos Españoles concordados y anotados I (12 Vols., Madrid: 1847) p. 445.]

"Ante quien debe el demandador hacer su demanda para responderle el demandado."

1. Ante el juez de donde fuere natural el demandado.
2. El juez del lugar donde hubiere sido liberado el esclavo, o en el lugar de donde es natural quien lo liberó.
3. El juez del lugar de celebración del matrimonio.
4. El juez del lugar donde hubiere sido designado caballero.

5. El juez del lugar de apertura de la sucesión.
6. Por el juez de la ubicación de la cosa de la cual fuese heredero o se le hubiere prometido aunque no tenga domicilio en ese lugar.
7. El juez del lugar donde radique 10 años el demandado.
8. El juez del lugar donde tuviere el mayor número de bienes el demandado aunque tenga menos de 10 años de vivir en el mismo.
9. El juez ante quien se prorrogó la competencia, por haber contestado la demanda ante juez incompetente.
10. El juez donde se hubiere cometido el delito.
11.El juez del lugar donde cometa desmanes el demandado, con derecho a libertad bajo fianza, si el fiador se obliga a hacerlo observar buena conducta.
12. El juez del lugar donde se encuentre la bestia del demandado.
13. El juez donde reconviene el demandado, sin que pueda el actor aducir que le deben hacer contrademanda ante juez diferente.
14. El juez del lugar donde existe custodia del menor, guarda de bienes, o tutor de personas sujetas a interdicción.

De ser posible incluiremos como apéndice esta ley.

C. SEGUNDO PROYECTO DE LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO CONSTITUCIONAL

El Licenciado don Alfonso Lancaster Jones, en el año de 1899, en que se sometió al senado el segundo Proyecto de Ley Reglamentaria del artículo que nos ocupa, hace un breve esbozo de la forma en que serán indubitables los documentos provenientes de autoridades locales o federales cumplimentando los requisitos conducentes; aspecto doctrinal de fondo no fue expuesto, de ahí que hoy, la incluimos como apéndice, sólo como homenaje a los mexicanos que se han preocupado por algunos problemas jurídicos, y nosotros insistimos, hemos descuidado por más de cien años.

IV. EL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS VIGENTE

A. CONCORDANCAS CON LA DOCTRINA EXPUESTA EN EL SIGLO XIX

Es indudable que la obra de Joseph Story, influyó en redacción del primer párrafo y Fracción I del Artículo 121 Constitucional; también es cierto la notable preocupación de los juristas mexicanos por el estudio de los problemas de conflictos de leyes, que los impulsaron a investigar antecedentes legislativos, entre ellos, el Digesto, donde se encuentra consagrado el principio Lex rei sitae, concordante con la Fracción II; lo mismo puede decirse de la prórroga de jurisdicción en razón del territorio, Fracción III párrafo segundo. En la legislación española antigua encontramos riqueza de puntos de conexión para resolver conflictos de leyes; no significa con ello, haber agotado la génesis doctrinal del Artículo 121 Constitucional.

B. EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1916-1917, ANTE LOS CONFLICTOS DE LEYES

No aparece en el Diario de los Debates de 1916-1917, dictamen alguno sobre la formulación de las Fracciones que integran el actual Artículo 121 Constitucional. El Sr. Lic. Don José Natividad Macías,* miembro del Congreso Constituyente, expone la doctrina contenida, al desahogar la consulta que le hicieran sobre dicho precepto; parafraseada de manera sumaria se traduce a los antecedentes en el Artículo IV, Sección 1, de la Constitución estadounidense, juisprudencia sobre dicho precepto, Derecho Romano y antigua legislación española; en el fondo, no es más de lo expuesto en los primeros apartados de este trabajo, hecha excepción de la jurisprudencia sobre el multicitado artículo que, entre otros aspectos sustenta: "Ningún derecho, privilegio o inmunidad es conferido por la Constitución con respecto a las sentencias de los Estados o naciones extranjeras –de ahí que– Para otorgar plena fe a la sentencia de un Estado hermano, ésta debe haber sido dictada en ejercicio de la jurisdicción personal sobre la persona acusada."[10]

El criterio precitado, es incrementado con el principio de legalidad: "una sentencia en un tribunal estadual que no había sido dictada con notificación personal de proceso, no es por su naturaleza de aquellas a las que los tribunales federales habrían de poner en ejecución."[11]

Estos sumarios jurisprudenciales ratifican la influencia en la redacción del párrafo segundo de la Fracción III del Artículo 121 Constitucional.

* José Natividad Macías, Origen y alcance del artículo 121 constitucional en Jus, revista de Derecho y ciencias sociales (México, D. F.: 1946) pp. 155-160.

10 Estados Unidos de América, Constitución de los Estados Unidos de América (Buenos Aires, Argentina: 1949) Tomo I]2 vols.[pp. 574-575.

11 Ibidem, p. 577.

C. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EJECUTORIAS RELACIONADAS CON EL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado criterios poco ortodoxos tratándose de conflictos de leyes, los sumarios que incluimos no significa que sean la totalidad, pero, proporcionan una aceptable ubicación que apareciendo como anexos, resumimos:

1. Los bienes muebles e inmuebles se rigen por la ley de su ubicación (lex rei sitae), pero la capacidad de los contratantes respecto a los mismos se rigen por el principio de la celebración del acto (locus regit actum).
2. Las sentencias sobre derechos personales, será ejecutadas en Estado distinto de aquel en que fueron dictadas, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente, o por razón de domicilio a la justicia que las pronunció y siempre que hubiere sido citada personalmente para ocurrir al juicio.
3. En materia contractual matrimonial el lugar de sus relaciones nada tiene que ver con el régimen jurídico de los inmuebles.
4. El hecho de no incluir en la liquidación de la sociedad conyugal los bienes situados en el extranjero no implica violación al procedimiento.

D. PROYECTO DE REFORMAS AL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL POR RAMÓN CABRERA COSÍO

Ramón Cabrera Cosío en 1943, en su tesis recepcional, Conflictos de Leyes en el Estado Federal Mexicano (análisis del Artículo 121 Constitucional), propone reformas a dicho precepto, que se incluye como anexo en trabajos de otros profesores ponentes, motivo por el cual no las incluimos. Además en principio adoptamos tales reformas.

E. PROYECTO DE LEY REGLAMENTARIA DEL DR. EDUARDO TRIGUEROS SARAVIA, SOBRE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL

El Proyecto aludido, es lo mejor que se ha elaborado en este siglo, por cuanto a sistematización y profundo conocimiento sobre nuestra disciplina; expresamente lo limita "a los problemas relacionados con los actos y sentencias que modifiquen el estado civil de las personas. Sería excesivo, por el momento, proyectar una ley reglamentaria que abarcara todos los problemas considerados por el artículo 121..." [12]

12 Eduardo Trigueros, Actitud de la Barra Mexicana, en revista El Foro, segunda época, tomo 7, núm. 2 (México, D. F.: 1950) pp. 149-150.

El Proyecto y reformas a leyes reglamentarias se encuentran en las ponencias precitadas.

F. PROPOSICIONES COMPLEMENTARIAS NUESTRAS

Habiendo aceptado en principio las reformas a la Constitución propuestas por Ramón Cabrera Cosío, pensamos que, debe incrementarse la ley reglamentaria del Artículo 121 Constitucional, Base IV, de Don Eduardo Trigueros, con los numerales siguientes:

7. Bis. Las resoluciones de cambio o retención de nombre, se inscribirán marginalmente en el acta de nacimiento del Registro Civil.

8 Bis .Para efectos patrimoniales deberá inscribirse el acta de matrimonio en el Registro Civil, tratándose de mexicanos que lo hayan celebrado en el extranjero.

ANEXOS

TERCERA PARTIDA, TÍTULO II, LEY XXXII. ANTE QUIEN DEUE EL DEMANDADOR FAZER SU DEMANDA PARA RESPONDER EL DEMANDADO*

Ante quien deue el demandador fazer su demanda en juyzio, queremos aqui mostrar, porque esta es vna de las cosas que mucho deue ser catada ante que la faga. E porende dezimos, que los Sabios antiguos, que ordenaron los derecho, touieron por derecho, que quando el demandador quisiesse fazer su demanda, que la fiziesse ante aquel Juez, que ha poder de judgar al demandado: ca, ante otro Judgador non le seria tenudo de responder, si non sobre estas cosas contadas, que aqui diremos. La primera, si el demandado es, o fuere natural de aquella tierra, e que se judga, por aquel Juez ante quien le quieren fazer la demanda: ca maguer non sea morador della, bien puede ser apremiado, si lo y fallaren, que responda ante el, por razon de la naturaleza. La segunda es, por razon de aforramiento: ca el aforrado es tenudo de responder ante el judgador, do faze su morada aquel que lo aforro, o en otro logar donde fuesse natural el que lo fizo libre. La tercera es, por razon de casamiento: ca la muger, magner sea de otra tierra, deue responder ante aquel Judgador que ha poderio sobre su marido. La quarta es, por razon de Cauallería: ca el Cauallero que rescibe soldada, o bien fecho de Señor, ante el Judgador de aquella tierra, le pueden fazer demanda, do biue, por razon de

* España, Código de las Siete Partidas en los Códigos Españoles concordados y anotados III (12 Vols., Madrid: La Publicidad, 1848) pp. 20-21.

merescimento de su Caualleria. La quinta es, por razon de heredamiento que ouiesse en aquella tierra, sobre quel quieren fazer la demanda. La sesta es, quando el demandado o otro cuyo heredero el fuesse, ouiesse puesto algun pleyto, o prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra, donde fuesse Juez, aquel ante quien le fazen la demanda, o lo ouiesse fecho, o prometido en otra parte, poniendo d lo cumplir alli. Ca maguer non fuesse morador de aquel logar, tenudo seria de responder ante el Judgador por qualquier destas razones sobredichas. La setena es, si ouiesse sydo morador en aquella tierra diez años, en que le fazen la demanda. La otaua es, quando ousiesse en aquella tierra la mayor partida de sus bienes, maguer non ouiesse y morado diez años. La nouena es, quando el demandado de su voluntad responde ante el Judgador, que non ha poder de apremiarlo: ca entonce tenudo es de yr adelante por el pleyto, bien assi como si fuesse de aquella tierra sobre que el ha poderio de judgar. La dezena es por razon de yerro, o de malfetira que ouiesse fecho en la tierra. Casi le mouiessen demanda sobre ella, tenudo es de responder alli do lo fizo, maguer sea natural o morador de otra parte. E la onzena es, quando el demandado es reboltoso, o de mala barata, de guisa, que non assosiega en ningun logar. Ca atal como este, tenudo es de responder do quier que lo fallassen. Pero si el pudiere dar fiadores, que se obliguen por el, que lo faran estar a derecho en uno destos tres logares, qual escogiere el demandador, ali do fiziere su morada el demandado, o en logar do tizieren el pleyto o la postura, o alli do prometio de lo cumplir; entonce non le deue otro Juez apremiar, que non ouiesse poderio sobre el, que responda. Mas si tal recabdo como este non quisiesse o non pudiesse dar, bien le pueden apremiar, que este a derecho delante le Judgador, do lo falaren. E la dozena es, quando demandassen algun sieruo, o bestia, o otra cosa mueble por suya. Ca aquel a quien la demandassen, alli deue responder, do fuere fallado con ella, maguer el sea de otra tierra. Pero si este a quien quieren fazer tal demanda fuere ome sin sospecha, si quisier dar fiadores de estar a derecho, sobre aquella cosa que le demandan, e que la faren parecer a los plazos que pusieren, deuenle dexar yr con ella. E si tal recaudo como este non pudiere dar, deue ser puesta la cosa en mano de fiel. E el Judgador deue librar el pleyto sobre ella, lo mas ayna que pudiere; de manera, que non resciba grand embargo, nin grand alongamiento, aquel a quien la demanda. E si por auentura el demandado fuere sospechoso, que ouiera la cosa de furto, o de robo, sea presa fasta que parezca si ha derecho en ella, o si es en culpa, o non. La trezena es, si el demandado quiere mouer algund pleyto, contra aquel que faze la demanda. Ca luego quel aya fecho respuesta a ella, tenudo es el otro, de responderle a la suya: e non se puede escusar que lo non faga, amaguer diga, que non es del judgado del Juez, ante quien le fazen la demanda. E esto touieron los Sabios por razon, porque bien assi como al demandador plugo, de alcanzar derecho ante aquel Judgador, que assi le sea tenudo de responder antel. La catorzena es, quando algund ome ouiesse tenido en guarda bienes de huerbfano, o de loco, o de desmemoriado,

o de Señor en razon de mayordomia, o ouiesse seydo Maestro, o Guardador de moneda, o de mineras, o Guardador de montes, o de dehesas; que en aquellos logares es tenudo de responder, e de fazer cuenta, sobre qualquier destas cosas, o de otras semejantes, dovsaua dellas por razon del oficio, que tenia. (sic)

PROYECTO DE LEY
(1870)

En el mes de diciembre de 1870, las legislaturas de los Estados de Hildalgo Guanajuato y Aguascalientes, iniciaron ante el Congreso Federal la formulación de la ley reglamentaria del Artículo 115 de la Carta Fundamental de 1857,* antecedente del correlativo vigente.

Art. 1o. Los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de un Estado, del Distrito federal y territorios, obtendrán entera fe y crédito en cualquiera otro Estado, en el Distrito fedetal y territorios, previa la comprobación y legalización correspondiente por las autoridades ó funcionarios á aquienes se encomiendan, según los casos que marcan las prevenciones siguientes:

1a. En los Estados y territorios, los documentos expedidos por las autoridades políticas, judiciales, municipales y militares, así como los registros y actos públicos de los notarios y escribanos de los mismos, serán comprobados por sus respectivos gobernadores, y en caso de estar ausentes de la capitales, pero no de sus Estados y territorios, por los presidentes de los tribunales superiores.

2a. En los Distritos ó Cantones de los Estados, estas atribuciones corresponden también á la primera autoridad política, siempre que los documentos que necesiten comprobarse y legalizarse fueren expedidos por las autoridades de su demarcación; y si el documento emanare de otra autoridad política, será comprobado por el juez de 1a. instancia.

3a. Las prevenciones anteriores se observarán también en la comprobación de los documentos que se expidieren por las autoridades políticas, judiciales, municipales, militares, y por los notarios y escribanos del Distrito Federal.

4a. Todo documento expedido por la Suprema Corte de Justicia, ó por cualquiera de los tribunales que de ella dependan y residan en el Distrito federal, serán comprobados por el presidente de la misma Suprema Corte.

5a. Los documentos que fueren expedidos por las autoridades ó funcionarios de la federación residentes en las capitales de los Estados y territorios, se comprobarán por el gobernador ó gefe político respectivo.

* Jesús M. Aguilar, en "El Derecho", periódico de jurisprudencia y legislación, tomo I, Núm. 21 (México, D. F.: 1871) pp. 253-257.

Art. 2o. La comprobación contendrá la certificación de que la autoridad ó funcionario que expidió el documento, estaba en el libre ejercicio de sus funciones en la fecha de la expedición, y de ser de la misma autoridad ó funcionario la firma que lo cubre.

Art. 3o. La legalización se hará por medio de un timbre cuya forma reglamentará el Ejecutivo de la República, pero de dimensiones bastantes para que sobre él y al márgen del documento pueda colocarse de la oficina que practica la comprobación y la fecha en que se hace.

Art. 4o. Este timbre se encontrará en todas las oficinas del papel sellado, quienes lo ministrarán á las autoridades que lo necesiten, previo el correspondiente recibo.

Art. 5o. Ningún documento, registro ó acto judicial, será válido, ni podrá hacer fe en otro Estado, en el Distrito federal ó en los territorios, si no estuviere acompañado de la comprobación y legalización que establece esta ley.

Art. 6o. Las autoridades á quienes se encomienda la ejecución de esta ley, está obligadas á su puntual cumplimiento. Los interesados tienen sus derechos á salvo para repetir los daños y perjuicios que por morosidad ó negativa de dichas autoridades les sobrevengan, sin perjuicio del procedimiento criminal á que pueda haber lugar.

Art. 7o. No se cobrará derecho alguno por la comprobación y legalización de que trata esta ley, que comenzará á regir á los tres meses de publicada en esta capital.

"Sala de comisiones del Congreso de la Unión, Diciembre 6 de 1870. Joaquin España y Reyes. V. Espíndola. Elízaga." (SIC)

PROYECTO DE LEY*
(1899)

Art. 1o. En cada Estado de la Federación se dará entera fé y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros.

Art. 2o. Los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de que habla el artículo anterior, cuando estuvieren legalizados conforme a esta ley, se considerarán documentos auténticos y sufrirán los efectos que según derecho les corresponda.

Aa. 3o. Los documentos auténticos pueden ser expedidos, en general, por autoridades federales o locales, y en particular, ya se trate de éstas o de aquellas, por el Poder Legislativo, por el Ejecutivo o por el Judicial, o por sus respectivas dependencias.

Art. 4o. Se entiende por legalización la declaración que un funcionario público, autorizado al efecto, da por escrito al pie de un documento, atestando

* México, La ciencia jurídica, revista y biblioteca quincenal de doctrina, jurisprudencia y ciencias anexas (México, D. F.; 1899) pp. 308-313.

la verdad de las firmas puestas en él, así como el carácter de las personas que lo autoricen.

Art. 5o. No necesitan del requisito de legalización, sino solamente de llevar estampado el sello de la oficina de que procedan, para el efecto de merecer fé y crédito en el Distrito Federal, en todos los Estados y Territorios de la Federación.

I. Los documentos que acrediten actos públicos, registros o procedimientos judiciales ejecutados por autoridades federales, sean de la clase que fueren.

II. Los documentos auténticos autorizados por los Gobernadores de los Estados, por el Gobernador del Distrito Federal, y por los Jefes Políticos de los Territorios también Federales.

III. Las comunicaciones de mera etiqueta o cortesía, expedidas por los Poderes Legislativos o Judicial de los Estados.

IV. Los exhortos que libren los funcionarios judiciales del Distrito Federal, de algún Estado o de los Territorios de la Federación a los de otro Estado o Territorio y los de éstos a los del mismo Distrito Federal, a fin de que se practique cualquiera diligencia en la forma prescrita por las leyes; más para que dichos exhortos merezcan fé y crédito y puedan ser diligenciados, llenarán los requisitos que establece el art. 8o. de la presente ley.

Art. 6o. Cualquier otro documento auténtico que no sea de los exceptuados en el artículo que precede, necesita ser legalizado para que pueda surtir sus efectos legales fuera del Estado, Distrito o Territorio en que se haya expedido.

Art. 7o. La legalización se hará en los Estados y en el Distrito Federal, por los Gobernadores y por los Jefes Políticos en los Territorios Federales.

Art. 8o. Todo exhorto judicial se remitirá directamente por la autoridad requeriente a la requerida, por medio de la oficina postal respectiva y con su certificación, bajo cubierta cerrada, sellada y firmada por el Juez o Tribunal que lo remita, y por su Secretario o Escribano actuario. Dicho Juez o Tribunal enviará el exhorto al Administrador de la referida oficina de correos, acompañado de un oficio en que se especifique la clase de documento que se le envía, y se designe el juicio o diligencia judicial a que corresponda, así como el nombre de la persona que deba expensar los timbres postales. El exhorto y oficio de remisión se entregarán en propia mano al Administrador de Correos por el referido Secretario o Escribano actuario, quien recabará el recibo correspondiente del mismo empleado, para agregarlo a los autos en que se hubiere decretado la expedición de la requisitoria de que se trate, la cual, una vez diligenciada, será devuelta por la autoridad requerida por igual conducto y con las mismas formalidades.

El recibo que del pliego certificado otorgue la autoridad requerida, expresará la fecha y la hora en que ésta lo haya recibido, y se agregará también a sus autos, de todo lo que se pondrá razón circunstanciada en éstos.

Art. 9o. Bajo su más estricta responsabilidad deberán los administradores o empleados de correos que hicieren sus veces, expeditar, sin demora alguna, el curso de los exhortos que se les envíen por las autoridades judiciales, y los

particulares que fueren perjudicados por la negligencia o demora de tales administradores o empleados, tendrán acción expedita para exigirles la indemnización correspondiente.

Art. 10o. Los exhortos judiciales producirán los efectos que procedan conforme a derecho, en lo que ve al fondo o contenido de estos documentos, pues las formalidades que previene el anterior artículo no tienen más fin ni producen más resultado que garantir la autenticidad y procedencia de ellos.

En materia penal, si se tratase de reclamación de criminales o presuntos responsables de algún delito, se atenderá a lo que dispinga la ley orgánica del art. 113 constitucional.

En otra materia cualquiera, teniendo en cuenta la forma de gobierno establecida por el art. 40 de la Constitución Federal, las facultades que según su art. 117, corresponden a los Estados, y los principios generales del derecho, se atenderá a lo preceptuado, como en la de la autoridad requerida, si fueren conformes. En caso de conflicto entre ambas legislaciones, se procederá como lo determina el art. 12.

Art. 11o. Siempre que conforme a las leyes en que se funde el procedimiento de la autoridad requeriente competa a la requerida practicar la diligencia a que se contraiga el exhorto, ésta deberá obsequiarlo en su calidad de ejecutora, salvo las razones legales que pueda haber en contrario y sin más dilación que la indispensablemente necesaria para la práctica de la misma diligencia.

Art. 12o. En el caso de que la autoridad judicial requerida juzgue que lo que se ordena en el exhorto es contrario a las leyes relativas al derecho público que rijan en la localidad en que ejerce sus funciones, lo comunicará dentro del término de tres días a la autoridad requirente. Si ésta no insistiere en lo que hubiese mandado, lo hará saber a la otra; más en caso contrario, se resolverá el conflicto por el tribunal y en la vía y forma que dispusieren las leyes.

Art. 13o. Si para providenciar obsequiando ó no el exhorto, la autoridad requerida se excediere del plazo de tres días, la autoridad requirente dará conocimiento de lo ocurrido á su propio superior inmediato, para que éste, por vía de queja se dirija al de la requerida. Si ésta ó la requirente carecieran de superior, la segunda librará á la primera un simple oficio de recuerdo con las mismas formalidades prescritas para la remisión del exhorto, y no contestándolo la autoridad requerida á los tres días siguientes de su recibo, se tendrá por proveído el exhorto en el sentido de no obsequiarse, y se procederá como dispone el artículo que antecede.

Del mismo modo se procederá cuando el superior comunique que no ha dado resultado la queja al otro superior.

Art. 14o. Las autoridades requeridas no exigirán que se comprueben jurídicamente su personalidad los individuos que se presenten á agitar el despacho de las requisitorias; pero si no la acreditasen ó no apareciese justificada en el mismo exhorto, no les permitirán que hagan promociones en forma

sino que su intervención quedará limitada á las agencias materiales á propósito para que el exhorto se diligencie sin demora, y á la ministración de las estampillas necesarias.

Art. 15o. El uso de la vía telegráfica cuando no se tratare de la entrega de criminales á que se refiere el art. 113 constitucional, se limitará á los casos urgentes y graves, e implicará la obligación de repetir la requisitoria por correo.

El Secretario o Escribano o actuario depositará personalmente el telegrama en la oficina telegráfica, mediante el recibo correspondiente, y el jefe de ella se cerciorará de la autenticidad del despacho por este medio. Dicha oficina lo trasmitirá sin retardo alguno á la autoridad requerida, comunicándole á la vez que es auténtico por haber sido entregado por el funcionario ó empleado respectivo; y la citada autoridad lo cumplirá sin esperar la requisitoria que se le envíe por el correo. En el caso de conflicto de legislaciones, procederán ambas autoridades como se dispone en el art. 12.

Art. 16o. Para iniciar de oficio la responsabilidad en que puedan incurrir las autoridades por infracción de la presente ley, bastará el aviso que pase al Juez competente la autoridad que requirió y cuya providencia no fuere obsequiada por la requerida.

Sala de Comisiones del Senado. México, á 25 de Mayo de 1899. A. Lancaster Jones. Ramón Fernández. M. Castellanos Sánchez. C. F. Ayala. R. Dondé.

Al margen: Mayo 25 de 1899. Primera lectura é imprímase. Barroso, Senador Secretario.

JURISPRUDENCIA

Es copia. México, a 25 de Mayo de 1899. J. G. Brito, Oficial Mayor. (SIC)

Competencia en materia civil entre los jueces Segundo de lo Civil del Distrito de Morelos, Chihuahua y de Primera Instancia de Altar, Sonora.*

Motivo de la incompetencia: Juicio de amparo promovido por Macmanus Tomás, contra la sucesión de Gameros Manuel.

Aplicación de los artículos 121 de la Constitución General, 31 y 32 del Código Federal de Procedimientos Civiles y 129 de la Ley de Amparo.

SUMARIO

BIENES INMUEBLES. El hecho de que los bienes inmuebles estén sujetos a la Ley de su ubicación, no puede traer consecuencia forzosa de que los tribunales de esa ubicación sean competentes para conocer de las controversias que se susciten sobre aquellos... No existe inconveniente alguno para que los tribunales de distinto Estado apliquen la ley territorial a una cuestión sometida a su jurisdicción, aún cuando el inmueble se encuentre dentro de otra entidad... En resumen: Las leyes de un Estado sólo tienen efecto en su propio territorio y no son obligatorias fuera de él; pero esto no impide que se pueda aplicar la ley de un Estado fuera de su territorio y por tribunales

* Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación. Quinta época. Volumen XX, 2a. parte (México, D. F.: 1927) pp. 1003-1005.

ajenos a la misma, cuando así se haya estipulado, o cuando corresponda legalmente hacerlo, por la naturaleza de los bienes en litigio; los bienes muebles e inmuebles se rigen por la ley de su ubicación en lo que se refiere al régimen de la organización de la propiedad, pero por lo que toca a la capacidad de los contratantes, a la existencia del acto y a su prueba, se aplica el principio locus regit actum.

Aplicación del Artículo 121, Fracs. I y III, de la Constitución.*

SUMARIO

SENTENCIAS, EJECUCIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS. Si bien el Artículo 121 de la Constitución, manda que en cada Estado de la República, se de entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales d etodos los otros Estados, también ordena que las sentencias sobre derechos personales, sólo serán ejecutadas en Estado distinto de aquel en que fueron dictadas, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente, o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que hubiere sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

DIVORCIO EN MORELOS. La Ley de divorcio en Morelos, autoriza a los tribunales locales para emplazar al demandado por medio de oficio, dirigido por correo, a quienes no residan dentro del Estado, y como la ley de procedimientos del Distrito Federal, manda que el emplazamiento sea personal, en caso de conflicto de las legislaciones, la cuestión debe decidirse ocurriendo a las doctrinas del Derecho Internacional Privado... de ahí que la Ley del Divorcio de Morelos, en cuanto fija la forma de emplazar al demandado, no pueda aplicarse cuando éste reside fuera de las fronteras del Estado, porque esto significaría darle efectos extraterritoriales, con detrimento del citado Artículo 121 Constitucional; y los tribunales de los demás Estados, cuando se trate de ejecutar la sentencia en una persona residente en su territorio, o en bienes ubicados dentro del mismo, están facultados para examinar si se llenaron, de acuerdo con los principios aplicables, las normas tutelares del procedimiento, cuya observancia es indispensable, con arreglo al tan citado Artículo 121, para que pueda ordenarse la ejecución del fallo.

El Artículo 121 Constitucional Frac. II, ante la ley de los Estados de la Federación, donde no ha llegado a estar en vigor la Ley de Relaciones Familiares.

SOCIEDAD CONYUGAL, RÉGIMEN DE LA.* Si el matrimonio se ha contraído en uno de los Estados de la Federación, en donde no ha llegado a

* Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca. Tomo XXXIII, 1a. parte. (México, D. F.: 1931) pp. 977-978.

* Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial

estar en vigor la Ley de Relaciones Familiares, y bajo el régimen de sociedad conyugal, esa sociedad debe liquidarse en la forma establecida por la Ley del mismo Estado, aplicándose el estatuto del mismo, a todos los bienes adquiridos por los cónyuges, aun cuando aquéllos se encuentren ubicados en otra Entidad Federativa, en donde sí esté en vigor la Ley de Relaciones Familiares, ya que, de otro modo, se llegaría al absurdo de considerar que ese matrimonio estaba sometido, en lo tocante a sus bienes, a regímenes distintos y contradictorios; sin que obste que el artículo 121 constitucional, en su fracción II, establezca que los bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación, en virtud de que ese principio se refiere a las cosas y no a las personas, lo que indica que no se trata de un caso de aplicación del estatuto real sino del estatuto personal. Los principios de Derecho internacional enseñan que el régimen matrimonial de los esposos, en cuanto concierne a sus bienes, está sujeto a las leyes del domicilio del marido, en el momento que se celebró el matrimonio, y esos principios están contenidos en los artículos 12, 13 y 14 del Código Civil citado, sin que pueda estimarse que el segundo de los citados preceptos, que se refiere a inmuebles, establezca una excepción a los susodichos principios, en virtud de que el mismo alude sólo a lo que se relaciona con el régimen jurídico de tales bienes, y no a resoluciones de carácter contractual, como son las que conciernen al régimen económico del matrimonio. Es cierto que en el artículo primero, transitorio, la Ley de Relaciones Familiares, se estatuye que los matrimonios que vengan a establecerse en el Distrito Federal, se regirán por dicha ley en lo que concierne a los bienes que poseen en el propio Distrito Federal; pero de esto no puede concluirse que ese precepto venga a cambiar el sistema establecido por el Código Civil, en virtud de que el título preliminar de este último Ordenamiento, que es en el cual se establece el sistema de los estatutos, en términos absolutos y generales, no quedó derogado por la mencionada Ley de Relaciones Familiares y siendo así, el aludido artículo primero, transitorio, debe interpretarse teniendo en cuenta el susodicho sistema; y si conforme a éste, los inmuebles se rigen por la ley territorial, por razón de soberanía, en lo que concierna a su régimen jurídico, no hay razón para que se aplique la ley del lugar a las relaciones contractuales entre esposos que nada tienen que ver con el régimen jurídico de los inmuebles. (González Aurelio L., pág. 647).

SOCIEDAD CONYUGAL*

La apreciación del juzgador, sobre que es improcedente aplicar las leyes mexicanas, a los bienes de la sociedad conyugal, situados en el extranjero y

de la Federación. Indice del Suplemento del mes de diciembre de 1933. Quinta Epoca (México, D. F.: 1933) pp. 1499-1500.

* Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación. Apéndice 1917-1975. Cuarta Parte. Tercera Sala (México, D. F.: 1975) p. 1060.

que no pueden incluirse éstos en la liquidación de la sociedad legal, no implica violación alguna del procedimiento, toda vez que no menoscaba los derechos patrimoniales de los interesados que pueden ejercerlos y definirlos conforme a la ley de la ubicación de los bienes, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado.

Quinta Época: Tomo XXXV, pág. 775. Herr Noach C.

SOCIEDAD CONYUGAL**

La ley que se refiere a la forma de la organización de la sociedad conyugal o a la separación de los bienes entre los cónyuges, no es un estatuto de carácter territorial y por lo mismo, no tiene aplicación el artículo 121, fracción II, de la Constiución Federal, que establece que los bienes muebles e inmuebles, se regirán por la ley del lugar de su ubicación. El matrimonio debe regirse por la ley del lugar de su celebración, cuando no consta que los contratantes, en el momento de verificarlo, o posteriormente, hayan fijado de modo expreso el régimen jurídico a que debe sujetarse la sociedad conyugal que celebraron, con relación a las adquisiciones de bienes que hicieren; por lo que si en dicho lugar estaba vigente la sociedad legal, hasta la fecha en que se adoptó la Ley de Relaciones Familiares, que estableció la separación de bienes, y los adquiridos por el marido, lo fueron con posterioridad a la adopción de esta Ley, no deben considerarse esos bienes como pertenecientes a la sociedad conyugal, sino como de la propiedad exclusiva del marido, por lo que la cónyuge superstite no tiene derecho al cincuenta por ciento de esos bienes.

Quinta Época: Tomo LIII, pág. 2272. González Teodosio, Suc. de.

** Ibidem, pp. 1060-1061.

LOS CONFLICTOS DE LEYES ENTRE ENTIDADES FEDERATIVAS EN LAS CONSTITUCIONES DE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO
MARIO ARTURO DÍAZ ALCÁNTARA

I. NATURALEZA

En este breve ensayo, nos proponemos realizar un análisis histórico comparativo del artículo 121 constitucional mexicano, con el fin de relacionarlo con su antecedente, artículo IV, sección I, de la Constitución Norteamericana. Para lograr el objetivo anterior hemos decidido estudiar, en una primera parte, la naturaleza judicial del "common law"; luego, las diversas doctrinas que intentan explicar la naturaleza jurídica del Estado Federal; posteriormente haremos el análisis del Estado Federal y los llamados conflictos de leyes entre las entidades federativas. En una quinta parte se intentará un estudio somero sobre la génesis del federalismo mexicano para desembocar, en la parte sexta, en una breve mención crítica de las diversas fracciones que integran las "Bases" del mencionado precepto constitucional. Ya para finalizar resumiremos nuestras inquietudes en lo que hemos denominado "consideraciones", con el objeto de presentarlas como motivos de reflexiones.

II. NATURALEZA JUDICIAL DEL "COMMON LAW"

El principio más importante del Common Law es el precedente.[1] Consiste en que la sentencia dictada por un tribunal para resolver una cuestión controvertida constituye un precedente obligatorio para ese mismo tribunal y para los de rango inferior, en cuestiones idéntica o análogas. Esta "ley del precedente", expresada por la frase latina "stare decisis et non quieta movere"[2] (estar a lo decidido y no perturbar lo que está firme), es aún el pilar fundamental del derecho común o anglosajón, a pesar de que se ha visto

1 El precedente es un caso juzgado o una decisión de una corte de justicia, considerado como un suministrador de ejemplo o de autoridad para otro caso idéntico o similar posterior o para una cuestión jurídica semejante (Black's Law Dictionary. 4a. ed. St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1951. Véase: "Precedent", p. 1340.)

2 El principio"stare decisis et non quieta movere" significa "adherirse a los precedentes y no modificar cosas que ya han sido establecidas". (Vid. Black's op. cit., p. 1578).

debilitada recientemente, especialmente en los Estados Unidos. En ese país, existen teorías que todavía afirman que los precedentes deben seguirse sin discutir siquiera su fundamentación; por otra parte, se ha dicho que el valor del precedente está en relación directa "al peso de su razón".

La tesis del precedente continúa siendo básica para el common law, pero ha sido restringida por argumentos nuevos que difícilmente pueden ser rechazados. Se ha reconocido la posibilidad que el common law evolucione; en otras palabras, se ha reconocido que el common law no sólo tiene un elemento estático sino también uno dinámico. Los autores que apoyan esta concepción evolutiva sostienen que si bien es cierto que hay que asegurar el tratamiento semejante a dos personas de la misma época, quizá, no sea absolutamente necesario hacerlo así para dos sujetos de distintas generaciones. Estos razonamientos nos llevan necesariamente a la conclusión de que el juez debe tomar a los precedentes como cualquier otro factor de la decisión judicial que debe emitir pero no como reglas que deban ser seguidas inexorablemente. En los Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia se ha valido de ésta última teoría cada vez que ha querido introducir cambios. Es interesante notar que la regla "stare decisis et quieta non movere" ha encontrado un poderoso desafío en la regla "fiat justitia, ruat coelum".[3]

Respecto a la naturaleza del common law, cabe preguntarnos, ¿es esencialmente judicial o consuetudinario? En otras palabras, lo que hay que dilucidar es si los jueces, al emitir sus fallos, crean reglas jurídicas o si sólo aplican un complejo de normas que están por encima de ellos. Para Rabasa, el common law es derecho consuetudinario elaborado por los jueces,[4] lo que es una evidente contradicción: si lo elaboran los jueces deja de ser consuetudinario para convertirse en judicial.

Aparentemente, el common law si es de carácter consuetudinario. O sea, que el origen del derecho común está en la costumbre y lo único que hacen los jueces es declararlo. Incluso, históricamente considerado, el common law es de un innegable origen consuetudinario porque deriva de las primitivas costumbres. En un principio, los jueces eran sólo el órgano de expresión de ese derecho; eran "el órgano del sentir general". Sin embargo, en la actualidad difícilmente se puede sostener dicha posición.

Por otra parte, es lícito afirmar que en los Estados Unidos, y en Inglaterra, la costumbre y el derecho se han separado completamente tanto como en cualquier país de derecho escrito o de derecho civil (civil law). Ya no se puede decir que el pueblo es el hacedor de las leyes de modo inmediato. Las decisiones judiciales han dejado de ser la "prueba más segura que se pueda tener del derecho aplicable al caso", para convertirse en la regla jurídica misma. Quizá en los Estados Unidos el carácter eminentemente judicial del common law se hace más evidente por existir mayor libertad del juez y un debilitamiento de la fuerza del precedente. Cada vez que los jueces norteamericanos han querido cambiar o desechar los precedentes, han sostenido que eran expresiones erróneas del common law, o que su aplicación ya no era apropiada para las condiciones de vida. A primera vista, se podría decir que así se afirma el carácter consuetudinario del common law. Pero si se analiza más detenidamente este razonamiento, veremos que se trata de una ficción usada por los jueces para asegurar su propia independencia, aun a costa de que sus decisiones en el futuro puedan ser discutidas de la misma manera —y así se afirma la naturaleza judicial del common law.

[3] "Hágase justicia, aunque sucumba el cielo".

[4] Rabasa, Oscar A. El derecho angloamericano. Fondo de Cultura Económica, México, 1944, pp. 545.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTADO FEDERAL

El fenómeno del federalismo ha sido ampliamente debatido en la teoría política por su gran complejidad. Se ha elaborado una buena cantidad de teorías para explicar su funcionamiento y naturaleza jurídica. Aunque éstos ya son temas de teoría general del Estado, de Derecho Constitucional, y aun de Derecho Administrativo, para un estudio como el que nos ocupa es necesario analizar brevemente dichas doctrinas. El mecanismo de distribución de competencias entre las entidades componentes de un Estado Federal y el Poder Central mismo debe estudiarse bien y entenderse bien antes de emprender la investigación del Derecho Internacional Privado Interior como lo llamara Macías.[5] Por lo mismo vamos a proceder al análisis de las teorías más importantes sobre la naturaleza jurídica del Estado Federal y la distribución de competencias.

a) Doctrina de la co-soberanía. Esta doctrina fue primeramente expuesta por Hamilton, Madison y Jay en su obra "El Federalista", en la cual argumentaban a favor de la Constitución Federal de 1787. Alexis de Tocqueville se encargó de llevarla a Europa, pero sin darse cuenta de que los razonamientos de sus autores estaban demasiado influenciados por la maniobra política circunstancial de lograr la ratificación de la Constitución. Era obvio que el gobierno central trataba de tener un cierto grado de poder para aplicar sus leyes, pero esto era irreconciliable con la soberanía de los estados. La solución fue dividir a la soberanía entre los estados miembros y el Poder central por medio de tres instrumentos: el principio de la delegación de poderes, la cláusula de la supremacía de la Constitución Federal y el principio de la nacionalidad doble.

Al concertar el pacto federal, los estados federados abandonan una parte de su soberanía al poder central y conserva únicamente la soberanía que ellos mismos se han reservado. Así, ambos poderes son soberanos, pero cada uno dentro de su esfera. Existen dos autoridades soberanas y por lo tanto debe haber una distribución de competencias; ésta debe constar en un documento

[5] Macías, José N. Origen y alcance del artículo 121 constitucional. En: *Jus, revista de derecho y ciencias sociales*, México, tomo XVII, marzo, 19.6, núm. 92, p. 155-160.

rígido, o sea uno que sólo pueda ser modificado por las autoridades locales o federales. Además, el poder central y los miembros están organizados de una manera absolutamente independiente y existe libertad de acción para todos ellos, como si los demás no existiesen. Por lo tanto, hay igualdad entre el poder central y los estados miembros. La soberanía no es restringida, sino compartida.

Era natural que esta teoría atrajera toda clase de críticas pues carece de fundamentos sólidos. En primer lugar, sabemos que la soberanía es una e indivisible, por eso decían los críticos de Tocqueville, que le había faltado leer a Rousseau. En segundo lugar, la pretendida igualdad entre los estados miembros y la Federación no existe. El dominio del poder central es evidente. Simplemente en una cuestión de capital importancia se nota este dominio: la reglamentación de conflictos de competencia entre el poder central y los estados miembros la deben hacer los órganos del Estado Federal.

b) Doctrinas de la no-existencia del Estado Federal. Los expositores de esta tesis negativa fueron principalmente el autor norteamericano Calhoun y Seydel, en Alemania. Aquí también hay una notable distorsión de la realidad en aras de un ideario político.

John Calhoun fue el teórico del movimiento secesionista que culminó con la Guerra de Secesión del 1861-65. Basándose, parcialmente, en los ensayos de Hamilton, en los cuales el coautor de "El Federalista" afirmaba expresamente que no se trataba con la unión, de consolidar un nuevo estado, sino más bien de delegar una serie de atribuciones a un poder central; esto, claro, sin entregar los estados miembros su soberanía completamente.

Realmente sobra decir que el éxito de esta doctrina no se debió tanto a la validez de sus argumentos como a la situación política a mediados del siglo pasado en los Estados Unidos. La negación de la existencia del Estado Federal es por sí misma la mejor muestra de que la teoría no corresponde a la realidad de las cosas. Es igualmente ocioso insistir en el valor exclusivamente histórico de semejantes construcciones seudojurídicas. Por otra parte, la posición esclavista del Calhoun demuestra que su desesperado intento de justificar la actitud secesionista estaba motivada por ciertos intereses.[6]

c) La teoría de Jorge Jellinek. Ante el dilema de decir a los príncipes de los estados germanos que ya no eran jefes de ningún estado (y en especial al Emperador de Alemania que era Rey de Prusia), y negar la existencia del Estado Federal, Jellinek optó por decir que tanto los estados miembros de un estado federal como el poder central tenían el carácter de Estados. Pero, ¿cómo conciliar esta posición con la teoría política?

Jellinek comienza por decirnos que el problema de las uniones de Estados consiste en que la teoría de la soberanía contradice, si se lleva a su última consecuencia, la unión permanente de varios estados.[7] Define al Estado Federal como un Estado soberano formado por una variedad de estados. Los estados miembros establecen una soberanía. de la cual todos participan en conjunto; de suerte que en conjunto son cosoberanos, y tomados particularmente tienen una serie de obligaciones. Así, llegamos al centro de su teoría: "La posibilidad del Estado Federal depende íntimamente de la doctrina que declara a la soberanía como nota no esencial del Estado", habiendo estados soberanos y estados no soberanos.[8]

[6] Boatner, Mark. "The civil war dictionary". Cuarta Edición. New York, David McKay Co., 1966, pág. 112.

[7] Jellinek, Georg. Teoría general del Estado. 2a. ed. México, Cía. Editorial Continental, 1958, pág. 597.

En realidad, la tesis de Jellinek no sirve para establecer la naturaleza jurídica del Estado Federal. Al decirnos que los estados miembros tienen una esfera de autonomía libre del poder del Estado Federal, no vemos la diferencia con las provincias autónomas de un Estado Unitario. El error radica en el hecho de que no se trata de una autonomía constitucional, consistente en el derecho a darse a sí mismo una constitución y de modificarla.

d) Teoría de Hans Kelsen. Aunque no es totalmente apegada a la realidad de las cosas, esta teoría es sostenible, por lo menos, en teoría. Según el jurista austriaco, en el Estado Federal existen tres órdenes jurídicos diferentes. Se trata de tres comunidades jurídicas: la de la Federación, la de las colectividades miembros y la de la Constitución total. Las primeras dos son parciales pues su competencia está dada por la comunidad jurídica total, o sea la Constitución Federal. Y por lo mismo, no pueden existir relaciones de subordinación entre el orden jurídico central y el orden jurídico de las colectividades miembros.[9] No se ha estudiado esta división tripartita porque los órganos de la comunidad total son los mismos órganos del orden jurídico de la Federación. Pero el único orden soberano es el de la comunidad total.

Es curioso observar que Kelsen llega a una conclusión similar a la de la tesis de la cosoberanía de Tocqueville: el Estado central y los estados miembros se hallan yuxtapuestos, y no superpuestos. Claro que las razones dadas por Kelsen son de más peso. Pero, como dice Mouskheli,[10] abstracción hecha de la federación y de las colectividades miembros, no hay posibilidad de comprender en qué puede consistir la comunidad total considerada por separado. Por otra parte, Kelsen vuelve a incurrir en el error al negar la superioridad jurídica del orden federal.

e) Teoría de la Descentralización. Para Luis Le Fur no pueden existir Estados no soberanos, y en el caso del Estado Federal, la soberanía corresponde al Estado Federal y no a las colectividades miembros, ya que el Estado Federal es el único que goza el derecho de determinar su propia competencia. Con esto en mente, los estados miembros no son estados. Pero entonces, ¿cuál es la diferencia con el Estado Unitario? Le Fur contesta así: "Una sola característica puede ser considerada como perteneciente al Estado Federal: la exis-

[8] Ibidem, pág. 622.

[9] Mouskheli, M. Teoría jurídica del Estado Federal. Tr. A. Lázaro. Madrid, Aguilar, 1931, p. 224.

[10] Ib., p. 227.

tencia en esta forma de estados, entre el Estado mismo y los ciudadanos, un nuevo factor que coopera a la formación de la voluntad soberana."[11]

Aun cuando Le Fur insistió mucho en este rasgo característico, Gierke le negó a este hecho el rango de "signu specificum" ya que un Estado unitario puede también conceder a una provincia el poder de participar en la formación de la voluntad nacional.[12]

f) Teoría de la descentralización. Para Dabin, autor belga, descentralización y federalismo representan dos grados de la misma idea.[13] Esa idea es la autonomía local. Es claro, sigue diciendo, que el Estado Federal es un Estado Descentralizado. En él, el derecho que tienen las colectividades miembros de participar en el gobierno federal, directa o indirectamente, no es más que el prolongamiento de la idea de descentralización, llevada al paroxismo.

En conclusión, el Estado Federal tiene dos aspectos fundamentales: por una parte una solución de descentralización muy amplia en favor de las colectividades en el gobierno federal. Como vemos, esta doctrina no incurre en el error de atribuir a las "colectividades miembros" una autonomía constitucional, tal y como la considera Mouskheli; es decir, como la facultad de darse libremente una constitución y modificarla.

g) Teoría de la Descentralización. Comienza Mouskheli haciendo un estudio de los puntos de semejanza del Estado Federal con el Estado "Unitario". La superioridad jurídica del Estado Federal sobre las entidades federativas, es uno de ellos.[14] El poder central es el único que constituye un Estado en el sentido de Derecho Internacional; es el único que tiene autonomía constitucional, aunque en este punto se contradice después. Además, en el Estado Federal también existe una sola nacionalidad: la federal. Hay también unidad territorial, ya que la división territorial no afecta en nada la unidad. Y desde el punto de vista de la organización interna, también hay un punto de contacto. Citando a Jellinek, dice que no se trata de un "Staatsfagmen", sino de un Estado completo. Se trata de una organización estatal completa: legislativa, ejecutiva y judicial.[15]

Pero, como hicimos notar anteriormente, hablar de autonomía constitucional es una falacia; la realidad nos demuestra que en un Estado Federal las entidades no tienen un derecho ilimitado para darse su propia constitución y modificarla a su antojo.

[11] Le Fur, Louis. Etat Fédéral et Confédération d'Etats. París, Marchal et Billard, 1896, p. 673.

[12] Mouskheli, op. cit., pág. 204.

[13] Dabin, Jean. 'Doctrina general del Estado". Tr. Héctor González Uribe. México, Edit. Jus, 1946, pág. 330.

[14] Mouskheli, op. cit., pá*. 150.

[15] Ibidem, p. 117.

IV. EL ESTADO FEDERAL Y LOS CONFLICTOS DE LEYES

En un sistema federal las entidades federativas son libres y autónomas en todo lo concerniente a su régimen interno; sin poseer una soberanía en el sentido estricto de la palabra, sí gozan de una independencia limitada. En consecuencia, cada entidad tiene el poder de legislar sobre una variedad de materias, aquéllas cuya reglamentación no ha sido entregada a la federación y desde luego, esta legislación no resulta uniforme.

En un sistema federal, los conflictos de leyes interlocales sí son muy similares a los conflictos que surgen entre estados independientes y plenamente soberanos. Lo que hace que estos conflictos sean tan similares, es la igualdad entre las entidades federativas en sus relaciones mutuas, sin predominar una sobre otra.

El análisis de los problemas en el Estado Federal nos revela que los conflictos de leyes son de dos tipos fundamentales: en primer lugar, los conflictos de legislaciones de dos entidades federativas; y, en segundo lugar, los conflictos derivados de la pretensión de aplicabilidad de una ley extranjera en una entidad federativa.[16] Algunos autores han sostenido que también se pueden presentar conflictos entre una entidad federativa y la autoridad federal o central. Según Cooley, tales conflctos no existen en rigor, pues "las leyes de ambos rigen en el mismo territorio, pero si en un caso particular sus disposiciones son contradictorias, una o la otra es nula; cualquier legislación estatal que se oponga a una ley federal es nula".[17]

En la Sección Primera del artículo IV de la Constitución Federal de los Estados Unidos, aparece una disposición conocida comúnmente con el nombre de "Full faith and credit clause" (cláusula de la entera fe y crédito). El texto vigente de este artículo es el siguiente:

"Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceedings of every other State. And the Congress by general laws prescribe the manner in which such acts, records, and proceedings shall be proved, and the effect thereof".[18]

Siendo nuestro artículo 121 Constitucional, una pésima copia de la cláusula de la entera fe y crédito, conviene analizar el contenido de dicha disposición en los Estados Unidos.

El primer elemento que encontramos en este precepto es el de "public acts", defectuosamente traducido literalmente, como "actos públicos". Es pertinente

[16] Trigueros S., Eduardo. El artículo 121 de la Constitución. En: *Revista Mexicana de Derecho Público*, oct.-dic., 1946, Vol. 1, núm. 2, p. 157-182.

[17] Coley, Thomas. M The general principles of Constitutional law in the United States of America. Boston, Little, Brown and Co., 1880. Reimpresion: Littleton, Colorado, Fred B. Rothman and Co., 1981, pp. 178-193.

[18] Para una crítica amplia a la mala traducción ínsita en el art. 121 de la Constitución Política mexicana véanse Trigueros, op. cit., y Siqueiros, José Luis, Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano, Universidad de Chihuahua, 1957, especialmente las págs. 30 y ss.

recordar que en la propuesta de Morris, en 1776-1777, las palabras "public acts" se refiere a los public legislative acts,[19] o sea a los actos de las legislaturas locales. En el derecho anglosajón, "public acts" no significa "actos públicos". No basta traducir literalmente los conceptos, sin analizar el verdadero sentido que tienen; public act significa, entre otras cosas, "Una ley escrita, formalmente ordenada y aprobada por la legislatura de un Estado, llamada en Inglaterra acto del parlamento y en los Estados Unidos, acto del Congreso o de la Legislatura o estatuto". Las palabras "bill y "law" son usadas frecuentemente como sinónimos de 'act" pero incorrectamente. El primer vocablo es sólo un proyecto de ley, pero que no ha sido aprobado todavía.[20]

Con estas ideas, se ve que es *obligación* de los estados dar entera fe y crédito a los actos legislativos de los demás estados estos actos materialmente legislativos deberán, de acuerdo con los cambios introducidos en la Ley de 1790, y en la Ley de 1804, tener la fe y crédito de que gozan en el estado de donde emanan.

En efecto, la ley reglamentaria del 26 de mayo de 1790 fijó el modo de autenticar los registros y procedimientos judiciales, disponiendo que en todos los tribunales que existen en los E.U. se les debe dar la misma entera fe y crédito que tienen por ley o por costumbre en el estado donde se produjeron. A su vez, la ley del 27 de marzo de 1804 declaró que las prevenciones contenidas en la Ley de 1790 eran aplicables a los territorios y a los países sujetos a la jurisdicción de los E.U.[21] Como se colige de lo anterior, la reglamentación a la disposición constitucional es muy relativa y por lo tanto, incompleta.

En conclusión, la cláusula de entera fe y crédito en los Estados Unidos, tratándose de los efectos de los actos legislativos, o "public acts", es autoaplicativa cuando el interés público del foro no es afectado adversamente. En cambio, cuando hay un verdadero conflicto, se requiere la reglamentación por parte del Congreso Federal, pues por virtud del sistema jurídico imperante, la aplicación extraterritorial de las leyes no puede llevarse a cabo. Debemos aclarar que al hablar de actos legislativos nos referimos exclusivamente a los actos material y formalmente legislativos y no a lo que se podría considerar como "derecho judicial", de acuerdo con el sistema de Common law. Esto a pesar del pensamiento de Leflar.[22] Creemos que es indudable el que los creadores de la cláusula de entera fe y crédito nunca quisieron incluir bajo el concepto de "public acts" las decisiones de los tribunales que forman el common law norteamericano.

Siguiendo con el análisis del contenido de la cláusula de entera fe y crédito, estudiemos ahora lo relativo a las palabras "Records" y "Judicial Proceedings", que han sido traducidas en nuestro artículo 121 constitucional como

19 Trigueros, op. cit., p. 166.
20 Loc. cit.
21 Kent, James. Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América. Tr. J. Carlos Mexia. México, Impr. Políglota de Carlos Ramiro, 1878, p. 75 y la nota a pie de pág.
22 Leflar, Robert. The law of conflict of laws. New York, Bobbs Merril, 1959, p. 154.

"Registros" y "Procedimientos Judiciales", respectivamente; aquí tampoco ha correspondido la traducción literal con el verdadero sentido de las palabras. Trigueros[23] explica que la verdadera connotación de las palabras "Proceedings" es la siguiente: "un acto que es hecho por la autoridad expresa o implícita de la Corte". En otras palabras, todas las resoluciones judiciales son "Proceedings", en el lenguaje jurídico norteamericano.

Siguiendo a Trigueros, veamos las ideas que extrajo del Diccionario de Black's en lo relativo a la palabra "Records": "Es la relación escrita de algún acto, transacción o instrumento otorgado por orden de la Ley (under authority of law) por una autoridad competente y destinado a quedar como recuerdo o prueba permanente de los asuntos con que se relaciona." Esta idea se acerca más a nuestro concepto de acto administrativo que al término "Registros".[24]

Lo que más nos interesa es analizar cómo tienen efectos las sentencias dictadas en un Estado ante los tribunales de otro. En cuanto a competencia se refiere, los Estados son los que la fijan, son tomar en cuenta el reconocimiento y extraterritorial, así, una resolución puede ser válida en el Estado de donde surgió, aún sin tener efecto alguno en otros estados. Y aunque no hay en la Constitución de los Estados Unidos una disposición que expresamente se refiera a la "jurisdicción", la Suprema Corte ha establecido que tal concepto está incluido en la garantía del debido proceso legal (due process of law).

En conclusión, para que un tribunal dicte válidamente una sentencia se requiere que tenga "jurisdiction" o competencia, y sólo será susceptible dicha sentencia de ser reconocida en el exterior. En general, los criterios que han servido para considerar que un Tribunal tiene "Jurisdiction" son entre otros: la presenc aidel sujeto demandado en el Estado, el domicilio y el consentimiento.[25] Deliberadamente hemos suprimido la nacionalidad por tener relativamente poca importancia en los conflictos interestaduales.

Respecto a cosas, la "Jurisdiction" se ha entendido como "una expresión que indica facultad para crear situaciones legales relativas a ellas, reconocidas en otros Estados".[26]

Estas son algunas de las nociones esenciales que se deben tener presentes para el estudio del reconocimiento y ejecución de sentencias de un Estado en otro u otros. La situación en los Estados Unidos es que, debido a la cláusula de la entera fe y crédito, la Suprema Corte de Justicia, es la que decide sobre los efectos de las sentencias de una entidad federativa ante los tribunales de otra entidad hermana.

23 Trigueros, op. cit., p. 167.
24 Trigueros, op. cit., p. 168 y Black's, op. cit., p. 1437, voz: "record".
25 Stumberg, George Wilfred. Principles of conflict of laws. 3a. ed. Brooklyn, The Foundation Press, 1963, p. 69.
26 Ibidem, p. 102.

V. ORÍGENES DEL FEDERALISMO MEXICANO; ESTUDIO SOMERO

Para el estudio de la gestación del federalismo mexicano no es necesario remontarnos más allá de la situación en la Nueva España a raíz de la Constitución promulgada en Cádiz, en 1812. Del análisis de la situación creada por este documento obtendremos interesantes conclusiones. Asimismo, es menester estudiar la influencia que tuvo el liberalismo sobre las tendencias federalistas, especialmente en el Congreso Constituyente de 1824. Con el conocimiento de estos elementos se podrá entender como surgió el federalismo mexicano, cuya génesis ha sido falsamente interpretada una y otra vez.

Cuando a principios de 1810, la Regencia de la Corona Española hizo una convocatoria a las colonias para que eligieran diputados a una Corte Constituyente, no se sospechaba que este reconocimiento solemne de lo que era la Colonia iba a tener consecuencias destructoras para el imperio Español. La Corte Constituyente se reunió, en León, en 1811, y después cambió a Cádiz, en donde se expide, en 1812, la Constitución gaditana. Entre las decisiones políticas fundamentales estaban las siguientes: la soberanía reside esencialmente en la Nación; el gobierno de la Nación Española es una monarquía moderada hereditaria; la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes junto con el Rey (quién tenía un veto suspensivo que podía bloquear una ley hasta por tres años); se establecían siete secretarios d Despacho (Art. 222); las colonias eran elevadas al rango de provincias, y, por lo mismo (aquí está lo más importante de esta Carta) tenían derecho a ser representadas en las Cortes. Además de estar representadas en las Cortes, las provincias tendrían una diputación provincial cada una, con el fin de "promover su prosperidad" (Art. 325). Claro está que esto no daba una autonomía amplia al gobierno provincial, pues las facultades de las diputaciones eran reducidas y el Rey podía suspender a los vocales que la componían (Art. 336) pero sí fue el comienzo de un proceso gradual de descentralización, que culminó con la consolidación de las teorías federalistas en la Constitución de 1824.[27]

También se contó con la gran influencia del federalismo norteamericano. Para los liberales mexicanos, el esquema federal era el único apto para la realización de sus ideales, como bien lo ha señalado Reyes Heroles.[28] Al estudioso de la historia de México no puede escapar la relación federalismo-liberalismo y centralismo-reacción, durante un período que Reyes Heroles ha llamado "La sociedad fluctuante".

Las decisiones políticas fundamentales del Constituyente del 24, en el tema que nos ocupa, fueron las siguientes: La Nación Mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal; el poder legislativo se deposita en un Congreso General dividido en dos cámaras, una para la representación popular y otra de los estados el gobierno de cada estado

[27] La Constitución de Cádiz se puede consultar en: Tena Ramírez, Felipe. Leyes fundamentales de México; 1808-1964. 2a. ed. México, Porrúa, 1964, pp. 59-104.

[28] Reyes Heroles, Jesús. El liberalismo mexicano. 2a. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1974, Vol. I, p. 355 y ss.

de la federación se divide en los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial y entre las restricciones al Poder Legislativo Federal, está la de no "mezclarse en la administración interior de los estados" (Art. 50, Frac. XXXI).[29]

Del estudio de este documento, pasamos a la Constitución de 1857, sin detenernos en el análisis de los documentos de 1836 y de 1843, que, siendo de tipo centralista, no se ocuparon de distribuciones de competencias y mucho menos de relaciones entre estados y federación. El actual artículo 121 correspondió, en la Constitución del 57, al numeral 115.[30]

Durante el período de 1857 a 1910, hay una serie de conflictos sobre la distribución de competencias, pero en términos generales, no se cambia el mecanismo fundamental de esta distribución o sea, la delegación de facultades o poderes de los estados miembros de la federación. Es así como se llega a la Carta de Querétaro y el actual sistema de distribución de competencias.

Es posible que los artículos más importantes de la Constitución de 1917 sean los del Título Segundo, Capítulo I. Esos preceptos (Arts. 39 a 41) señalan que la soberanía "Reside esencial y originalmente en el pueblo" y que todo poder público "dimana del pueblo".

El 40 asienta que "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental".[31] Como se observa, hay pocos cambios sobre el texto del artículo correspondiente de la Constitución de 1857.

El siguiente artículo tampoco cambia mucho con relación a su contraparte de 1857 art. 41. "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en los que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal." Aquí está plasmada la crítica a las teorías que sostienen que los estados miembros tienen una autonomía constitucional con relación a la Federación: ¿Cómo pueden tener tal atributo cuando las decisiones políticas fundamentales ya están previamente delineadas en el mismo "Pacto Federal"?

VI. LAS DIVERSAS FRACCIONES DEL ART. 121 CONSTITUCIONAL

La fracción I, de este precepto, establece que "Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él". Se confirma el principio territorialista que anima a nuestra legislación, y se concuerda en lo fundamental con el parágrafo I del

[29] Tena Ramírez, op. cit., p. 161-195.

[30] Ibidem, pp. 606-629.

[31] Ibidem, p. 817 y ss.

Primer Restatement of the Law of Conflict of Laws: "No state can make a law which by its own force is operative in another state; the only law in force in the sovereign state is its own law, but by the law of each state rights or other interesests in that stats may, in certain cases, depend upon the law in force in some other state or states."[32] Desde luego, es superior la técnica legislativa del Restatement pues se establece la única excepción al principio de territorialidad de las leyes o sea el caso de que la ley estatal acepta la aplicación de la ley extranjera.

Por otra parte, la fracción I se contradice con el preámbulo del Art. 121, pues es imposible dar entera fe y crédito a las leyes de un estado si éstas sólo tienen efectos dentro del territorio de ese estado.

Fracción II. "Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley de su ubicación." Con esto se confirma el antiguo principio estatutario que señalaba la regla lex rei sitae. Pero se hace extensivo para los bienes muebles que, de acuerdo con la misma escuela estatutaria, seguían a la persona (mobilia sequuntur personam). Siendo los bienes muebles los que se puedan trasladar de un lugar a otro por sí o por fuerza externa muchas veces es difícil determinar con precisión su ubicación. El Restatement contiene una serie de disposiciones destinadas a regular las diferentes stiuaciones que en la práctica se presentan, sin establecer una regla general.

En efecto, el parágrafo 208 dice: "Whether an interest in a tangible things is clasified as real or personal property is determined by the law of the state where the thing is."[33] Aquí también se reconoce que la calificación se rige por la lex fori. El 238 consagra los mismos principios. El parágrafo 249 dispone: "The validity and effect of a will of an interest in land are determined by the law of the state where land is.[34]

La fracción III del artículo que venimos comentando contiene dos párrafos. La primera parte establece que las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes. Es de lamentar la absoluta falta de técnica jurídica pues aparentemente parece establecerse que cada Estado ejecutará las sentencias dictadas en otros Estados así lo ordenen sus propias leyes. Además de que la interpretación anterior contradiría la parte preambular del artículo 121 constitucional y la msima fracción II del mismo precepto, consideramos que lo que se quiso establecer es simplemente una regla de competencia. Por nuestra parte consideramos que un juez puede conocer de controversias sobre

[32] American Law Institute. Restatement of the Law of Conflict of Laws. 1934, p. 1. Sin embargo, en el Restatement of the law second conflict of laws 2a., American Law Institute (de 1969), St. Paul, Minn, 1971, vol. 1, par. 2, p. 2, ya no aparece la regla como anteriormente estaba redactada.

[33] Ibidem p. 208. Esta regla cambia en el 2d. Restatement, par. 222, p. 3, vol. II, pues todo depende si la cosa es mueble o inmueble.

[34] Ibidem, p. 233; esta regla aunque en el fondo no varía en el 2a. Restatement, si existen cambios en la redacción: véanse pars. 236 y 239, págs. 41 y 48, respectivamente.

bienes situados en un Estado distinto, si guarda un punto de contacto con dicha jurisdicción. Sin embargo, la ejecución de la sentencia la hará o la rechazará el juez competente de la entidad donde están ubicados los bienes.

En el estudio de esta fracción III, resta analizar la parte segunda que se refiere a la ejecución de sentencias sobre derechos personales. Sobre todo se ha dicho que en realidad no establece nada distinto de lo que señala el Art. 14 Constitucional en su párrafo segundo que asienta: "Nadie podrá ser privado de la vida, de su libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho." El legislador sólo deseaba proteger a los particulares contra los juicios seguidos en estados distintos de donde tienen su residencia permanente — y la interpretación de la Suprema Corte de Justicia ha sido correcta sobre este punto.

En relación con esta fracción del 121 constitucional recordemos lo que establece el artículo 602 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: "Los jueces requeridos no ejecutarán las sentencias, más que cuando reunieren las siguientes condiciones:

I...

II...

III. Si tratándose de derechos personales o del estado civil, la persona condenada se sometió expresamente o por razón de domicilio a la justicia que las pronunció."

La jurisprudencia ha agregado la citación personal para ocurrir al juicio (T. XXXIII, p. 978).

Por su parte el 2d Restatement en su parágrafo 47 establece que: "A State has jurisdiction over a person:

1) If he is within the territory of the state;
2) If he is domiciled in the state although not present there;
3) If he has consented or subjected himself to the exercise of jurisdiction over him either before or after the exercise of jurisdiction".[35]

Tenemos aquí tres criterios para atribuir la competencia de un tribunal: por estar dentro del territorio del estado, por razón del domicilio y lo que se conoce en Derecho Procesal como prórroga de la jurisdicción.

La fracción IV del art. 121 dispone que "'Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros." Esta fracción es de gran importancia por lo que debería estar en un artículo por separado y, sin embargo es una muestra más de la falta de precición legislativa. Si el Con-

[35] Ibidem, p. 54. En el 2d. Restatement el par. 24, frac. 1, se refiere a que exista una relación entre el Estado y la persona que haga el ejercicio de la jurisdicción "razonable", y el par. 27, menciona una serie de presunciones básicas para establecer dicha jurisdicción, entre otras, cuando se da uno o más de los siguientes factores: presencia (física) domicilio, residencia, nacionalidad, consentimiento, comparecencia persona efectuar negocios en el Estado, un acto realizado en el Estado, etc. Véanse pp. 105 y 120, del tomo I.

greso debe prescribir la manera de probar los actos, registrados y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las siguientes bases. IV. Que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros, en estricta lógica jurídica sólo se puede llegar a dos conclusiones:

Primera. El Congreso Federal tendrá facultad para dictar leyes a las cuales se deben sujetar los actos del estado civil y por consiguiente no podrá llegarse a lo que dispone la fracción IV, puesto que los estados no podrán regular, la manera de probar los actos del estado civil y sus leyes sobre estado civil tendrán que estar de acuerdo con las leyes federales; y,

Segunda. Si los actos del estado civil quedan al arbitrio de las leyes de los estados, deben ser éstos los que prescriban, por medio de leyes generales, la manera de probar tales actos y sus efectos, siendo por consiguiente ilógico el enunciado de la parte segunda del cuerpo principal de este artículo.

Relacionados con esta fracción, encontramos en el Restatement los siguientes párrafos: el 54 en su parte primera establece "A state which creates any status other than a domestic status has jurisdiction over it".[36] El 55 añade: "A state has jurisdiction over all acts done or events ocurring as their the territory of the state and over all failores to act in cases where there is a legal duty to act within the state".[37] En el 121 encontramos el enunciado de un importante principio: "Except as stated in numbers 131 and 132, a marriage is valid everywhere if the requirements of the marriage law of the state where the contract takes place are complied with".[38]

En cuanto a la última fracción del 121, la doctrina está de acuerdo en que se debería de haber incluido en el capítulo correspondiente (concretamente en el artículo 5o. de la Constitución) o en su ley reglamentaria.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Después del recorrido teórico que hemos realizado en las páginas anteriores podemos formular las siguientes consideraciones:

1. En la primera parte de este breve estudio, la naturaleza judicial del "common law", hemos pretendido evidenciar el carácter judicial del mismo, lo que llevado al campo de los conflictos de leyes significa que la jurisprudencia norteamericana sobre el particular es sumamente rica y exuberante,

[36] Ibidem, p. 60. El 2d. Restatement modifica las cosas, pues establece en su par. 69 que un Estado no podrá ejercer su jurisdicción (competencia) judicial en relación al estado y capacidad de una persona a menos que se asegure su notificación o emplazamiento y la garantía de audiencia, mediante un método razonable. Véase, p. 214 del primer volumen.

[37] Loc. cit. Véase la nota anterior, con respecto al 2nd. Restatement.

[38] Ibidem, p. 129. El 2d. Restatement prescribe que la validez de un matrimonio se determinará de acuerdo a la ley local con la cual tenga la "relación más relevante" y que un matrimonio que satisfaga todos los requisitos de la ley del lugar de su celebración será reconocido como válido en todos los demás Estados a menos que lesione el orden público de otro Estado con el vínculo o relación más relevante o significativo. Véase el par 283, p. 233, del vol. II.

en tanto que la jurisprudencia mexicana sobre conflictos de leyes entre las diversas entidades federativas es extremadamente pobre y puede decirse que es muy poco lo que agregan o aclaran a lo establecido en la Constitución.

2. En cuanto a las diversas teorías que tratan de explicar la verdadera naturaleza del Estado Federal consideramos que las entidades no poseen, en el verdadero sentido del concepto, soberanía, pero sí tienen facultades para dictarse sus propias leyes, especialmente en el sector civil, que es donde surgen con mayor frecuencia los llamados conflictos de leyes interestatuales, por lo que es menester que en el mismo Pacto Federal se establezcan ciertas reglas que habrán de regular dichas situaciones.

3. En los Estados Unidos, al igual que en México, la cláusula de la entera fe y crédito, contenida en el Pacto Federal, tiene como propósito esencial establecer como una obligación de las entidades federativas el reconocer y otorgarle efectos a los actos legislativos, administrativos y judiciales de las demás entidades hermanas. Lamentablemente, la correspondiente versión en el artículo 121 constitucional mexicano es resultado de una pésima traducción, quizá demasiado "literalista".

4. A menudo se afirma que el federalismo mexicano fue una imitación extralógica del Constituyente del 24; por nuestra parte consideramos que el federalismo mexicano tuvo como antecedentes la Constitución de Cádiz y la exigencia planteada por los representantes de las provincias, en 1824, de una mayor descentralización, una mayor autonomía local, sin dejar de reconocer que una de las fuentes lo fue, indudablemente, la Constitución norteamericana de 1776, especialmente en lo que se refiere al derecho de los conflictos de leyes entre las entidades federativas, concretamente, la llamada cláusula de la entera fe y crédito.

5. En lo que se refiere a las llamadas "Bases" del artículo 121 constitucional, mismas que aparecen en la Carta Magna de 1917, podemos afirmar que fueron introducidas por el Lic. José Natividad Macías, uno de los autores del Proyecto de la Constitución y miembro del Congreso Constituyente, con la anuencia del Lic. Luis Manuel Rojas, Presidente del Congreso Constituyente. El Lic. Macías, constitucionalista y profundo conocedor de autores norteamericanos sobre la materia, recopiló, en unas cuantas "bases", la experiencia jurisprudencial norteamericana, habiéndose inspirado en autores como Cooley. Desgraciadamente, el Sr. Macías no comprendió todas las hipótesis conflictuales que se presentan entre las entidades federativas por lo que es menester una legislación reglamentaria al respcto.

ANEXOS

Se presentan, en esta parte, el texto del artículo 121 constitucional vigente, las propuestas de reforma o reglamentación constitucional sugeridas por Ramón Cabrera Cosío (1943) y Eduardo Trigueros (1948) y un Proyecto de Ley del año de 1899.

ANEXO 1

Artículo 121 constitucional.

Art. 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él;

II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado, sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros, y

V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes serán respetados en los otros.

ANEXO 2

Redacción del Art. 121 Constitucional propuesta por Ramón Cabrera Cosío. (1943).

Art. 121. Sólo podrán aplicarse en cada estado, leyes extrañas en las materias que esta Constitución les reserva, cuando sus propias leyes así lo dispongan. Las legislaturas de cada estado deberán normar los efectos que deban producir en ese estado las leyes y actos públicos de los demás, sujetándose a las siguientes bases.

I. Los estados regularán todos los hechos y actos jurídicos que se efectúen en su territorio, así como sus efectos. Las leyes y actos públicos de las autoridades de un estado así como los actos jurídicos, tendrán en los demás estados los efectos que produzcan en el estado en que se realizaron, siempre y cuando fueren compatibles con las leyes del lugar de su ejecución.

II. Los inmuebles se regirán por la ley y tribunales de su ubicación, excepto en los siguientes casos:

A) Cuando sean garantía de algún contrato o procedimiento judicial de ejecución.

B) Cuando formen parte de alguna universalidad radicada fuera de los límites del Estado en que se encuentre ubicado el bien.

Cualquier contrato sobre inmuebles celebrado en algún lugar distinto del de su ubicación, deberá, para su registro, adicionarse con las formalidades y requisitos que exija la ley del lugar en que esté ubicado el bien.

III. Los actos del estado civil producirán en toda la República los efectos que señale la ley de su creación.

IV. El estado y capacidad de las personas se regirá por la ley de su domicilio. El régimen matrimonial deberá producir entre los cónyuges, en toda la República, los efectos que señale la ley según la cual se contrajo el matrimonio.

V. Los estados serán libres para gravar los hechos y actos jurídicos que se realicen en su territorio, siempre que tales hechos y actos constituyan materia reservada a ellos. Cuando algún hecho o acto jurídico deba producir efectos en dos o más estados, solamente será gravado una vez, debiendo los estados arreglar entre sí y con la Federación, por medio de convenciones fiscales, los repartos y diferencias que haya entre ellos.

Para los efectos de este artículo se considerará como un estado al Distrito Federal y a los Territorios Federales.

ANEXO 3

Paquete de reformas propuestas por Eduardo Trigueros S.

a. Proyecto de Ley Reglamentaria del Artículo 121 Constitucional, Base IV.
b. Reformas al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.
c. Reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.
d. Reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles.

a. Ley Reglamentaria del Artículo 121 Constitucional

Base IV

Artículo 1o. Los actos del estado civil válidamente efectuados en uno de los Estados de la Federación, surtirán en los demás Estados los mismos efectos que los realizados en el territorio del Estado en que se hagan valer.

Artículo 2o. Se consideran válidamente realizados los actos del estado civil cuando se ajusten al derecho del lugar en que se verifiquen.

Cuando las personas que realicen el acto no estén domiciliadas en el terri-

torio del Estado en que éste tiene lugar, será condición de su validez el que se aplique el derecho del Estado en que tengan su domicilio, el cual

a) determinará la capacidad de quienes en el acto intervengan y la posibilidad de que la falta de capacidad sea suplida o complementada;
b) determinará los impedimentos para la celebración de matrimonio, para la adopción, tutela, curatela, y administración de bienes de menores, incapacitados y ausentes;
c) fijará las causas de divorcio, emancipación e interdicción;
d) establecerá el régimen patrimonial en los casos de matrimonios y divorcio. En este caso, cuando los cónyuges tengan domicilios diferentes, se aplicará la ley del domicilio del marido.

El cambio posterior de domicilio no produce la modificación del régimen establecido.

Artículo 3o. Sólo podrán invocarse como causas de divorcio, de interdicción y de emancipación, las que sean admitidas como tales concurrentemente por la ley del domicilio de las partes y por la ley del juez competente.

Artículo 4o. El hecho invocado como causa de divorcio, de emancipación o de interdicción, realizado en época en que las partes tenían un domicilio diverso al que tengan en el momento de la introducción de la instancia, sólo puede ser invocado como causa de divorcio, interdicción o emancipación, si lo fuere conforme a la ley del lugar en que las partes tenían su domicilio cuando el acto tuvo lugar.

Artículo 5o. Los actos del estado civil para cuya validez no se requiera intervención judicial conforme a la ley del Estado en que se realicen, se verificará ante el oficial del Registro Civil del lugar en que los interesados se hallen.

Cuando los interesados residan en diversas jurisdicciones, el acto será válido si se celebra ante el Juez del lugar de residencia de uno de ellos.

El mandato no puede suplir la residencia para dar competencia a un oficial del Registro Civil.

Artículo 6o. Para las acciones de estado civil se aplicarán las siguientes reglas sobre competencia:

a) En las acciones sobre anulación o rectificación de actas del Registro Civil, será competente el Juez del fuero del Registrador demandado;
b) En las acciones sobre divorcio por abandono de hogar, será competente el Juez del domicilio conyugal;
c) En las acciones sobre declaración de ausencia, será competente el Juez del último domicilio conocido del ausente;
d) En los demás casos será competente el Juez del lugar de residencia del demandado y si éste fuere desconocido, el lugar de su último domicilio conocido.

Artículo 7o. Las resoluciones sobre acciones del estado civil sólo serán obligatoriamente ejecutadas por las autoridades de un Estado de la Federación cuando en ellas, el Juez competente haya aplicado las leyes que se establecen como la aplicación necesaria en los artículos 2o., 3o. y 4o. que anteceden.

Artículo 8o. Los encargados del Registro Civil sólo inscribirán en sus libros las sentencias dictadas por los tribunales de un Estado de la Federación distinto al de su fuero, cuando el Juez de primera instancia del lugar del Registro la haya declarado ejecutable en los términos del artículo anterior.

Artículo 9o. Para los efectos de esta ley y de las leyes locales que en su cumplimiento se dicten, se entenderá que las personas están domiciliadas en el último Estado en cuyo territorio hayan residido durante un período no menor de seis meses.

Disposiciones transitorias

Artículo 1o. Los Estados de la Federación deberán dictar las leyes correspondientes en cumplimiento de ésta, en un plazo no mayor de un año a partir de la fecha de su publicación.

Artículo 2o. En tanto los Estados legislan de acuerdo con el artículo precedente, los jueces y oficiales del registro se atendrán a las normas de esta ley en cuanto a su competencia y aplicación de leyes competenes.

Artículo 3o. Esta ley entrará en vigor en toda la República treinta días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

b. Reformas al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Artículo 12. Son aplicables las leyes de la República, a todos los habitantes de ella, sin distinción de nacionalidad, domicilio o residencia.

El estado y la capacidad de las personas serán determinados por el derecho del lugar en que se encuentren.

Tratándose de mexicanos que se hallen en el extranjero, cuando la ley del lugar en que se encuentren ordene la aplicación de la ley nacional para regular su estado y capacidad, serán aplicables las disposiciones que sobre la materia contenga este Código.

Artículo 13. Los actos jurídicos y contratos válidamente celebrados fuera del Distrito y Territorios Federales producirán en estas demarcaciones los mismos efectos que los realizados en ellas.

Cuando se trate de actos o contratos válidamente celebrados en el extranjero que conforme a las leyes de la República se refieran a materias reservadas a la legislación federal, producirán los efectos que a los actos de esa naturaleza atribuya la ley mexicana correspondiente; en cuanto esos eventos se realicen en territorio nacional.

Artículo 23. La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero

los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Artculo 24. Los actos que modifiquen el estado o la capacidad de las personas, se ajustarán a las leyes del lugar en que se verifiquen.

En los actos del estado civil realizados en el Distrito y Territorios Federales por personas no domiciliadas en estas demarcaciones, se aplicará la ley de sus respectivos domiciliados para:

a) determinar la capacidad de quienes en el acto intervengan y la posibilidad de que la falta de capacidad sea suplida o complementada.
b) determinar los impedimentos para la celebración del matrimonio, para la adopción, tutela, curatela y administración de bienes de menores, incapacitados y ausentes.
c) determinar las causas de divorcio, emancipación e interdicción.

Ante los tribunales del Distrito y Territorios Federales sólo podrán invocarse como causas de divorcio, emancipación o introducción, las que sean concurrentemente admitidas por la ley del domicilio de las partes y por este Código.

El hecho invocado como causa de divorcio, de emancipación o de interdicción, realizado en época en que las partes tenían un domicilio diverso al que tengan en el momento de la introducción de la instancia, sólo será considerado como causa de divorcio, incapacidad o interdicción, si lo fuere también conforme a la ley del lugar en que las partes tenían su domicilio cuando el acto se realizó.

Artículo 34. Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Para el efecto de fijar la ley aplicable en los casos en que este Código establece la aplicación de la ley del domicilio, se entenderá que una persona está domiciliada en le lugar en que haya residido, durante un período no menor de seis meses.

Artículo 35. En el Distrito y Territorios Federales estará a cargo de los Oficiales del Registro Civil, autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio, tutela, emancipación y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en las demarcaciones mencionadas; así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte o que se ha perdido la capacidad legal para administrar bienes.

Cuando los interesados residan en diversas jurisdicciones, el acto será válido si se celebra ante el Oficial del Registro del lugar de residencia de uno de ellos. El mandato no puede suplir la residencia para dar competencia a un Oficial del Registro Civil.

Inscribirán también las sentencias que modifiquen el estado civil siempre que sean dictadas por el tribunal de su fuero, o mandadas ejecutar por éste.

Siempre será ordenada la ejecución de resoluciones sobre acciones del estado civil dictadas por tribunales de la República, cuando reúnan los requisitos señalados en los artículos 6o. y 7o. de la Ley Reglamentaria del artículo 121 de la Constitución, Base IV.

Las sentencias que sobre esas acciones dicten tribunales extranjeras, serán ejecutadas cuando el tribunal que las dicte fuere competente según sus propias reglas y no lo sea el juez ante quien la ejecución se pide, de acuerdo con la legislación vigente en el Distrito Federal, ni lo haya sido dentro de los seis meses anteriores a la fecha de introducción de la instancia que motivó la resolución.

Artículo 51. Para establecer el estado civil de una persona será bastante la constancia auténtica dimanada de la autoridad competente, cuando el acto relativo se haya realizado fuera del Distrito y Territorios Federales, y en ella conste o se pruebe que tal acto se ha realizado conforme al derecho aplicable.

Cuando se trate de modificaciones al estado civil que requieren la intervención de la autoridad judicial, se estará a lo dispuesto en el artículo 35.

Artículo 161. Las modificaciones patrimoniales que sean consecuencia del matrimonio, sólo serán oponibles a terceros de buena fe, cuando los cónyuges establezcan su domicilio en el Distrito y Territorios Federales si han sido inscritas en el Registro de su demarcación, a cuyo efecto se presentarán ante el Oficial los documentos correspondientes como se establece en el artículo 51.

Artículo 178. El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el régimen de separación de bienes.

Los matrimonios celebrados en la República producirán respecto a los beenes que los cónyuges posean en el Distrito y Territorios Federales los efectos que establezca la ley de su domicilio, o los que las partes acuerden conforme a ella. En el caso en que los cónyuges tengan domicilios diferentes, se aplicará la ley del domicilio del marido. El cambio de domicilio posterior al matrimonio no produce efecto en el régimen patrimonial establecido.

Los matrimonios celebrados en el extranjero sólo producirán en el Distrito y Territorios Federales los efectos que hubieren podido producir de celebrarse en las citadas demarcaciones. En caso de falta de estipulación sobre el régimen de bienes de los cónyuges, el matrimonio no producirá sobre ellos efecto alguno.

Artículo 182. Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra los fines naturales del matrimonio.

Son también nulos los pactos que los esposos celebren contra las leyes y en cuanto al régimen patrimonial en contra de las disposiciones prohibitivas de la ley de su domicilio.

c. Reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales

Artículo 149. La jurisdicción por razón del territorio es la única que se puede prorrogar, excepto en los juicios sobre estado civil de las personas y en el caso en que conociendo el Tribunal Superior de apelación contra interlocutoria, resuelta que sea, las partes estén de acuerdo en que conozca de la cuestión principal. El juicio se tramitará conforme a las reglas de su clase, prosiguiéndose éste ante el Superior.

Artículo 154. Es nulo lo actuado por el Juez que fuere declarado incompetente salvo:

I. ...
II. Cuando la incompetencia sea por razón del territorio y convengan las partes en su validez, si la competencia fuere,e en el caso, prorrogable.
III. ...
IV. ...

Artículo 156. Es Juez competente:

I. ...
II. ...
III. ...
IV. ...
V. ...
VI. ...
VII. ...
VIII. ...
IX. ...
X. ...
XI. Para decidir las diferencias conyugales y los juicios sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio, lo es el del domicilio conyugal.
XII. En los juicios sobre anulación o rectificación de actas del estado civil, el tribunal del fuero del registrador demandado.

d. Reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles

Artículo 16. Las partes pueden desistir de una incompetencia antes o después de la remisión de los asuntos al Superior, si se trata de competencia por territorio y ésta fuere prorrogable.

Artículo 17. Es nulo de pleno derecho lo actuado por el tribunal que fuere declarado incompetente, salvo disposición en contrario de la ley.

En los casos de incompetencia superviviente, la nulidad sólo opera a partir del momento en que sobrevino la incompetencia.

No obstante esa nulidad, las partes pueden convenir en reconocer como válidas todas o algunas de las actuaciones practicadas por el tribunal declarado incompetente, cuando la competencia fuera prorrogable.

Artículo 23. La competencia territorial es prorrogable por mutuo consentimiento expreso o tácito, excepto en los juicios sobre estado civil de las personas.

Hay prórroga tácita:

I. ...
II. ...
III. ...

Artículo 27. Para suplir la licencia marital y para conocer de los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio es juez competente el del domicilio conyugal.

En las acciones sobre anulación o rectificación de actas del Registro Civil será competente el Juez del lugar en que resida el Registrador demandado.

México, D. F., a 30 de agosto de 1948.

LIC. EDUARDO TRIGUEROS

ANEXO 4

Proyecto de ley (de 1899)**

Art. 1o. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros.

Art. 2o. Los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de que habla el artículo anterior, cuando estuvieren legalizados conforme a esta ley, se considerarán documentos auténticos y sufrirán los efectos que según derecho les corresponda.

Art. 3o. Los documentos auténticos pueden ser expedidos en general por autoridades federales o locales, y en particular, ya se trate de éstas o de aquellas, por el Poder Legislativo, por el Ejecutivo o por el Judicial, o por sus respectivas dependencias.

Art. 4o. Se entiende por legalización la declaración que un funcionario público autorizado al efecto, da por escrito al pie de un documento, atestando la verdad de las firmas, puestas en él, así como el carácter de las personas que lo autoricen.

Art. 5o. No necesitan del requisito de legalización, sino solamente llevar

* La ciencia jurídica; revista y biblioteca quincenal de doctrina, jurisprudencia y crítica. México, D. F., 1899, Editor: A. Verdugo, p. 308-313.

** Agradezco al Lic. Manuel Rosales Silva la localización de este valiosísimo material y su autorización para la inclusión en esta ponencia.

estampado el sello de la oficina de que procedan, para el efecto de merecer fe y crédito en el Distrito Federal, en todos los Estados y Territorios de la Federación.

I. Los documentos que acrediten actos públicos, registros o procedimientos judiciales ejecutados por autoridades federales, sean de la clase que fueren.

II. Los documentos auténticos autorizados por los Gobernadores de los Estados, por el Gobernador del Distrito Federal, y por los jefes Políticos de los Territorios también Federales.

III. Las comunicaciones de mera etiqueta o cortesía, expedidas por los Poderes Legislativos o Judicial de los Estados.

IV. Los exhortos que libren los funcionarios judiciales del Distrito Federal, de algún Estado o de los Territorios de la Federación a los de otro Estado o Territorio y los de éstos a los del mismo Distrito Federal, a fin de que se practique cualquier diligencia en la forma prescrita por las leyes; más para que dichos exhortos merezcan fe y crédito y puedan ser diligenciados, llenarán los requisitos que establece el art. 8o. de la presente ley.

Art. 6o. Cualquier otro documento auténtico que no sea de los exceptuados en el artículo que precede, necesita ser legalizado para que pueda surtir sus efectos legales fuera del Estado, Distrito o Territorio en que se haya expedido.

Art. 7o. La legalización se hará en los Estados y en el Distrito Federal, por los Gobernadores y por los Jefes Políticos en los Territorios Federales.

Art. 8o. Todo exhorto judicial se remitirá directamente por la autoridad requeriente a la requerida, por medio de la oficina postal respectiva y con su certificación, bajo cubierta cerrada, sellada y firmada por el Juez o Tribunal que lo remita, por su Secretario o Escribano actuario. Dicho Juez o Tribunal enviará el exhorto al Administrador de la referida oficina de correos, acompañado de un oficio en que se especifique la clase de documento que se le envía, y se designe el juicio o diligencia judicial a que corresponda, así como el nombre de la persona que deba expensar los timbres postales. El exhorto y oficio de remisión se entregarán en propia mano al Administrador de Correos por el referido Secretario o Escribano actuario, quien recabará el recibo correspondiente del mismo empleado, para agregarlo a los autos en que se hubiere decretado la expedición de la requisitoria de que se trate, la cual, una vez diligenciada, será devuelta por la autoridad requerida por igual conducto y con las mismas formalidades.

El recibo que del pliego certificado otorgue la autoridad requerida, expresará la fecha y la hora en que ésta lo haya recibido, y se agregará también a sus autos, de todo lo que se pondrá razón circunstanciada en éstos.

Art. 9o. Bajo su más estricta responsabilidad deberán los administradores o empleados de correos que hicieren sus veces, expedir, sin demora alguna, el curso de los exhortos que se les envíen por las autoridades judiciales, y los particulares que fueren perjudicados por la diligencia o demora de tales administradores o empleados, tendrán acción expedita para exigirles la indemnización correspondiente.

Art. 10o. Los exhortos judiciales producirán los efectos que procedan conforme a derecho, en lo que ve al fondo o contenido de estos documentos, pues las formalidades que previene el anterior artículo no tienen más fin ni producen más resultado que garantizar la autenticidad y procedencia de ellos.

En materia penal, si se tratase de reclamación de criminales o presuntos responsables de algún delito, se atenderá a lo que disponga la ley orgánica del art. 113 constitucionail.

En otra materia cualquiera, teniendo en cuenta la forma de gobierno establecida por el art. 40 de la Constitución Federal, las facultades que según su art. 117, corresponden a los Estados y los principios generales del derecho, se atenderá a lo preceptuado tanto en la legislación que rija en la jurisdicción de la autoridad requeriente, como en la de la autoridad requerida, si fueren conformes. En caso de conflicto entre ambas legislaciones, se procederá como lo determina el art. 12.

Art. 11o. Siempre que conforme a las leyes en que se funde el procedimiento de la autoridad requeriente competa a la requerida practicar la diligencia a que se contraiga el exhorto, ésta deberá obsequiarlo en su calidad de ejecutora, salvo las razones legales que pueda haber en contrario y sin más dilación que la indispensablemente necesaria para la práctica de la misma diligencia.

Art. 12o. En el caso de que la autoridad judicial requerida juzgue que lo que se ordena en el exhorto es contrario a las leyes relativas al derecho públicó que rijan en la localidad en que ejerce sus funciones, lo comunicará dentro del término de tres días la autoridad requeriente. Si ésta insistiere en lo que hubiese mandado, lo hará saber a la otra; más en caso contrario, se resolverá el conflicto por el tribunal y en la vía y forma que dispusieren las leyes.

Art. 13o. Si para providenciar obsequiando o no el exhorto, la autoridad requerida se excediere del plazo de tres días, la autoridad requeriente dará conocimiento de lo ocurrido a su propio superior inmediato, para que éste, por vía de queja se dirija al de la requerida. Si ésta o la requeriente carecieran de superior, la segunda librará a la primera un simple oficio de recuerdo con las mismas formalidades prescritas para la remisión del exhorto, y no contestándolo la autoridad requerida a los tres días siguientes de su recibo, tendrá por preveído el exhorto en el sentido de no obsequiarse, y se procederá como lo dispone el artículo que antecede.

Del mismo modo se procederá cuando el superior comunique que no ha dado resultado la queja al otro superior.

Art. 14o. Las autoridades requeridas no exigirán que comprueben jurídicamente su personalidad los individuos que se presenten a agitar el despacho de las requisitorias; pero si no la acreditasen o no apareciese justificada en el mismo exhorto, no les permitirán que hagan promociones en forma sino que su intervención quedará limitada a las agencias materiales a propósito para

que el exhorto se diligencie sin demora, y a la ministración de las estampillas necesarias.

Art. 15o. El uso de la vía telegráfica cuando no se tratare de la entrega de criminales a que se refiere el art. 113 constitucional, se limitará a los casos urgentes y graves, e implicará la obligación de repetir la requisitoria por correo.

El Secretario o Escribano actuario depositará personalmente el telegrama en la oficina telegráfica, mediante el recibo correspondinte, y el jefe de ella se cerciorará de la autenticidad del despacho por este medio. Dicha oficina lo transmitirá sin retardo alguno a la autoridad requerida, comunicándole a la vez que es auténtico por haber sido entregado por el funcionario o empleado respectivo; y la citada autoridad lo cumplimentará sin esperar la requisitoria que se le envíe por el correo. En el caso de conflicto de legislaciones, procederán ambas autoridades como se dispone en el art. 12.

Art. 16o. Para iniciar de oficio la responsabilidad en que puedan incurrir las autoridades por infracción de la presente ley, bastará el aviso que pase al Juez competente la autoridad que requirió y cuya providencia no fuere obsequiada por la requerida.

Sala de Comisiones del Senado. México, a 25 de Mayo de 1899. A. Lancaster Jones. Ramón Fernández. M. Castellanos Sánchez. C. F. Ayala. R. Dondé.

Al margen: Mayo 25 de 1899. Primera lectura e implímase. Carroso, Senador Secretario.

Es copia. México, a 25 de Mayo de 1899. J. G. Brito, Oficial Mayor.

LOS CONFLICTOS INTERESTATALES EN LA REPÚBLICA MEXICANA

CLAUDE BELAIR M.

INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente ponencia no pretende, de ninguna manera, ser un estudio exhaustivo de todos los conflictos susceptibles de plantearse entre los diferentes Estados de la República, sino un simple informe sobre el estado actual del Derecho positivo mexicano en materia de conflictos de leyes y de competencia judicial, interestatales.

En todo momento, hemos excluido, a propósito, cualquier observación o cualquier discusión relativa al ámbito internacional, con el fin de no provocar confusiones pero con la reserva de abordar dichos temas en las discusiones posteriores en virtud de la estrecha relación que los dos problemas guardan entre sí.

Es evidente que las fuentes relativas a los conflictos interestatales no se limitan a los textos constitucionales. Aquí mismo se ha hablado ya de las diversas normas que figuran en ciertos Códigos de las Entidades Federativas, a los cuales se tiene que agregar algunos textos de tipo Federal así como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

También es evidente que el ámbito del sistema conflictual, objeto de nuestro estudio, se limitará al de las materias reservadas en el sentido del Art. 124 Constitucional, en virtud de que los conflictos susceptibles de plantearse en las demás materias son conflictos de normas que se encuentran, por lo tanto, fuera de nuestro tema.

En consecuencia de lo dicho anteriormente dedicaremos la primera parte del presente trabajo al estudio de los diversos problemas suscitados por las contradicciones, las incoherencias y las lagunas jurídicas provocadas por las diversas interpretaciones que se pueden dar de las fuentes propias del Derecho conflictual Mexicano. En la segunda parte trataremos de formular algunos principios de solución a los diversos problemas planteados, tomando en consideración la organización federal de nuestro país, y el respeto que se debe de tener hacia la identidad propia de cada entidad federativa. Asimismo haremos algunas sugerencias para reformar varios textos tanto constitucional como federales o estatales.

PRIMERA PARTE: SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO MEXICANO EN MATERIA DE CONFLICTOS INTERESTATALES

I. *El problema de la Competencia*

Uno de los más difíciles problemas que encontramos al abordar el tema de los Conflictos Interestatales es el de la competencia, por un lado del Congreso de la Unión y por otro lado de los Poderes Legislativos de las Entidades Federativas. A dicho problema se viene a agregar el de la situación de los extranjeros después de las reformas ocurridas en 1971 en cuanto a su condición jurídica dentro de la República Mexicana.

Estudiaremos pues en primer lugar el planteamiento general del problema, es decir la relación que se debe de establecer entre las normas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las que figuran en los Códigos de los Estados de la República. En segundo término estudiaremos el caso especial de las reglas conflictuales que figuran en las disposiciones preliminares del Código Civil para el Distrito Federal y finalmente analizaremos el caso de los extranjeros es decir el contenido de los artículos 50 y 35 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

A. *Planteamiento general del problema*

En virtud del artículo 73 fracción XVI de la Constitución Federal, el Congreso de la Unión tiene facultad "para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, etc..." El mismo artículo en su fracción XXX otorga también a dicho Congreso facultades "para expedir todas las leyes que sean necesarias, ...y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión". La lectura de las fracciones citadas del mencionado artículo 73 nos lleva a pensar que la materia conflictual no es competencia exclusiva del Congreso Federal. Sin embargo el artículo 121 de la misma Constitución nos dice que: "el Congreso de la Unión, por medio de leyes generales prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:..." Es imposible negar que el artículo 121 constitucional pretende reglamentar los conflictos de leyes y de competencia judicial en el ámbito interno mexicano. En virtud de tal afirmación es nuestra obligación hacernos la siguiente pregunta: ¿El Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en materia de conflictos interestatales en virtud de la relación que existe entre los artículos 73 fracción XXX y el artículo 121 párrafo 1o.? A primera vista podríamos pensar que estamos aquí frente a una de las Facultades implícitas de dicho Congreso. Sin embargo el artículo 121 constitucional al referirse a las facultades del Congreso de la Unión en nuestra materia menciona únicamente los problemas de prueba y de efecto, lo que nos hace pensar que nos encontramos aquí frente a un problema de *derechos adquiridos* y no de *creación de derechos*. En efecto la interpretación literal del primer párrafo del artículo referido no justifica de ninguna manera la intervención del Congreso de la Unión en el proceso de elaboración de reglas de conflicto a nivel federal susceptibles de crear nuevos derechos con aplicación de la ley de un Estado que no sea la *Lex Fori*; además las fracciones que fueron agregadas a la redacción original del artículo 121 pretenden establecer principios generales de solución en cuanto a la creación de nuevos derechos. Pensamos entonces que la materia conflictual es de competencia del Constituyente o del Congreso Constituido y que no existe en la Constitución Federal ninguna atribución de facultades al Congreso de la Unión para legislar, a nivel federal, en nuestra materia, salvo en lo que se refiere a la prueba y a los efectos de los derechos adquiridos conforme a las bases mencionadas en las cuatro siguientes fracciones del mismo artículo.

Tales afirmaciones nos llevan forzosamente a plantearnos el problema de la constitucionalidad de las normas conceptuales que figuran en los diversos Códigos de las Entidades Federativas. Se puede pensar que al no otorgar facultades expresas al Congreso de la Unión el Constituyente de 1917 pretendió reservar la materia conflictual a los Estados de la República. De hecho se puede afirmar que dichas reglas estatales se aplican y que nuestra Suprema Corte jamás ha negado las facultades que afirman tener los Poderes Legislativos Estatales en la materia.

Pensamos que es importante hablar en este momento de nuestra exposición de las posible consecuencias que ha tenido la identificación de la materia de los conflictos de leyes con el Derecho Civil. En efecto dicha identificación que durante largos años imperó en nuestro Derecho Positivo pudo haber llevado las entidades federativas a pensar que la materia conflictual era una materia reservada y que por consiguiente tenían facultades para establecer reglas conflictuales; sin embargo estimamos que dicha identificación que bien pudo haber sido verdadera en cierta época no fue lo que originó el conflicto de competencia entre el Congreso de la Unión y los Poderes Legislativos de los Estados. En efecto al establecer que: "las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio Terirtorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él"; el Constituyente de 1917 no pretendió prohibir a los Estados de la República la elaboración de una reglamentación en materia de conflictos de leyes.

Pensamos, por el contrario, que la intención del Constituyente fue de dejar a los Estados la libertad de elaborar dentro de sus propias leyes normas conflictuales propias a cada uno de ellos. A diferencia del párrafo primero, la fracción I se refiere directamente al problema de la creación de derechos conforme a las leyes de los Estados incluyendo a nuestro parecer reglas de conflicto y normas materiales. Al afirmar que las "leyes de un Estado no podrán ser obligatorias fuera de él" debemos de entender que cualquier Estado podrá aplicar las leyes de otro Estado si así lo prevé su propia legislación y que nadie, en ningún caso podrá reclamar la aplicación de su ley

personal en un Estado que no sea su Estado de origen salvo en el caso en que la ley del Estado en el que se encuentre se lo permita. Se explica así el contenido de la fracción 2a. que obliga a los Estados de la República a incorporar en su legislación una regla de conflicto específica en materia de de muebles e inmuebles como presición a la norma unilateral contenida en la fracción anterior. Pero también se puede interpretar la fracción I de una manera totalmente distinta; a saber que al referirse a las "leyes de un Estado" el Constituyente pretendió hablar única y exclusivamente del Derecho Sustantivo contenido en las legislaciones estatales, negando así por principio la posible existencia de reglas conflictuales en dichas legislaciones. Sin embargo pensamos que tal interpretación es difícil de sostener por las siguientes razones: nunca se ha pretendido que las reglas de conflicto estatales eran inconstitucionales y el hecho de negar a *priori* la existencia de reglas de conflicto a nivel estatal iría en contra del pacto federal; a menos que la intención del Constituyente fuese de resolver de un golpe todos los problemas de conflictos de leyes interestatales, lo que vendría a confirmar el principio de Territorialismo pero que resultaría ser una solución poco respetuosa de la identidad de cada uno de los Estados que integran la Federación.

Por otro lado, y en lo que toca a los conflictos de competencia judicial, pensamos que se pueda afirmar sin riesgos a equivocarse que la Fracción III del artículo 121 Constitucional deja a los Estados la libertad de legislar en la materia. En efecto al precisar el Constituyente que "las sentencias pronunciar con los Tribunales de un Estado... sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes", debemos de entender que existe para los poderes legislativos locales la facultad implícita de reglamentar los procedimientos relativos al *exequiatur* de una sentencia proveniente de un Estado diferente. Constatamos aquí también la diferencia hecha por el Constituyente entre lo que se conoce como *derechos adquiridos* por un lado y *creación de derechos* por otro lado. En virtud de lo dicho anteriormente es factible pensar entonces en la siguiente interpretación general del artículo 121 Constitucional: 1. En lo que se refiere a la creación o adquisición de derechos de derechos el Constituyente se hubiera reservado la facultad de enunciar un principio general de solución al que los Estados de la República tendrían la obligación de apegarse en una perspectiva territorialista o no territorialista. 2. En lo que toca a los derechos adquiridos dicho Constituyente hubiera reafirmado el principio universal de respeto de dichos derechos con la posibilidad para los Estados de reglamentar el procedimiento relativo a la ejecución de las sentencias en virtud de las cuales los derechos adquiridos hubieran sido creados en un Estado diferente al Estado receptor.

B. *Caso específico de los artículos 12 a 15 del Código Civil para el Distrito Federal*

Las reglas conflictuales contenidas en las disposiciones preliminares del Código Civil para el Distrito Federal plantean también varios problemas de contradicciones e incoherencias por las siguientes razones. Dichas disposiciones conflictuales figuran en una parte de dicho Código en la cual la mayoría de las normas establecidas son consideradas como de carácter federal; sin embargo las reglas de conflicto contenidas en los artículos 14 y 15 se refieren única y exclusivamente al Distrito Federal en cuanto a su ámbito de aplicación, lo que nos lleva a considerar que las Entidades Federativas tienen facultades para legislar en materia de conflicto de leyes salvo que los artículos 14 y 15 sean considerados también como anticonstitucionales.

En cuanto a los artículos 12 y 13 de la misma fuente, su constitucionalidad nos parece más que dudosa. En efecto se trata aquí de dos reglas de conflicto unilaterales, expedidas por el Congreso de la Unión, que pretenden ser de aplicación general en toda la República. Hemos visto anteriormente que el Congreso de la Unión no tiene facultades generales para legislar en materia de conflicto de leyes y menos para determinar el ámbito de aplicación de todas las leyes mexicanas, incluyendo las que pertenecen a las materias reservadas. El caso particular del artículo 13 es todavía más trágico en virtud de que atribuye al Código Civil para el Distrito Federal el carácter de Ley Federal en materia de contratos civiles, materia reservada a las Entidades Federativas por la propia Constitución Poltica de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo dispuesto por los dos artículos referidos provoca además serias contradicciones con lo establecido en las mismas materias por las legislaciones de los diferentes Estados de la República, contradicciones que no tienen solución si se pretende que en todos los casos el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en materia conflictual tanto en el ámbito federal como en el ámbito del Distrito Federal.

C. *El caso de los extranjeros*

Las reformas intervenidas durante el año de 1971 en materia de extranjería han venido a complicar aún más nuestro sistema conflictual interestatal. Al someter a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal "la adquisición, cambio o pérdida del domicilio de los extranjeros" el Congreso de la Unión se ha otorgado una facultad que no tiene por ser el domicilio un atributo de las personas y consecuentemente una figura jurídica del Derecho Civil, material reservada. Existe al parecer una gran confusión en cuanto al contenido jurídico de los conceptos de "condición jurídica de los extranjeros", "derechos civiles" y derecho civil. Más aún la Suprema Corte de Justicia de los extranjeros recubre tanto los derechos públicos como los derechos pri-

vados. Esperemos que algún día nuestra Suprema Instancia nos diga con toda claridad lo que se debe de entender por "derechos privados" y "derechos públicos". Hasta el año de 1971 nunca se había pretendido que los problemas de Estado y capacidad de los extranjeros fueran parte de la materia conocida como "condición jurídica de los extranjeros".

Tendremos pues que reformar nuestros planes de estudios para incluir los conflictos de leyes en la referida "condición jurídica de los extranjeros" cuando los sujetos del derecho sean extranjeros. ¿Cuál será entonces el derecho aplicable cuando en un problema de matrimonio uno de los cónyuges sea mexicano y el otro extranjero?; ¿si dicho problema se plantea ante un juez local tendrá que aplicar su derecho local al cónyuge mexicano y el Código Civil para el Distrito Federal al cónyuge extranjero? Nos gustaría conocer la solución propuesta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un problema de estos.

SEGUNDA PARTE: PROPOSICIÓN DE REFORMAS

A fin de poder formular una proposición concreta de reformas a los diferentes textos anteriormente mencionados nos parece indispensable encontrar los orígenes de las contradicciones e incoherencias a las que nos hemos referido en la primera parte, para evitar volver a caer en los mismos defectos.

A. *Orígenes de las contradicciones e incoherencias*

En virtud de los artículos 73 y 124 de nuestra Carta Magna nuestro sistema conflictual interestatal se encuentra dividido en dos ámbitos jurídicos tanto en el terreno legislativo como en el judicial. El Congreso de la Unión tiene prohibido legislar en las materias jurídicas que no figuran expresamente en las diferentes fracciones del artículo 73 pero queda facultado para hacerlo en todas las mencionadas en el mismo artículo. Existe pues en este caso una superposición de facultades en virtud de que el Congreso tiene competencias para legislar en las materias del ámbito federal y al mismo tiempo en las materias reservadas, en el ámbito del Distrito Federal. Por otro lado la ausencia a nivel Constitucional de una referencia específica a la materia de conflictos de leyes deja tanto al Congreso de la Unión como a los Congresos locales la libertad de establecer reglas de conflicto en las materias de su competencia. Así las cosas, el derecho conflictual se ha identificado con las diversas materias en las cuales figuran reglas de conflicto, negándose así el principio de la autonomía del derecho de los conflictos de leyes. Es cierto que el problema de dicha autonoma se ha venido planteando muchos años después de la publicación de la Constitución de 1917; no se puede reprochar pues al Constituyente el hecho de no haber previsto esta evolución del Derecho Internacional Privado el cual, hasta fechas recientes, era considerado todavía como

parte del "Derecho Privado". Pero esta identificación tiene graves consecuencias en el Derecho Positivo Mexicano. Además de la falta de coherencia y de lógica ya mencionada, es el principio mismo del territorialismo mexicano que se ve directamente afectado. En efecto, al dejar al Congreso de la Unión y a los Congresos locales la libertad de establecer reglas de conflicto en las materias de su competencia el Constituyente de 1917 les dio, al mismo tiempo, una posibilidad de prever la aplicación de derecho extraño sobre su propio Territorio, rompiendo así con el principio territorialista.

Sin embargo una interpretación histórica de los artículos 121 Constitucional y 12 del Código Civil para el Distrito Federal nos puede llevar a un resultado totalmente opueto. En efecto es factible que el Constituyente de 1917 haya querido establecer un sistema conflictual territorialista para evitar reclamaciones extranjeras tanto en el plazo estrictamente estatal como en el plano individual, lo que explicará también el cambio radical sufrido por proyecto del Código Civil para el Distrito Federal de 1931, en el sentido que todos conocemos. Pero pensamos que en este caso la técnica legislativa utilizada no fue la adecuada. Es la Constitución Federal el texto que debió ser modificado en primera instancia para prohibir a los Congresos Locales y al Congreso de la Unión legislar en materia de conflictos de leyes y establecer además un principio general en virtud del cual el derecho sustantivo mexicano, tanto federal como local fuese de aplicación obligatoria a todos los individuos que se encuentren sobre territorio mexicano. La redacción vigente del artículo 121 no nos permite establecer de manera segura esta prohibición, y las legislaciones locales, al igual que la federal, siguen conteniendo reglas de conflicto que no tienen todas el carácter territorialista que supuestamente el Constituyente de 1917 hubiera querido implantar. De ahí la necesidad de revisar cuidadosamente todos los textos vigentes en nuestra materia para proceder a las reformas necesarias al establecimiento de un sistema conflictual coherente.

B. *Proposición de Reformas*

Tomando en consideración el sistema conflictual actualmente en vigor, que pretende ser territorialista, sin serlo totalmente, ni en práctica ni en teoría, el primer punto relativo a una reforma debería abordar el tema de la orientación general a seguir, a saber: territorialismo o no territorialismo. Estimamos que tanto este punto como los que abordaremos en seguida deberían ser el objeto de un debate a nivel nacional, es decir de una participación efectiva de las autoridades y especialistas tanto a nivel federal como local.

Es evidente que los textos que deberán ser reformados son los que de una manera u otra reglamentan los conflictos de leyes y de competencia judicial, que sea la Constitución, las leyes federales o los diferentes Códigos vigentes, sin olvidar los artículos 35 y 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

Si se opta por el territorialismo la solución técnica es evidente y ya la hemos dado. Pero si se opta por una solución diferente se plantará el problema de saber si el derecho conflictual deba ser reglamentado únicamente a nivel federal o bien a la vez a nivel local y federal.

Pensamos que un buen principio de solución podría ser el establecimiento a nivel federal de los principios generales del derecho de los conflictos de leyes, incluyendo reglas de conflicto específicas para la solución de los problemas del tipo internacional; en cuanto a las reglas de conflictos propias del ámbito interno dos soluciones son factibles. la primera consistiría en dejar a las Entidades Federativas la libertad de expedir leyes específicas para solucionar los conflictos susceptibles de plantearse en las materias que les son reservadas; en esta óptica el Congreso de la Unión tendría las mismas facultades para expedir un texto semejante en cuanto a las materias federales. La segunda solución partiría del principio según el cual el derecho de los conflictos de leyes es una materia jurídica autónoma y que por consiguiente no puede ser sujeta a la división de nuestro sistema jurídico en dos ámbitos diferentes; por lo tanto todo lo referente a nuestra materia debería ser reglamentado o bien en la Constitución misma o bien en una Ley Federal. En el caso de elegir la segunda solución sería necesario consultar las Entidades Federativas para conocer sus opiniones al respecto y evitar la elaboración de un texto que no tomaría en consideración los particularismos y las identidades propias de cada Estado de nuestra República, sobre todo respecto de una materia como es el Derecho Civil, en la cual dichos particularismos e identidades se encuentran por lo general plasmados.

LOS CONFLICTOS INTERFEDERALES Y EL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL

FERNANDO ALEJANDRO VÁZQUEZ PANDO

El artículo 121 constitucional ha sido analizado desde diversos puntos de vista, pero dado que la disposición se refiere fundamentalmente a la eficacia de actos de autoridad y a la forma de prueba de los mismos, se ha dado poca atención a las implicaciones que la misma tiene en el área de los conflictos de leyes y jurisdicción, a pesar de que varias de sus fracciones parecen tener claras implicaciones al respecto.

En esta comunicación se pretende esbozar algunas de las implicaciones en los ámbitos mencionados y, destacar aquellos otros temas en que la disposición de referencia no parece dar indicación alguna. Es decir, se pretende deslindar el artículo 121 constitucional en materia conflictual, haciendo notar aquellos aspectos en los cuales la disposición mencionada parece plantear exigencias específicas y aquellos en los cuales la disposición no ofrece directriz alguna.

Desde luego, la fracción I es quizá la que plantea mayores dificultades, en tanto parece adoptar un criterio territorialista absoluto, privando de toda eficacia extraterritorial al derecho local; sin duda el término "leyes" debe interpretarse aquí en el sentido de "derecho".

Este principio fundamental puede desde luego llevar a las entidades a adoptar sistemas teritorialistas extremos en materia conflictual, si bien un análisis más detenido de las fracciones subsecuentes hace notar que dicha primera apreciación debe ser matizada.

Desde luego, nada obsta para que una entidad específica a través de su derecho interno prevea la aplicación del derecho de otras entidades en aquellos casos en que el legislador local juzgue pertinente. Lo que parece negar la fracción que se comenta es que el derecho de una entidad pueda pretender obligatoriedad propia fuera del ámbito territorial de esa entidad. Esta primera fracción trae sin duda a la memoria remembranzas del territorialismo que diera lugar a teorías como la de la *Comites Gentium* y los *Vested Rights;* también parece ser una frontera franqueable a través de las ideas de la incorporación en las cuales el derecho de otra entidad adquiere fuerza interna en virtud del derecho interno que determina su aplicabilidad.

Por otra parte, las fracciones I, III, IV y V plantean la necesidad de matizar aun más esa primera impresión.

En efecto, parece evidente que si en un estado hubiera de juzgarse de la validez de actos del estado civil que se han llevado a cabo en una entidad diversa, el juzgador habrá de aplicar el derecho del estado conforme al cual se llevó a cabo el acto respectivo, lo cual quiere decir que en materia de actos del estado civil la ley rectora es la de la entidad en donde el acto se lleva a cabo. Incluso, podría afirmarse que la fracción IV plantea como imperativo el que se tomen en cuenta las normas conflictuales de la entidad en que tal acto se llevó a cabo y que se tomaron en consideración para la realización del acto, pues, el no hacerlo así, podría llevar a dejar sin efecto el acto en contra de la disposición constitucional. Por las mismas razones, la validez de títulos profesionales plantea una situación similar, pues la ley rectora del título es la del estado de expedición, por lo que necesariamente de plantearse un conflicto en cualquier estado con relación a un título profesional, dicho conflicto deberá resolverse conforme al derecho de la entidad en que se expidió el título.

Bastan estas consideraciones para darse cuenta de que el territorialismo de la fracción I va teniendo excepciones, pues en estos dos casos mencionados habrá de aplicarse el derecho de la entidad en que se llevó a cabo ya sea en el acto de estado civil o de la entidad que expidió el título profesional, según el caso, por imperativo constitucional, sin que el derecho interno de las entidades pudiera pretender cosa distinta, so pena de violar las disposiciones constitucionales de las fracciones IV y V del artículo 121.

La fracción II plantea problemas aún más delicados. Desde luego, contiene, una norma conflictual según la cual los inmuebles se rigen por la ley del lugar de ubicación pero, la consabida disposición plantea problemas interpretativos delicados: ¿Qué debe entenderse por inmuebles? ¿La disposición se aplica en el caso de derechos reales solamente, o también en el caso de derechos personales? ¿La ley del lugar de ubicación se aplica también en materia de estado, capacidad y forma?

Algunas de esas preguntas parecen de fácil solución ya que, parece evidente que en el caso de derechos personales no se cae bajo el área de aplicación de la norma conflictual según la cual los bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de ubicación, en tanto los derechos personales no suelen considerarse inmuebles ni aun en el supuesto de referirse a inmuebles.

No obstante, esta solución aparente plantea un segundo problema, en tanto la fracción II adopta la misma norma conflictual en materia de bienes muebles.

Es bien sabida la vieja tendencia a considerar a los derechos personales como bienes muebles, tendencia de la cual se hace eco el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 754, 755, 758, 759 y 760, misma que es seguida prácticamente por los Códigos Civiles de todos los estados, de ahí la necesidad de definir el concepto de bien mueble e inmueble para los efectos del artículo 121 constitucional, cuestión ésta sin duda uno de los aspectos

más a que debe abocarse la aún inexistente ley reglamentaria de la disposición constitucional.

Ante la falta de una reglamentación específica, se plantea la posibilidad de considerar como reglamentaria a para tales efectos al Código Civil del Distrito Federal, pues se impone la necesidad de buscar algunas directrices en la materia. Parece que el punto de partida deberá ser la diferencia entre cosas muebles e inmuebles, entendidas en su acepción común, es decir según puedan o no ser desplazados de un lugar a otro.

También parece lógico considerar inmuebles a los bienes adheridos o unidos en forma permanente o en forma tal que implique la intención de permanencia de las cosas muebles en los inmuebles.

Incluso, parecería lógico calificar como inmuebles a los derechos reales sobre inmuebles, y que tales derechos hayan de regirse necesariamente por la ley del lugar de la ubicación de la cosa inmueble.

En el caso de bienes muebles, el problema es sin embargo más delicado, pues si bien el concepto de cosa mueble no parece ofrecer duda, el analogar los derechos personales plantea problemas delicados.

¿En qué lugar se puede considerar ubicado el derecho a recibir el pago derivado de un contrato de préstamo? La solución de considerar a los derechos personales como bienes muebles, ya en sí misma discutible, se vuelve incomprensible cuando se interroga sobre el lugar de ubicación de tales derechos.

Tal vez podría pensarse que los derechos personales conforme a los cuales el acreedor tenga derecho a la entrega de cosa específica y determinada, se "encuentran" en el lugar de ubicación de la cosa, pero dicha solución plantea más problemas que soluciones.

Supongamos un contrato de arrendamiento celebrado por correspondencia, entre una persona domiciliada en la ciudad de Guadalajara y otra domiciliada en la ciudad de Querétaro, según la cual la primera arrienda a la segunda un automóvil que se encuentra en el Distrito Federal y habrá de entregarse a la arrendataria en Acapulco. ¿En qué medida puede decirse que el derecho personal de la arrendataria a que el bien le sea entregado en Acapulco y a usar dicho bien "se encuentra ubicado en el Distrito Federal"?

Las preguntas anteriores parecen plantear la necesidad de restringir el concepto de bien mueble al de "cosa mueble" y, ampliarlo a los derechos reales sobre cosas muebles. El pretender incluir bajo el concepto de bien mueble a los derechos personales, parece llevar a un callejón sin salida.

Tratando de concretar lo hasta ahora expuesto, parece que las implicaciones conflictuales de las fracciones I, II, III, IV y V del artículo 121 constitucional son las siguientes:

a) Los derechos reales sobre inmuebles y sobre bienes muebles se rigen por la ley del lugar de ubicación.
b) Los actos del estado civil se rigen por la ley del estado en que se lleven a cabo.

c) Los títulos profesionales se rigen por la ley del estado de expedición.
d) Los demás derechos se regirán por las leyes que determinen las normas conflictuales de cada una de las entidades, en la inteligencia de que un estado no podrá pretender la eficacia extraterritorial de sus leyes pero, sí podrá establecer la aplicabilidad de las leyes de otras entidades cuando lo juzgue pertinente.

Lo que llevamos dicho pone de manifiesto que, por una parte el artículo 121 constitucional tiene claras implicaciones en materia de conflicto de leyes pero, por otra parte, sus disposiciones llevan en ocasiones a la necesidad de interpretaciones correctivas (bienes muebles e inmuebles) y dejan sin directriz una serie de temas, como, por ejemplo:

a) derecho aplicable en materia contractual.
b) derecho aplicable en materia de estado y capacidad.
c) derecho aplicable en materia de responsabilidad por acto ilícito.

En realidad, las fracciones IV y V parecen ser más bien ecos del concepto "respeto a los derechos adquiridos", que disposiciones conflictuales.

La fracción III se refiere a cuestiones de competencia judicial y, de la misma parecen desprenderse con claridad los principios siguientes:

a) En materia de derechos reales o bienes inmuebles son competentes los tribunales del lugar de ubicación del bien. Esa competencia será exclusiva cuando así lo dispusieran las leyes de la entidad respectiva.
b) En materia de derechos personales, son competentes los tribunales a que el demandado se hubiera sometido expresamente y, en su defecto, los tribunales del domicilio del demandado.

Estos dos criterios en materia de derechos personales parecen implicar competencia exclusiva, por lo que todo intento de ampliarlos resultaría exhorbitante. Sin embargo, la disposición constitucional no resuelve el problema en el caso de pluralidad de deudores cuando no hubiere sumisión expresa y estuvieran domiciliados en distintos lugares. Es bien sabido que, las legislaciones locales suelen considerar competentes a prevención a los tribunales de cualquiera del domicilio de cualquiera de los demandados, solución ésta que parece adecuada, aunque podría plantear dudas en cuanto a su constitucionalidad.

EL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO MERCANTIL

WALTER FRISCH PHILIPP

I. *La descentralización establecida en el Artículo 121 Constitucional*

La Teoría General del derecho ("Teoría Pura" de Hans Kelsen) distingue entre la descentralización en el ámbito de validez local, por una parte, y en el ámbito de validez material, por la otra. De estos dos tipos conduce el primero a la creación de entidades territoriales descentralizadas, prácticamente los Estados miembros, y el segundo a materias exentas del poder estatal central.

En vida jurídica se combinan los dos tipos de descentralización debido a que se atribuyen en las constituciones federales ciertas materias legislativas (ámbito de validez material) a determinados Estados miembros (ámbito de validez local). Esta sistematización se refiere a *los efectos* de la descentralización.

En nuestra Constitución Federal, los artículos 73 y 124 se relacionan con la descentralización en el ámbito de validez material y el artículo 43 que contiene las partes integrantes de la Federación, con la descentralización en el ámbito de validez local.

El artículo 121 del pacto federal regula el funcionamiento resultante de los dos elementos descentralizadores referidos.

Por lo que se refiere *al modo* de obtener la descentralización, se distingue entre los medios de la institución de órganos descentralizados, por ejemplo los legisladores locales, por una parte, y la atribución y delimitación correspondiente relativas a las materias repartidas entre el poder central y el descentralizado, por la otra parte. De estos dos medios tienen el primero carácter formal y el segundo aquel de fondo sustantivo.

El artículo 121 Constitucional tiene por objeto el segundo medio, especialmente la delimitación funcional entre las esferas descentralizadas mismas. En este aspecto se manifiesta el carácter del artículo 121 como factor de reglamentación o armonización entre las entidades federativas en cuanto al ejercicio de sus competencia estáticamente fijadas en los otros artículos Constitucionales aludidos. Desde el punto de vista del derecho conflictual, el artículo 121 es la fuente Constitucional relativa al derecho interlocal mexicano.

II. *Los derechos civil y mercantil como fuentes primarias*

Dado el carácter federal del derecho mercantil (artículo 73, fracción X Constitucional) parece a primera vista que no hay contacto alguno entre la fun-

ción de tal derecho, como fuente primaria, y el derecho interlocal mexicano. Pero, sí se piensa en los actos mercantiles unilaterales también considerados como mixtos, es decir en los cuales el negocio solamente tenga para una de sus partes carácter de comercio, para la otra, sin embargo, carácter civil, se plantea un engranaje entre los derechos civil y mercantil, los dos como fuentes primarias, no supletorias.

Comprendemos la palabra "comercio" usada en la fracción X del artículo 73 Constitucional, antes mencionado, no solamente en el sentido de normas mercantiles que tienen por objeto relaciones comerciales particulares, como los actos de comercio, sino también en aquel de normas mercantiles con carácter público, como el artículo 54 del Código de Comercio que establece los requisitos "para ser corredor".

Sin embargo, no obstante este concepto más amplio del "comercio" atribuido a la competencia del legislador federal ordinario según la disposición Constitucional referida, debemos tomar en cuenta el concepto de dichos actos mixtos (Mantilla Molina "Derecho Mercantil", México, D. F., 1980, apartado 90). La situación relativa a tal concepto se presenta por ejemplo en los casos en que la operación sí tiene carácter de acto de comercio para el enajenante según las primeras dos fracciones del artículo 75 Cod.Com., pero no para el adquirente que hace la adquisición para fines particulares no previstos en las normas mercantiles citadas. Como sostiene correctamente el autor citado, en tales situaciones se determinarán las obligaciones de la persona cuya actuación fuere calificable como acto de comercio, según las normas mercantiles, en tanto que a las obligaciones del otro sujeto cuya conducta no tuviere tal calificación, se aplicarán las normas civiles.

De esto resulta claramente que el concepto de "comercio", como campo legislativo federal, no es aplicable a todo el "acto mixto" y que la "parte civil" de tal acto está sometida a la competencia civil que es de los legisladores locales (artículo 124 Constitucional).

Dentro de los diversos Códigos Civiles mexicanos se aplicará a la "parte civil" de dichos actos mixtos aquel ordenamiento que resulte como señalado en la *lex fori*, es decir en el Código Civil vigente en la entidad federativa de la autoridad judicial que conozca el asunto. Esta *lex fori* es aplicable no solamente a cuestiones de calificación sino también respecto a normas conflictuales y sustantivas.

Correspondientemente al orden jerárquico del derecho, las normas conflictuales contenidas en los Códigos Civiles mexicanos deben ser compatibles con las "bases" fijadas en el artículo 121 Constitucional relativas al derecho interlocal mexicano.

De estas bases nos referiremos en las siguientes líneas a las dos primeras fracciones del artículo 121. Por medio de la primera fracción el Constituyente quiere excluir excesos entre los legisladores locales. La prevención efectuada al respecto puede ser interpretada en un sentido formal y también en otro de contenido o fondo. Según el primero se prohíbe que el legislador local A im-

ponga a los poderes ejecutivo y judicial del Estado miembro B la aplicación de las leyes del primero, limitándose así la prohibición Constitucional a excesos de competencia sin que se entre al fondo o contenido normas legales locales. Sin embargo, no creemos que el Constituyente se haya contentado con una prevención de este tipo sino que además prohibió excesos de fondo por medio de los cuales se crearían leyes locales con un contenido incompatible con la soberanía local de otra entidad federativa. Este modo de interpretación más satisfactorio para una convivencia federal ya se confirma en la segunda fracción del artículo 121 Constitucional donde el Constituyente extiende sus bases interlocales a un tema del derecho interlocal, es decir el estatuto real. Así se manifiesta la voluntad del legislador Constitucional consistente en que sus "bases" se extiendan al fondo de este sector conflictual.

La intención constitucional no encontró, como creemos, una expresión terminológicamente satisfactoria a la luz del mecanismo conflictual. Opinamos al repecto que la prohibición fijada en la fracción comentada, según la cual "las leyes de un Estado sólo tendrá efecto en su propio territorio, y por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él", es demasiadamente amplia, si pensamos, por ejemplo, en las posibilidades de que el código civil del Estado A contenga disposiciones relativas a los efectos jurídicos de negocios jurídicos celebrados en el mismo Estado cuyos efectos se realicen, sin embargo, en el Estado miembro B, o que en las leyes del Estado A se encuentren normas relativas a la capacidad de ejercicio (mayoría de edad) de sus habitantes también para los casos que éstos efectúen actos jurídicos en el Estado B. Por tal motivo, nos parece la fracción comentada como incompleta y requiere una reglamentación a través del legislador federal ordinario en la cual se establezcan en forma más concreta y adaptada a los lineamientos conflictuales disposiciones de delimitación entre las entidades federativas para evitar los excesos prohibidos en la fracción I en una forma jurídicamente no suficientemente concretizada. Esta reglamentación ya se encargó desde el año 1917 por el Constituyente al legislador federal ordinario, pero ella no encontró hasta ahora cumplimiento de modo que se plantea en esta relación la cuestión de las "Omisiones del Legislador Ordinario como Inconstitucionalidad" sobre la cual tratamos en una publicación del año 1970. Tenemos la impresión que también por parte de otras personas se dio cuenta del carácter no suficientemente concretizado de la fracción comentada en cuanto a su aplicación directa. Así, por ejemplo, establece el artículo 1 del Código Civil del Estado de Michoacán: "Este Código regirá en el Estado de Michoacán de Ocampo; *pero podrá aplicarse a actos y contratos que se verifiquen fuera del territorio del Estado en los casos establecidos por el Derecho Internacional Privado*".

La segunda fracción del artículo 121 Constitucional somete los bienes muebles e inmuebles al derecho vigente en el lugar de su ubicación. Esta disposición tiene según su texto literal un radio de acción muy amplio. En primer lugar se trata en esta relación de cuestiones de calificación relativa a los conceptos de tales bienes, sus carácteres como muebles o inmuebles, corporales

o no corporales. Si interpretamos en forma literal la fracción comentada la calificación está sometida a la *lex rei sitae* fijada en la disposición Constitucional. Si se comparte este criterio se presenta una excepción del principio generalmente reconocido y aplicado según el cual la calificación se efectúe con base en la *lex fori*.

La fracción comentada no distingue entre derechos reales y otros derechos relacionados con bienes, motivo por el cual se plantea en este aspecto una cuestión desde el punto de vista del derecho conflictual máxime que según los principios reconocidos solamente los derechos reales están sometidos a la *lex rei sitae* y que, precisamente por tal razón, los legisladores conflictuales modernos establecen normas expresas por medio de las cuales se incluyen, en su caso, derechos no reales a la *lex rei sitae*.

Importante nos parece también la relación entre la *lex rei sitae* fijada en la norma constitucional comentada y en los Códigos Civiles mexicanos, por ejemplo en los artículos 12 del Código Civil del Estado de Jalisco y 14 de aquel del Distrito Federal, y el estatuto conflictual de las *formas* de actos jurídicos, por ejemplo artículos 13 del Código Civil del Estado de Jalisco y 15 de aquel del Distrito Federal, es decir si la *lex rei sitae* tiene preferencia frente a la *lex loci actus* en cuanto a requisitos de forma. No se encuentra —a diferencia de reglamentaciones conflictuales modernas— una decisión expresa al respecto en la norma constitucional comentada. Sin embargo, según su texto se puede pensar en una prevalencia de la *lex rei sitae* frente a la *lex loci actus*. Un ejemplo tomado de la práctica presentan en esta relación los contratos de hipoteca celebrados en el extranjero relativos a bienes ubicionados en la República mexicana. Según nuestra opinión, los contratos mencionados están sometidos en forma completa a la *lex rei sitae*, inclusive su forma. A esto corresponde el artículo 3006 del Código Civil para el D.F. en suversión actual distinta del artículo 3005 anterior, el último en su versión previa a su modificación por la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de enero de 1979.

A pesar del punto de contacto extranjero que tales contratos tienen sostenemos —probablemente a diferencia de otros autores mexicanos, por ejemplo el maestro José Luis Siqueiros— que en estas situaciones relacionadas con actos extranjeros se aplicará aquel código civil mexicano, en el cual esté ubicado el bien respectivo de modo que el Código Civil para el Distrito Federal no tiene preferencia a los otros Códigos máxime que en este aspecto no se trata de "asuntos del orden federal" respecto a los cuales según el artículo 1 del mismo Código éste rige en toda la República. Dada la diferencia que se presenta entre los Códigos Civiles mexicanos en cuanto a unos puntos de su contenido, la aplicación del Código Civil del D.F. o, por ejemplo, la del Código Civil del Estado de Jalisco puede conducir a resultados muy distintos en cuanto a la aplicación de contratos celebrados en el extranjero con respecto a bienes situados en el territorio mexicano. Así por ejemplo el Código Civil del D.F.

admite en sus artículos 2893 y siguientes la hipoteca no solamente respecto a sus bienes inmuebles sino también a muebles, en tanto que el artículo 2822 del Código Civil para el Estado de Jalisco se limita en esta relación a bienes inmuebles. Esta distinción se manifiesta también respecto a la forma de la constitución de la hipoteca en lo siguiente: Según el Código del Estado de Jalisco se requiere al respecto la forma de contrato, en el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 2920), sin embargo, se permite no solamente la forma contractual sino también aquella de constitución unilateral por el propietario del bien respectivo, como destacó la H. Suprema Corte en su resolución de 2 de julio de 1976, amparo directo No. 1338/1975, reproducida en "El Foro", No. 10/1977, páginas 106 y siguientes.

Por último nos referimos a la relación entre la *lex rei sitae* establecida en la fracción II del artículo 121 Constitucional y el artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización. Según el último artículo las relaciones jurídicas de extranjeros están sometidas en forma exclusiva a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que tienen para tal objeto carácter de federales y serán obligatorios en toda la unión. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en Tesis Jurisprudencial del Pleno, Informe de dicha Corte correspondiente al año de 1973, primera parte, Pleno, páginas 248 y siguientes, que dicha norma del artículo 50 no se limita a derechos públicos de los extranjeros sino que comprende también los derechos privados. Respecto al fundamento constitucional la Suprema Corte se apoya para tal objeto en el artículo 73, fracción XVI Constitucional. Se plantea, por lo anterior, la cuestión de que si la disposición contenida en el artículo 50 o el principio de la *lex rei sitae* de la fracción II del artículo 121 Constitucional tiene aplicación preferente en cuanto a hipotecas, que se constituyan sobre bienes inmuebles ubicados en el territorio nacional cuyos propietarios sean extranjeros. Opinamos que se aplique la *lex rei sitae* establecida en la Constitución y en los diversos códigos civiles mexicanos también en cuanto a bienes pertenecientes a extranjeros dado el rango superior de la norma Constitucional frente al artículo 50.

III. *El derecho civil como fuente supletoria del derecho mercantil*

Opinamos respecto a esta cuestión tan discutida en la doctrina mercantil mexicana, que el Código Civil para el Distrito Federal es la única fuente supletoria del derecho mercantil en toda la República, por las siguientes razones:

El Código de Comercio no da base expresa para resolver el problema. Consideramos que el artículo 1 del Código Civil para el Distrito Federal puede servirnos como fuente.

Fue promulgado por el Poder Ejecutivo con el refrendo constitucionalmente exigido para la validez de leyes federales, según el artículo 92 de la Constitución Federal, exigencia que destacó la Suprema Corte de Justicia en sus tesis recaídas en los amparos en revisión 9054/950, 1860/951 y 4509/951.

Las normas de este ordenamiento pueden tener, por ende, carácter federal y local (artículos 92, 73, VI y 50 de la Constitución Federal). Según el contenido concreto de cada una de ellas puede deducirse si el legislador ha creado normas de carácter federal o de carácter local. Para determinar lo anterior debe acudirse a las reglas de competencia constitucional fijada en los artículos 73 y 124 constitucionales. Así se puede concluir, por ejemplo, que las disposiciones anteriormente existentes en el Código respecto de la materia del derecho de autor (artículos 1181 a 1280) fueron creadas como federales y que el artículo 2695 del mismo Código, que de conformidad con el artículo 4 LSM dispone que las sociedades mercantiles podrán tener también objeto extramercantil, es norma federal.

Por lo que se refiere al artículo 1, objeto de nuestro comentario, tiene carácter parcialmente federal, cuando señala que "las disposiciones de este Código regirán ... en toda la República en asuntos de orden federal".

Un análisis del contenido de esta norma nos conduce a dos grupos de disposiciones a las que puede atribuirse el carácter federal de referencia, como lo mostraremos en seguida.

El primer grupo dentro de normas federales se refiere a las disposiciones habidas en el código que, según su contenido, son de carácter federal y respecto de las cuales el artículo 1 quiso destacar su vigencia para toda la República. (Véanse los ejemplos mencionados).

Por lo que se refiere al segundo grupo, se trata de normas civiles que aplicarse a una ley federal (verbigracia: una ley mercantil) adquieden carácter como "normas implícitas" en su relación con las disposiciones federales; es federal, en la medida en que tales normas supletorias no provistas de contenido federal propio (artículos 73, 124 de la Constitución Federal puedan ser aplicadas en el ámbito de las normas federales de cualquier contenido, como "normas implícitas" en su relación con las disposiciones federales; es decir, que las normas federales pueden, en el caso concreto de su regulación, apoyarse en la competencia constitucional (artículo 73, fracción XXX de la Constitución Federal), a fin de que las normas civiles respectivas puedan regular, en forma más eficaz y completa, el caso previsto por la norma federal. Con base en esto, el legislador federal ordinario creó en la parte comentada del artículo 1 del Código Civil; es decir, en la parte que denominaremos federal de dicha norma, una ley reglamentaria del artículo 73, fracción XXX Constitución, de modo que respecto de cualquier ley federal ordinaria que requiera una regulación civil supletoria (como por ejemplo, la Ley General de Sociedades Mercantiles o el Código de Comercio) se pueden aplicar las disposiciones civiles del Código Civil para el Distrito Federal. Una excepción a esta situación, basada en la parte federal del artículo 1 del Código Civil para el Distrito Federal, la ofrecen los casos en los que el legislador federal dispone *expresamente* la aplicación supletoria del Código Civil del Distrito Federal, como por ejemplo: en el artículo 2, fracción IV de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito o en aquellos en los que el legislador federal dispone la aplicación supletoria de un código civil local.

La situación jurídica expuesta, tiene como consecuencia que en el ámbito del derecho mercantil, según la remisión de los artículos 2 y 81 del Código de Comercio, será aplicable siempre y exclusivamente el Código Civil para el Distrito Federal y ningún otro de alguno de los Estados.

Podemos destacar, por ende, el carácter federal de la ley reglamentaria, es decir, del artículo I y afirmar que este precepto puede determinar su propia aplicación en la medida antes referida, pese a que las disposiciones del Código Civil tienen, en su caso, la calidad de normas incorporadas a una ley, que es la ley incorporante, por ejemplo el Código de Comercio.

Esto significa que el legislador federal ordinario, en su calidad de creador de la parte respectiva del artículo 1 del Código comentado, puede, por ejemplo, atribuir al Código de Comercio los preceptos; es decir, las disposiciones del Código Civil, que deberán ser incorporadas a pesar de que el legislador mercantil no haya efectuado en el artículo 2 del Código de Comercio la remisión al Código Civil para el Distrito Federal. Una función análoga del Código Civil se presenta en relación con reglamentos federales, por ejemplo el artículo 6 del Reglamento del Registro Público Marítimo Nacional donde se refeire al "Derecho Común" como fuente supletoria (D.O., 29 de agosto de 1980).

Con fundamento en la situación jurídica expuesta, resulta una excepción a la regla existente en el ámbito del conflicto de leyes, según la cual, la norma incorporante tiene la competencia exclusiva de elegir y de determinar la norma incorporada. Si se interpretaran los artículos 2 y 81 del Código de Comercio en el sentido de que remiten al derecho civil de cada entidad federativa, de modo que los códigos civiles locales fueran aplicables como fuentes supletorias del Código de Comercio, replicaríamos que las normas mercantiles citadas fueron derogadas por el artículo 1 del Código Civil del Distrito Federal por tratarse de una norma posterior.

No hay duda acerca de la constitucionalidad del artículo I del Código Civil del Distrito Federal, dado que debe ser interpretado como norma reglamentaria del artículo 73, XXX de la Constitución Federal, en los casos en que la materia civil, que es en general de tipo local, funcione como campo supletorio o anexo de otra materia principal que sea de tipo federal, de modo que el legislador federal ordinario puede legislar en tals situaciones previstas en el artículo 73, XXX de la Constitución Federal en la materia civil como ya se expuso.

Criterios judiciales respecto a la fuente supletoria:

La anteriormente mencionada aplicación supletoria exclusiva del Código Civil del Distrito Federal, en el ámbito del Código de Comercio, con exclusión de los códigos civiles de los Estados miembros, fue sostenida por la Suprema Corte de Justicia en sus tesis de amparo directo 4871/1965 del 30 de octubre de 1967, publicada en Tercera Sala, sexta época, volumen CXXIV, cuarta

parte, página 52 (reproducida en Mayo, Actualización II, Civil, página 780; tesis 1488), de amparo directo 5036/66 del 7 de abril de 1967, Tercera Sala, sexta época, volumen CXVIII, cuarta parte, página 80 y Tercera Sala, informe 1967, página 23, de amparo directo 1109/1971 de 29 de enero de 1973. Tercera Sala, séptima época, volumen 49, cuarta parte, página 51, Mayo Ediciones, actualización IV civil, tesis 2492, y en su criterio jurisprudencial, jurisprudencia 244 (sexta época), página 761, sección primera, volumen Tercera Sala, apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 (Mayo, Act. I, civil; tesis 1679, página 837). Un criterio opuesto a lo anterior resulta de la resolución de la Suprema Corte de 6 de marzo de 1964, amparo directo 7205/1957, Tercera Sala, sexta época, volumen LXXXI, cuarta parte, página 157 (Mayo, Act. I, civil, tesis 1960, página 962).

Criterios doctrinarios respecto a la fuente supletoria:

Con relación a la aplicabilidad del derecho civil como supletorio del mercantil, encontramos en la doctrina mercantil de México las siguientes opiniones:

Barrera Graf ("Tratado de Derecho Mercantil", pp. 16 y ss.), sostiene el criterio de "que en los casos de lagunas del derecho mercantil debemos acudir para llenarlas al código civil local que sea aplicable; es decir, el del Distrito Federal o al del Estado de la Federación en cuyo territorio se perfeccione la relación jurídica respectiva". A esta opinión contraria a la nuestra, replicamos con nuestras anteriores exposiciones.

Roberto L. Mantilla Molina ("Derecho Mercantil", México 1980, apartados 50, 51) sostiene la aplicabilidad supletoria de "la ley civil del Estado, Distrito o Territorio Federal en donde se perfecciona la relación jurídica que se trata de regular...", lo que es también contrario a nuestra opinión.

Si este último autor dice que "no se justifica un cambio en la interpretación del artículo 2 del Código de Comercio, cuando ni directa ni indirectamente se ha modificado su texto", nosotros contestamos, refiriéndonos al artículo 1 del Código Civil del Distrito Federal, que, en tanto norma posterior creada por el legislador federal frente al Código de Comercio como norma anterior, pudo tener un efecto derogatorio.

Si dicho autor opina que "en asuntos del orden común el Código Civil rige sólo en el Distrito Federal, según dispone expresamente su artículo 1...", creemos que precisamente el mencionado artículo 1 atribuye también al Código Civil referido calidad de federal, en la medida en que funciona como fuente supletoria de una ley federal, como se desprende de nuestro análisis expuesto con anterioridad.

Raúl Cervantes Ahumada ("Derecho Mercantil", primer curso, México, D.F., 1980, p. 26), comparte la opinión de Mantilla Molina y de Barrera Graf.

Rodríguez y Rodríguez ("Curso de Derecho Mercantil", 9a. edición, México, 1971, t. I, p. 21), sostiene que por derecho común se entiende el derecho civil y que el único código supletorio de la ley mercantil será el Código Civil del Distrito Federal, con lo que este autor, coincide con nuestra opinión.

DERECHO COMPARATIVO DE LAS REGLAS DE CONFLICTOS DE LEYES CONTENIDAS EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS MEXICANAS

PATRICK STAELENS

El tema de este encuentro es el artículo 121 Constitucional, es decir, los conflictos de leyes interestatales. La importancia y la complejidad de tal artículo explica la gran variedad de ponencias que se han presentado en el curso de este seminario. Quiero también agradecer a los organizadores por haber seleccionado un tema que siendo de sumo interés había sido poco explorado hasta la fecha.

Como se dijo el tema es amplio y antes que nada queremos delimitar nuestro trabajo: Nos proponemos realizar un estudio comparativo de los Códigos Civiles de los Estados, es decir, que delimitamos nuestro estudio a las únicas reglas de conflictos contenidas en los varios Códigos Civiles entonces nuestra ponencia por una parte no abarca las reglas de competencia judicial y por otra parte los otros textos de las Entidades Federativas no han sido estudiados.

En una primera parte, expondremos los resultados de nuestra investigación que agruparemos en cuatro puntos: estado y capacidad de las personas, efectos de los actos y contratos, situación de los bienes, formas de los actos.

En la segunda parte del presente trabajo, trataremos de interpretar los resultados conseguidos y subrayaremos la existencia de dos tipos de contradicciones en el sistema actual. Primero, contradicciones entre legislaciones de varios estados entre sí, segundo, contradicciones o incoherencias entre legislaciones estatales y disposiciones del artículo 121 de la Constitución.

Después llegaremos al punto esencial de nuestro trabajo: Uno de los resultados de la investigación es la unanimidad de los Estados en incluir reglas de conflicto en sus Códigos Civiles, plantearemos entonces el problema de la competencia de los Estados en la materia.

Por último, nos esforzaremos en hacer algunas propuestas con el fin de aliviar el sistema interestatal actual.

I. *Los resultados de la investigación*

Para realizar el presente trabajo hemos consultado los Códigos Civiles de veintinueve Estados, no hemos logrado localizar los Códigos de los Estados siguientes: Baja California Sur, Chiapas, Nayarit.

Hemos agrupado las reglas de conflicto de esos Estados en cuatro cuadros correspondientes a cuatro variables:

1. Estado y Capacidad de las personas.
2. Efectos de Actos y Contratos.
3. Bienes.
4. Formas de los actos.

En estos cuadros, cada estado está representado con números correspondiente al orden siguiente:

1. Aguascalientes.
2. Baja California.
3. Baja California Sur.
4. Campeche.
5. Coahuila.
6. Colima.
7. Chiapas.
8. Chihuahua.
9. Durango.
10. Guanajuato.
11. Guerrero.
12. Hidalgo.
13. Jalisco.
14. Estado de México.
15. Michoacán.
16. Morelos.
17. Nayarit.
18. Nuevo León.
19. Oaxaca.
20. Puebla.
21. Querétaro.
22. Quintana Roo.
23. San Luis Potosí.
24. Sinaloa.
25. Sonora.
26. Tabasco.
27. Tamaulipas.
28. Tlaxcala.
29. Veracruz.
30. Yucatán.
31. Zacatecas.
32. Distrito Federal.

Los resultados de la investigación son los siguientes:

1. Estado y Capacidad de las personas:

TEXTOS	ESTADOS
Las leyes del Estado, incluyendo las que se refieren al Estado y Capacidad de las Personas, se aplican a todos los habitantes del Estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en él o sean transeúntes.	1-2-4-5-8-9-11-14-16-19-21-22-30-15.
Para extranjeros, las Leyes Federales, Convenios o Tratados internacionales.	6-10-12-13-25-28-29-31.
Las Leyes del Estado y las demás Leyes Mexicanas en su caso y siempre que no sean contrarias al orden público...	18-24
Las Leyes concernientes al Estado y Capacidad de las personas, son obligatorias para los poblanos o mexicanos del estado aun cuando residan fuera del Estado respecto de los actos que deban ejecutarse en todo o en parte en el mismo Estado.	20-23.
Las Leyes Mexicanas, incluyendo las que se refieren al Estado y Capacidad de las personas se aplican a todos los habitantes de la República y...	26-32.
Las acciones personales que no afecten a la posesión de bienes inmuebles quedarán sujetos a las leyes del lugar donde ocurra el acto que les haya dado origen.	27.

De este cuadro hay que subrayar los resultados siguientes:

a) 27 Estados contienen una regla de conflicto de tipo territorialista.
b) Puebla y San Luis aplican el sistema de la Ley Personal. Tamaulipas instituye un sistema similar sin embargo el título del capítulo que incluye tal norma es "Territorialidad de las Leyes del Estado".
c) 7 Estados hacen la distinción entre Nacionales y Extranjeros para aplicar a esos últimos las Leyes Federales.

2. *Efectos de los Contratos.*

TEXTOS	ESTADOS
Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el Extranjero que deban ser ejecutados en el Territorio del Estado se regirán por las disposiciones de este Código.	2-6-8-9-10-11-12-13-14-15-16-19-21.
... disposiciones del Código Civil para el D y T F, en materia común y para toda la República en Materia Federal.	5-18.

... las disposiciones del Código Civil Vigente en Materia Federal.	4.
... y por las Leyes Federales en su caso.	25-29-31.
... en cuanto no se opongan a las disposiciones contenidas en el Código Civil para el D y T F que rige en la República en Materia Federal.	24.
Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del Estado, pero dentro del Territorio Nacional...	1.
Actos y Contratos celebrados en el Estado se regirán por las disposiciones de este Código.	26.
Las obligaciones y derechos que nazcan de los Contratos o Testamentos otorgados en el Extranjero, por Mexicanos del Estado, se regirán por las disposiciones de este Código en caso de que dichos actos deban cumplirse en la referida demarcación. Idem Poblanos en lugar de Mexicanos del Estado.	20-23.
Art. 15. Si los Contratos o Testamentos de que habla el artículo anterior fueren otorgados por un E y hubieren de ejecutarse en el E será libre el otorgante para elegir la ley a que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto al interés que consista en bienes muebles.	
Art. 15. Los efectos de los negocios jurídicos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio del Estado se regirán por las Leyes Federales.	
Art. 16. Los efectos jurídicos de los negocios o contratos celebrados en cualquier parte de la República que deban ejecutarse en el Estado se regirán por las disposiciones de este Código.	
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.	32
Ninguna disposición.	30.
Art. 8. Los actos que ocurran en los demás E. de la Rep., o en el E., tendrán en el E. de Tam. los efectos que las leyes de este determinen.	27.
I. Los actos que ocurran dentro del E. de T. quedan sujetas a las leyes del mismo, exceptuando los casos a que se refieren las dos siguientes fracciones;	
II. Las controversias que afecten a la posesión de los bienes inmuebles, se resolverán conforme a las leyes vigentes en el lugar de su ubicación;	
III. Las acciones personales que no afecten a la posesión de bienes inmuebles, quedarán sujetas a las leyes del lugar donde ocurra el acto que les haya dado origen.	

OBSERVACIONES.

El Art. 13 del D.F. da competencia al Código Civil del D. F. para los contratos ejecutados en la República.

7 Estados reconocen la competencia de las Leyes Federales, o del Código Civil para el D.F.

2 Estados diferencian los contratos celebrados dentro de la República y los Contratos celebrados en el Extranjero.

3. *Bienes*:

TEXTOS	ESTADOS
Los bienes inmuebles sitos en el Estado, y los bienes muebles que en el mismo se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.	1-2-4-5-6-8-9-10-11-13-14-16-17-18-21-24-26-29-30-31-32-22.
... salvo lo dispuesto por las Leyes Federales.	12.
... y por las Federales en su caso.	19-25-28.
... se regirán por las Leyes Mexicanas.	23.
... aun cuando los dueños sean de otras entidades.	21.
dueños o poseedores.	29.
15-20-23. los bienes inmuebles.	
II. Las controversias que afecten a la posesión de bienes *inmuebles*, se resolverán conforme a las leyes vigentes en el lugar de su ubicación.	27.

Observaciones.

a) 26 Estados asimilan los bienes inmuebles y los bienes muebles, 4 Estados no mencionan en sus artículos los bienes muebles.

b) 19 Estados dan competencia exclusiva a las Leyes del Estado para regular la situación jurídica de los bienes inmuebles y muebles ubicados dentro del territorio.
5 Estados no dan competencia exclusiva a las Leyes del Estado.

4. *Forma de los actos.*

TEXTOS	ESTADOS
Los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros, residentes fuera del Estado quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de... ejecución en la mencionada demarcación. demarcación.	1-2-4-5-6-8-9-10-11-12-13-14-15-18-19-23-24-26-28-29-30-22-20-27-32.
... sin embargo, los residentes fuera del Estado ...	21.
...x requisito de inscripción el Registro Público de la Propiedad para bienes inmuebles ubicados en el Estado.	16-25-31.

En cuanto a este último elemento, las varias regulaciones estatales son más similares. Sin embargo 3 de ellas (Morelos, Sonora, Zacatecas) incluyen el requisito de la inscripción para los inmuebles.

II. *Interpretación de los resultados.*

A partir de los resultados de nuestra investigación podemos formular algunas observaciones.

En términos generales, no existe uniformidad de resolución dada a los elementos que hemos escogido para nuestro estudio. Al contrario las soluciones varían de un Estado al otro y esta divergencia lleva a contradicciones.

Con el fin de dar más claridad a nuestra ponencia dividiremos estas contradicciones en dos tipos:

Por una parte las contradicciones que existen entre las leyes de los Estados entre sí.

Por otra parte las contradicciones entre las legislaciones de algunos estados y el artículo 121 Constitucional.

II. 1. *Contradicciones entre legislaciones estatales.*

Las mayores contradicciones, a nuestro parecer, son en primer término las existentes en materia de Estado y capacidad de las personas entre el Art. 12 del Código Civil para el D.F. y las disposiciones sobre la materia contenidas en los otros Códigos. En particular las legislaciones estatales aplicando la ley personal, este sistema puede en efecto llegar a la aplicación de un Derecho Extranjero. Sin embargo, podemos considerar que por leyes mexicanas se entiende las reglas de conflicto así como el derecho substantivo, en tal hipótesis

no existe ninguna contradicción, el Art. 12 indica de manera indirecta que los conflictos de leyes están resueltos por la legislación de cada Estado. Pero en tal hipótesis, desde el punto de vista teórico es incorrecto decir que el sistema mexicano es territorialista aun cuando en la realidad la gran mayoría saber en qué consisten "Los derechos Civiles" mencionados en el texto citado, de las Entidades hayan optado por un sistema territorialista. Otro problema es determinar si el Art. 12 del Código Civil para el D.F. constituye una disposición federal o no, nuestra opinión al respecto, es que no puede ser una disposición federal, porque el Congreso de la Unión no tiene competencia en la materia.

En segundo lugar, una contradicción existe también entre el Art. 13 del CC para el D.F y las otras disposiciones estatales relativas a la materia.

En efecto, el Art. 13 dispone que los efectos 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. Parece que este hecho se eleva en Ley Federal, sin embargo, no se precisa si se tiene que entender por contrato, los contratos civiles o los contratos mercantiles, o ambos tipos, recordaremos que la materia civil es competencia exclusiva de las entidades federativas y por este motivo ponemos en duda la constitucionalidad del Art. 13.

Mencionaremos también las contradicciones en materia de estado y capacidad de las personas entre las entidades que aplican un sistema territorialista y los 3 estados que utilizan el sistema de la ley personal.

Pero esta contradicción aparente puede encontrar solución con las reglas de competencia judicial.

Por último, parece ser que algunos estados establecen en lo relativo al estado y capacidad de las personas una distinción entre las nacionales y las extranjeras, para unas las leyes del Estado son aplicables, para otros las leyes federales.

Consideramos que esta precisión es correcta ya que el Art. 50 de la Ley de la Nacionalidad y Naturalización dispone "Sólo la Ley Federal puede notificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros; en consecuencia, esta ley y las disposiciones de los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión". El verdadero problema consiste en nos parece diferente decir "derechos civiles" y derecho civil, dejaremos este problema a discusión sin embargo en este punto también nos parece importante recordar la competencia de las entidades federales en materia civil.

II.2. *Contradicciones entre legislaciones estatales y Artículo 121*

La mayor contradicción que encontramos proviene de la terminología empleada en el Art. 121, Frac. I, si por "las leyes" el Constituyente quiso decir el Derecho substantivo, en este caso, es contradictorio y anticonstitucional que

las legislaciones de los Estados incluyan normas de conflicto. Dicha contradicción desaparece si las leyes incluyen el derecho substantivo y las reglas de conflicto.

Otra contradicción existe entre el Art. 13 del Código Civil para el D.F. que vuelve aplicable las disposiciones de este Código relativa a los contratos para toda la república y las disposiciones del Art. 121, Frac. I. "las leyes de un Estado no podrán ser obligatorias fuera de él".

En lo relativo a los Bienes, los Estados que no asimilan los bienes muebles a los bienes inmuebles entran también en una contradicción con lo dispuesto por el Art. 121, Frac. 2.

II. 3. *Punto de convergencia entre las legislaciones estáticas*

Si nuestra investigación comprueba que el sistema mexicano es un verdadero mosaico con las juntas y vacíos de cualquier mosaico incluidos los más bellos, no podemos olvidar que este sistema descansa sobre una preliminar aceptada por todos los Estados: las entidades federativas son competentes para establecer regla de conflictos en las materias que les son reservadas. Nuestro estudio demuestra que las 29 legislaciones analizadas incluyen reglas de conflicto en Derecho Civil. Consideramos que este punto de convergencia es la mera causa de las contradicciones existentes y nos interrogaremos sobre el bien fundado de este principio que los Estados son competentes para establecer reglas de conflicto en materia civil. Para contestar a esta segunda analizaremos las disposiciones de la Constitución, el Art. 73, Frac. XVI, da competencia al Congreso para editar leyes sobre nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros, el problema de los conflictos de leyes y conflictos de competencia judicial no están mencionados y por aplicación del Art. 124 Constitucional, podemos considerar que nuestra pregunta debe recibir una contestación afirmativa. Sin embargo los Estados podrán editar reglas de conflicto únicamente en las materias para los cuales la competencia de éstos está reconocida (Derecho Civil, Parte del Derecho Penal y del Derecho Fiscal) y el Congreso de la Unión para las otras normas del Derecho.

Tal solución es la que se da en la realidad y que provoca las contradicciones anteriormente mencionadas. Nos parece, sin embargo, que tal solución descansa sobre una doble equivocación. Por una parte nos parece discutible decir que porque la reglamentación de los conflictos de leyes no está reservada a la Federación por el Art. 73, tal reglamentación por aplicación del artículo 124 entra en la competencia de las entidades federales; en efecto tal interpretación omite el texto del Art. 121, Frac. I, si consideramos que el constituyente quiso por motivos históricos en particular establecer un sistema territorialista en México, rompiendo así con el sistema anterior, tenemos que admitir que la palabra leyes designa el Derecho substantivo en efecto si no fuera así el sistema territorialista que se pretende implantar no tiene ninguna base.

En la hipótesis que el constituyente entiende por leyes, el Derecho substantivo, el mismo constituyente se otorgó exclusivamente la competencia de estableces reglas de conflicto y cualquier reforma a estas reglas deben de cumplir con lo dispuesto el artículo 135. Así a nuestro juicio, la pregunta quién es competente para establecer reglas de conflicto los Estados o la Federación, es un falso dilema, únicamente el Congreso constituido está facultado en esta materia.

La segunda equivocación proviene del hecho de que se mezcla Derecho Civil y Conflictos de Leyes, no queremos alargar nuestra ponencia, sólo este tema tomando en cuenta que la autonomía del Derecho de los Conflictos de leyes es un punto aceptado por una gran mayoría de autores.

III. *PROPUESTAS*

Consideramos que el sistema mexicano es un sistema original, como lo indica el Prof. Emilio O. Rabasa.

Sin embargo la investigación realizada enseñó que existen profundas contradicciones y que lo que nos parece aún más grave los Estados algunas veces dudan de su competencia en la materia incluyendo la oración "y las leyes federales en su caso", por esto consideramos que el sistema de los conflictos de leyes interestatales deben ser reformadas. Nuestra propuesta es que se modifique el texto del Art. 121 y de dar al Congreso de la Unión competencia no únicamente para aprobar los actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos pero de manera más amplia para legislar en materia de conflictos de leyes.

Tal reforma obliga a otra.

El Art. 73, Frac. XVI, debería estipular:

Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, conflictos de leyes..."

CONCLUSIONES

Nuestro trabajo se limitó a la problemática de los conflictos de leyes, estamos conscientes que en ningún caso se debe desligar tal problema de los conflictos de competencia judicial y consideramos que nuestra propuesta podría probablemente ser entendida a estos conflictos, sin embargo un estudio específico tendría que ser realizado.

Por fin, queremos subrayar el hecho que un sistema interestatal territorialista nos parece contradictorio con el federalismo ya que las dificultades a nivel internacional presentadas por tal sistema se acentúan en el caso interno, nos parece sumamente importante en tal hipótesis prever los fraudes a la ley y adoptar medidas para limitarlos, así como instrumentar una política en cuenta al orden público ya que las leyes de los estados pueden ser contradictordias, respecto del párrafo 1 del artículo 121 se necesita dar un efecto atenuado al orden público en los conflictos interestatales.

LA COMPETENCIA JUDICIAL CIVIL INTERESTATAL

René Cacheaux Aguilar

1. ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS PARA REGULAR LA COMPETENCIA JUDICIAL

El correcto análisis en Derecho Méxicano de la competencia judicial interestatal demanda como cuestión previa que determinemos los alcances de una situación que se presume indiscriminadamente en nuestro foro. ¿Quién tiene atribuciones legislativas para dictar normas sobre competencia jurisdiccional?

Todos sabemos de la existencia de una ley federal procedimental y de códigos de procedimientos civiles estatales en donde se plasman reglas para fijar la competencia judicial de órganos de jurisdicción, respectivamente, federal y común. Empero, en alguna medida aceptamos esta ambivalencia legislativa sin meditar jurídicamente cuáles son los límites de competencia legislativa de cada uno de estos fueros.

En estas condiciones resulta oportuno detenernos a fin de encontrar en el ordenamiento primario, la Constitución Política del país, los dispositivos que norman la actividad legislativo-adjetiva de las entidades de composición judicial.[1]

El estudio de este punto se reduce, a última instancia, a la revisión de las reglas federativas que permiten la coexistencia de los ámbitos jurisdiccionales federal y local.

El maestro Tena Ramírez menciona que cuando surge la duda acerca de a quién corresponde determinada facultad legislativa impera tomar en consideración que "En la federación los estados miembros pierden totalmente su soberanía exterior y ciertas facultades interiores en favor del gobierno central, pero conservan para su gobierno propio las facultades no otorgadas al gobierno

1 Sólo es materia de este estudio el análisis de las normas competenciales de jurisdicción local y ordinaria federal.

central".[2] En este contexto resulta lógico pensar que es tarea de la Constitución Federal hacer el reparto de toda competencia legislativa.

Las bases para la distribución de atribuciones legislativas, contenidas primordialmente en los artículos 73 y 124 constitucionales, responden al ánimo de conferir al gobierno federal la competencia necesaria para resolver las cuestiones de interés general de la república y al de los gobiernos estatales aquellas atribuciones para legislar, indispensables al efecto de dar solución a los problemas de interés particular.

Como hasta ahora expuesto, parece que la distribución de competencias legislativas es un asunto fácil y claro; sin embargo, concurrimos con el profesor Jorge Carpizo en que por lo contrario, "...es espinoso y de difícil manejo".[3]

Adecuando la ratio legis de los dispositivos que norma preponderantemente la distribución de atribuciones para emitir reglas generales, abstractas, impersonales y obligatorias, a la actividad jurisdiccional, se encuentra que en principio corresponde a los tribunales de la federación conocer de las situaciones concretas controvertidas relacionadas con la aplicación de las leyes federales, en tanto que los jueces del fuero común se reservan la composición de las relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos locales.[4]

Importa reconocer que siendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación un tribunal federal, su actividad se condiciona a la existencia de facultades establecidas en la ley fundamental puesto que de lo contrario y con apego al principio de reserva local contemplado en el artículo 124 Constitucional, la jurisdicción no federalizada será ejercida por los tribunales de los estados.

El artículo 104 fracción I del estatuto primario previene en su texto que "Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano". A pesar de que aquí se contiene una facultad explícita federal para que los tribunales de la nación actúen frente a las cuestiones relacionadas con la aplicación de los ordenamientos federales,[5] no existen atribuciones directas para regular la competencia judicial.

Ha sido la adopción de las facultades implícitas cuya base descansa en la fracción XXX del artículo 73 constitucional, lo que justifica la atribución legislativa federal para regular la competencia judicial de los más altos tribunales. Esto es, de la facultad expresa consignada en el artículo 104 fracción I de la ley fundamental emerge otra implícita para dictar los ordenamientos orgánico y adjetivo o procedimental necesarios a fin de poder cumplir con la facultad explícita que le da vida a esta última. En conclusión la competencia

[2] Derecho Constitucional Mexicano, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 6a. Ed., 1963, p. 104.

[3] La Constitución Mexicana de 1917, México, D. F., Dirección General de Publicaciones de la UNAM, 2a. Ed., 1973, p. 305.

[4] Excepción hecha de la jurisdicción auxiliar que ejercen los óganos judiciales de los estados y del Distrito Federal en los términos del artículo 107 fracción XII constitucional.

[5] Regla de Jurisdicción.

judicial consignada en el código federal de procedimientos civiles nace de la atribución implícita del Congreso a fin de poder instrumentar adecuadamente el conocimiento por parte de los tribunales de la federación de las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados.[6]

Así entendidas las facultades legislativas del Congreso de la Unión para dictar normas sobre competencia judicial en asuntos propiamente federales, ahora resta examinar el ámbito de atribuciones legislativas locales para fijar las bases de conocimiento jurisdiccional de sus tribunales. Con base en los propios artículos 104 fracción I y 124 de la Constitución, se encuentra que las legislaturas de las entidades federativas pueden expedir leyes de procedimientos que contemplen normas competenciales de jurisdicción del fuero común, para la debida composición de controversias que se relacionen con el cumplimiento y aplicación de leyes locales. En estos términos aparecen las facultades legislativo-adjetivas referentes a competencia judicial como coexistentes[7] entre los órdenes federal y estatal.

Así pues, como corolario es de concluirse que las atribuciones legislativas para regular competencia jurisdiccional dependen de la jerarquía, federal o local, de las leyes de fondo que han de aplicarse a las contiendas presentadas por las partes en juicio.

Aunque el anterior método tiende a la localización de la competencia legislativa en materia de competencia judicial, no debe olvidarse la regla de coor-

[6] En este sentido Cfr.: Siqueiros, José Luis, Los Conflictos de Leyes en el Sistema Constitucional Mexicano, Cinco conferencias en torno al Artículo 121 de la Constitución, Chihuahua, México, Edición especial de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua, 1957, pp. 22 a 24; y Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 110. El último autor transcribe la siguiente tesis de las facultades implícitas aplicada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, al resolver el 17 de enero de 1961 la queja a que se refiere el expediente de varios No. 331/54:

> "El Congreso de la Unión expidió la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que rige la estructura y funcionamiento del propio Poder, para que el mismo pueda ejercer de modo efectivo las facultades que le otorga la Constitución General de la República, e introdujo en dicha ley las disposiciones que atribuyen a los tribunales de los estados la función de órganos auxiliares de los federales, por estimar que sin el auxilio de la justicia común, la administración de la justicia federal se vería en muchos casos retardada y entorpecida. Tal es la razón en que se inspiran dichas disposiciones, cuya constitucionalidad, por ende, no puede desconocerse, ya que si el Congreso de la Unión las consideró necesarias para hacer efectivas las facultades constitucionales del Poder Judicial de la Federación, se sigue de ello que fueron expedidas en uso de las facultades implícitas que a aquél concede la fracción XXX del artículo 73 de la Carta Fundamental."

[7] El Maestro Jorge Carpizo define a estas facultades coexistentes como "Aquellas que una parte de la misma facultad compete a la federación y la otra a las entidades federativas"; y da como ejemplo de éstas, las facultades federales y locales para legislar salubridad general y local en el país, de acuerdo a los artículos 73 fracción XVI y 124 constitucionales. *Op. cit.*, p. 307.

dinación que otorga "competencia dual"[8] entre los tribunales de la federación y los jueces y tribunales del orden común para conocer de asuntos respecto de los cuales los primeros tienen una jurisdicción originaria. Efectivamente, en la segunda parte de la fracción I del artículo 104 constitucional se consigna que las controversias en las que haya de aplicarse legislación federal y siempre que los intereses en juego sean particulares, podrán, a elección del actor, ser del conocimiento de los tribunales federales; o bien, del de los órganos judiciales de las entidades federativas. De aquí la justificativa para que los jueces locales puedan resolver, por ejemplo, controversias de índole mercantil.

Hasta ahora se han abordado los problemas de atribución legislativa en lo competencial jurisdiccional tomando la concepción genérica de este último instituto del procedimiento; sin embargo, para los objetivos de nuestro seminario debemos descender a las formas de competencia conocidas en el Derecho Internacional Privado y determinar qué directrices le son aplicables al problema conflictual inter-estados.

De acuerdo a Gutterdige la competencia judicial internacional es "Aquél instituto que indica no solamente el poder de los tribunales de un país determinado de conocer en un litigio con elementos internacionales, sino también la potestad de producir un fallo en condiciones de recibir el exequátur en otro país".[9] Acorde a este concepto se desprenden las dos formas de competencia judicial internacional, a saber: la directa consistente en el poder del tribunal para conocer en primera instancia de las controversias conectadas con puntos internacionales; y la indirecta referente a la potestad del juez de ejecución para dictar exequátur respecto a una sentencia definitiva emitida por juez extranjero.[10]

En países de corte confederado o federal es posible aplicar dichos postulados internacionales pues existe una mayor o menor independencia entre las cédulas agrupadas bajo la férula de un gobierno central. Es precisamente en materia de competencia judicial donde se observa una mayor independencia entre las entidades del gobierno federal. En concreto y adaptando al Derecho Conflictual interestatal la problemática internacional, es válido analizar los problemas que se presentan en Derecho Mexicano. A la luz de la competencia judicial que tienen los tribunales de las entidades federativas para conocer de las relaciones jurídicas privadas vinculadas con puntos de conexión presentes en otro estado de la propia federación y de la ejecución de sentencias dictadas por tribunales provinciales.[11]

Volviendo al análisis de la Constitución Federal, tenemos que la competencia legislativa para regular la competencia judicial, prevista en los artículos 104 fracción I y 124 constitucionales, se refiere principalmente a la distribución de competencia jurisdiccional directa federal y estatal, aun cuando podría argumentarse que también incluye la competencia judicial indirecta.

Es suficiente decir para lo que a este foro interesa, que la competencia legislativa de las entidades federales para regular competencia judicial directa se ejerce sin limitaciones por las legislaturas locales en tratándose de controversias en las que son aplicables las leyes comunes de fondo, de tal suerte que dichos legisladores al elaborar su código de procedimientos civiles pueden atribuir libremente a sus jueces y tribunales las reglas de competencia originaria más afines a los intereses de su administración de justicia. Debido a esta circunstancias se presentan a nivel interestatal los conflictos de competencia judicial.

A todos aquellos que indiscriminadamente consideran que la competencia judicial local se concreta por los órganos legislativos estatales en los términos del párrafo anterior, les sorprenderá encontrar que en materia de competencia judicial indirecta, esto es, el conocimiento por un juez del fuero común del procedimiento para ejecutar una sentencia firme procedente de otro estado hermano, el legislador local no puede ejecutar su labor creadora con plena libertad, sino por el contrario debe sujetarse a la regla del pacto federal contenida en las bases del artículo 121 constitucional. Precisamente a esto se refiere el maestro José Luis Siqueiros al indicar que el artículo 121 esatblece limitaciones a las entidades federativas para legislar en materias propias a su jurisdicción.[12]

En el próximo apartado se abordarán las reglas de solución a los conflictos de competencia judicial directa inter-estados y las limitaciones a la legislación de procedimientos civiles del orden común respecto de competencia judicial indirecta.

2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERESTATAL

Antes de pasar a la discusión sobre las reglas de competencia directa o indirecta en el marco de la jurisdicción estatal interna, precisa advertir que en nuestro país aunque las entidades al legislar los aspectos directos de jurisdicción concreta han adoptado reglas parecidas que reducen el movimiento conflictual, en materia adjetiva indirecta desgraciadamente por la poca atención que se le ha dado al artículo 121 Constitucional, en ocasiones se causan conflictos irresolubles.

2.1 COMPETENCIA DIRECTA

Anteriormente se manifestó que los órganos de legislación estatal no tienen mayor límite para regular la competencia jurisdiccional de sus jueces que la

[8] Leer Herrera y Lasso, Manuel, Estudios Constitucionales, Segunda Serie, México, D. F., Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Editorial Jus, S. A., 1a. Ed., 1964, pp. 227 y ss.

[9] Citado por Romero del Prado, Víctor M., Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, Argentina Editorial La Ley, 1a. Ed., 1944, Tomo III, p. 705.

[10] En este sentido Cfr.: Pérezmieto Castro, Leonel, Derecho Internacional Privado, México, D. F., Editorial Harla Harper & Row Latinoamericana, 2a. Ed., 1981, pp. 250 y 259.

[11] En este contexto se utiliza la terminología de tribunales provinciales como un sinónimo de tribunales estatales.

[12] *Op. cit.*, p. 24.

competencia constitucional de los tribunales federales en los términos de la fracción I del artículo 104 de la Constitución. Este amplio margen de competencia legislativa local provoca que cada entidad ejerza su arbitrio para designar qué puntos de contacto son determinantes en las relaciones jurídicas controvertidas a su alcance, para iniciar la actividad del aparato jurisdiccional común.

En realidad los códigos de procedimientos civiles de los estados han adoptado reglas parecidas para regular competencia judicial directa, lo que tiene por consecuencia reducir en gran número el nacimiento de conflictos interprovinciales directos. La prórroga de la jurisdicción territorial es una característica común del Derecho Comparado Estatal; también lo son, los principios de *lex rei sitae* para fijar competencia del juez del lugar de ubicación de un bien inmueble, de *lex loci executionis* según el cual la determinación del juez competente debe hacerse en razón del lugar donde deba cumplirse la obligación respectiva, el de *mobilia sequntur personam* confiriendo competencia al juez del domicilio del demandado en acciones reales sobre muebles y por último, el de *lex domicili* para demandar acciones personales o del estado civil en lo general ante el foro del demandado.[13]

El tráfico jurídico a nivel interestatal crea la presencia de puntos de contacto en más de una jurisdicción, y consecuentemente, la posibilidad de que tribunales de diversos estados tengan al propio tiempo poder de composición sobre el litigio a plantearse. Esta competencia coincidente recibe la denominación de conflicto positivo de competencia judicial. En contraposición, existen controversias respecto de las cuales no resulta competente ninguno de los tribunales estatales cuyo territorio presenta vinculaciones con el caso; en esta segunda hipótesis se está en presencia de un conflicto negativo de competencia judicial. Un ejemplo de conflicto positivo será la acción de alimentos entablada en perjuicio de un demandado deudor alimentario que resida en la ciudad de San Luis Potosí, S.L.P., cuando el acreedor demandante tenga su domicilio en la ciudad de Toluca, Estado de México; en este caso hay competencia judicial coincidente en favor de los tribunales de ambos foros, toda vez que de acuerdo al artículo 155 fracción IV del código de procedimientos civiles de San Luis Potosí es competente el juez de domicilio del demandado en tratándose de acciones personales, y al propio tiempo, el artículo 51 fracción XIV del código de procedimientos civiles del Estado de México, atribuye jurisdicción concreta a sus tribunales cuando en una acción de alimentos el acreedor de los mismos tiene establecido su domicilio en la entidad. En oposición, se crea un fenómeno conflictual negativo al pretender ejercitar una reclamación de divorcio derivada de la causal de abandono cuando una persona que contrajo matrimonio y estableció su domicilio conyugal en la ciudad de Monterrey, N. L., es abandonada y transfiere su residencia a la ciudad de Reynosa, Tamps., donde pretende demandar el divorcio a su cónyuge cuyo domicilio aún se localiza en aquella ciudad regiomontana. Aquí, de acuerdo

[13] Conceptos latinos extraídos de Pérez nieto Castro, Leonel, *op. cit.*, pp. 250 y ss.

a los puntos de contacto que presenta la situación concreta controvertida y las normas de competencia contenidas en las leyes de procedimiento de ambos estados, no habrá competencia para foro alguno. Efectivamente, mientras que el artículo 112 fracción XII del código de procedimientos civiles de Nuevo León previene que en la acción de divorcio por abandono sólo son competentes los tribunales del estado si en el mismo se encuentra el domicilio del cónyuge abandonado, el código de procedimientos civiles de Tamaulipas dispone en su artículo 195 fracción XII que es juez competente el del domicilio conyugal en todos los juicos de divorcio.

Estas cuestiones de competencia pueden suscitarse no sólo entre tribunales de la misma jurisdicción, caso en el que específicamente se trata de conflictos de competencia judicial, sino también entre los órganos de justicia de distintas jurisdicciones, hipótesis referentes a conflictos de competencia, generalmente hablando o conflictos de jurisdicción, en sentido estricto. Los métodos de solución para cada uno de estos problemas son diversos.

Las cuestiones de competencia entre tribunales de la propia jurisdicción se resuelven de acuerdo a las normas que para el efecto previene la codificación de procedimientos de la entidad respectiva, resultando competente para dirimir el problema, el juez o tribunal superior a los que presentan una contienda positiva o negativa de jurisdicción.

En los conflictos de jurisdicción coincidimos con el maestro Arellano García en que existe una norma superior y un tribunal también superior al de los órganos jurisdiccionales de diversos foros que enfrentan su competencia, con facultades para resolver los conflictos.[14] Es la propia Constitución la que previene en su artículo 106 que corresponde a la Suprema Corte de Justicia dirimir, entre otras, las competencias que se susciten entre los tribunales de un estado y los de otro. En cuanto a las normas que servirán de base para resolver la cuestión, la propia Suprema Corte ha dispuesto, en tesis aislada, que "las cuestiones entre jueces de diferentes entidades federativas se rigen fundamentalmente por las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles (artículos 32, 33 y demás relativos), y no por las normas legales propias de esas entidades, que son aplicables para decidir las competencias suscitadas entre tribunales del mismo estado."[15]

La aplicación del código federal de procedimientos civiles en estos casos deriva de la facultad implícita federal para dar normas de solución a conflictos interprovinciales, apoyada, a su vez, en la facultad implícita que confiere el artículo 106 constitucional a la Suprema Corte para que conozca de los conflictos de jurisdicción entre estados hermanos.

Lo ideal para resolver de base los conflictos interestatales de jurisdicción directa, sería la elaboración de una ley federal que determine tan sólo la

[14] Derecho Internacional Privado, México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 2a. Ed., 1976, p. 726.

[15] Amparo Directo 5895/1971. Rosa Toledo Carrasco. Octubre 19 de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa, Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1974-1975, Actualización IV, México, D. F., Ediciones Mayo, 1978, p. 324.

competencia directa de los tribunales locales en aquellos casos en que los litigios por ventilar se conecten con más de una jurisdicción. Claro está que esta solución implicaría un ajuste al contenido constitucional y debe soportar la crítica de ser una normatividad que ataca el pacto federal consignado en el artículo 40 constitucional.[16]

2.2 COMPETENCIA INDIRECTA

La competencia judicial indirecta es definida por el maestro Leonel Péreznieto como "...El ejercicio de la jurisdicción por el juez para llevar a cabo el reconocimiento de la validez jurídica de una sentencia emitida por juez diferente."[17]

El establecimiento de las reglas de competencia judicial indirecta a nivel estatal es una vez más de competencia legislativa local o común; sin embargo, los estados no pueden libremente regular este aspecto indirecto ya que existe el artículo 121 constitucional que les impone ciertas limitaciones.

Antes de introducir el análisis de las limitaciones constitucionales resulta importante que se haga una distinción entre las dos formas que presenta la competencia judicial indirecta: la de base, consistente en la competencia que fija el ejercicio de jurisdicción del juez ejecutor a fin de poder diligenciar un exhorto de un tribunal extraño; y la de fondo, referente al análisis, del juez de ejecución, de la competencia originaria o directa con base en la cual el tribunal requirente ejerció jurisdicción y dictó su sentencia. Esta segunda forma es excepcional y debe estar contenida en una norma vigente que obligue al juez de ejecución a practicar el referido análisis.

La competencia indirecta de base sólo es mencionada en la codificación de las entidades federativas respecto de las ejecutorias procedentes del extranjero, indicando, en términos generales, que es competente para ejecutar una sentencia dictada en el extranjero el juez que lo sería para seguir el juicio en que se dictó. En materia interestatal los códigos que llegan a regular competencia indirecta son omisos al respecto, aunque sí permiten que se oponga la excepción de incompetencia del juez requerido dentro del procedimiento de ejecución. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 510 del código de procedimientos civiles de Jalisco.

En nuestra opinión es acertada la tesis del tratadista Eduardo Pallares al indicar que en estos casos "lógicamente ha de ser el juez del lugar donde ha de practicarse la diligencia respectiva, y siendo varios, los competentes, conocerá a prevención el que elija el ejecutante." Esta postura, continúa exponiendo el maestro, se funda en los principios generales del Derecho aplicables a falta de disposición legal.[18]

[16] En este sentido Cfr.: Trigueros Sarabia, Eduardo, Actitud de la "Barra Mexicana", México, D. F., Revista El Foro, 2a. Epoca, Tomo 7, No. 2, junio, 1959, pp. 151 y ss.

[17] *Op. cit.*, p. 259.

[18] Derecho Procesal Civil., México, D. F., Editorial Porrúa, S. A., 3a. Ed., 1968, pp. 540 y 541.

En cuanto a la competencia judicial indirecta de fondo precisa denunciar que es generalmente desconocida por el Derecho Comparado Estatal. Una de las excepciones es la ley de procedimientos civiles de Zacatecas en cuyo artículo 480 fracción II se le permite al juez de exequátur revisar la competencia originaria o directa de su par requirente.

En materia internacional esta regla se presenta con más frecuencia, como acontece en las jurisdicciones del Brasil y Francia o inclusive en disposiciones uniformes como es el caso del llamado Código de Bustamante.

En realidad por ser ésta una forma de revisión excepcional, al no estar contemplada en los códigos de las entidades federales, el tribunal requerido se libra de analizar la competencia de origen del juez requirente.

Pasando ahora a las limitaciones constitucionales impuestas por el artículo 121 al ejercicio de atribuciones legislativas locales para fijar competencia indirecta, tenemos que las mismas se encuentran contenidas en las bases III y IV del propio dispositivo.

En nuestra opinión el primer supuesto de la base III, relacionado con la ejecución de sentencias estatales sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro estado, más que tratarse de una regla de competencia indirecta es una condición de procedibilidad al diligenciamiento de un exhorto proveniente de otra entidad aun cuando otras han sido las interpretaciones de algunos autores,[19] estimamos que sólo es ejecutable un fallo en estas condiciones cuando así expresamente lo previene la ley procedimental del tribunal requerido. Al respecto, las legislaciones locales pueden clasificarse en dos grupos; las que nada mencionan y las que indican los requisitos de ejecución de un fallo extraño relacionado con acciones reales o bienes inmuebles sitos en la entidad. Ejemplo de este último grupo es Jalisco en cuyo artículo 512 fracción II del código de procedimientos civiles se inscribe: "Los jueces requeridos sólo ejecutarán las sentencias cuando reúnan las siguientes condiciones: II. Que si se tratan de derechos reales sobre inmuebles o de bienes inmuebles ubicados en el estado, sean conformes a las leyes del mismo." En cuanto a las legislaciones que no previenen este tipo de ejecución, el resultado será la ineficacia territorial del fallo extraño.

La segunda parte de la base III se refiere a la ejecución interestatal de sentencias sobre derechos personales y previene como regla uniforme de competencia indirecta que en todo caso la persona condenada se haya sometido expresamente, o por razón del domicilio, a la justicia que las dictó. En el primer caso se trata de prórroga de jurisdicción originaria, situación que es reconocida por la gran mayoría de los códigos estatales en tratándose de competencia territorial; en tanto que en el segundo se está frente al principio

[19] Al respecto el maestro Siqueiros opina que "...si dicha fracción se analiza a la luz del segundo párrafo de la misma (ejecución de sentencias derivadas de una acción personal), se advertirá que lo único que pretende es establecer una regla de jurisdicción. Se trata de precisar, aunque con mala técnica, que las acciones de derechos reales deben someterse a la competencia del juez donde dichos bienes estén ubicados". *Op. cit.*, p. 56.

de *lex domicili* adoptado por las codificaciones procesales para el ejercicio de las acciones personales en lo general. Estas reglas son auténticas de competencia indirecta y obligan a todos los tribunales del fuero común al actuar frente a exhortos de esta naturaleza.

La base IV prescribe que "los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros." Esta norma aplicada a lo procesal competencial deriva en la necesaria protección en los estados de la Unión de los derechos adquiridos y reconocidos por sentencias de entidades hermanas. Las leyes procedimentales de los estados que regulan ejecución de fallos provenientes de otra entidad, confieren a este tipo de sentencias el mismo tratamiento que a las de derechos personales.

En cuanto a este punto parece urgente la reglamentación federal prevista en el preámbulo del artículo 121 constitucional, no sólo para regular aspectos de orden público o fraude a la ley en acciones del estado civil, sino también para determinar que sentencias del estado civil requieren de reconocimiento y ejecución y cuales otras sólo ameritan inscripción administrativa.

En cuanto a este último punto parece importante que nuestro país aproveche las experiencias de la jurisprudencia francesa que atribuye efectos en Francia y sin necesidad de exequátur a las sentencias extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas, las de rectificación de nombre, las de declaración de ausencia y presunción de muerte y a las de pronunciamiento sobre adopción.[20]

No podría finalizar este trabajo sin dejar asentado que ha sido imposible cristalizar las intenciones del Constituyente de 1917 en cuanto a la erección de la Ley Reglamentaria del Artículo 121 a pesar de haber ya transcurrido más de 65 años de la promulgación de nuestra máxima ley. Urge que para dar solución a los conflictos de leyes y de competencia interprovinciales se expida una norma uniforme.

[20] Battifol Henri, Droit International Privé, París, Francia, Librairie Générale de Droit et La Jurisprudence, Tomo II, p. 459.

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERESTATALES EN LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN ANÁLISIS COMPARATIVO

LAURA TRIGUEROS DE GÓMEZ DEL CAMPO

SUMARIO: 1. Introducción: Importancia del problema — Función del artículo 121 de la Constitución. 2. Sistema de ejecución de sentencias interestatales. 2.1. Revisión de la competencia de origen. 2.1.1. Sentencias sobre derechos reales. 2.1.2. Sentencias sobre derechos personales. La garantía de audiencia. 2.3. Requisitos adicionales en las legislaciones locales. 3. Conclusión.

La ejecución de sentencia es una fase muy importante en el procedimiento judicial pues de ella depende la eficacia de lo actuado. En ocasiones, sin embargo, llevarla a cabo representa dificultades adicionales derivadas de las características mismas de la controversia que la motivó, particularmente cuando ésta supone un conflicto de leyes, una relación que, por estar integrada por elementos dispersos en distintos sistemas jurídicos, hace imposible el ejercicio de la coacción judicial; la ejecución debe realizarse entonces en un lugar distinto de aquel en que la sentencia se pronunció y para ello requiere del auxilio de otra autoridad con objeto de alcanzar el fin deseado.

En una federación, como México, este problema se presenta con frecuencia debido a la agrupación de entidades autónomas con sistemas jurídicos propios; su solución, sin embargo, se facilita, en comparación con la requerida cuando el problema se presenta en el orden internacional, por la existencia de una norma superior que sienta las bases generales para prevenir y resolver estas controversias logrando la coordinación propia de la unión federal y la agilización del tráfico jurídico interestatal con seguridad y justicia.

El artículo 121 de la Constitución se ocupa, en su fracción III de la ejecución de sentencias entre los estados de la federación,[1] implementando al efecto un procedimiento de exequatur en los siguientes términos:

> "Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

[1] Para los efectos del trabajo, esta expresión incluirá la referencia a todos los estados de la República y al Distrito Federal. Los términos análogos empleados se entenderán en el mismo sentido.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir a juicio."

Los estados de la federación están obligados, por los términos de la disposición citada, a seguir las bases generales fijadas, adecuando su legislación en ese sentido. Se delega de esta manera a las entidades la facultad de regular detalladamente el procedimiento local respectivo.[2]

El análisis de esta legislación es, por lo tanto, esencial para conocer el estado actual del sistema, su uniformidad, sus problemas e implicaciones, así como para poder corregir posibles errores y sentar fundamentos sólidos para la ley reglamentaria tanto tiempo esperada.

El procedimiento previsto por la fracción III antes transcrita, sigue un sistema de control limitado[3] para el reconocimiento de las resoluciones en cuestión, ya que determina previamente los requisitos que el juez debe comprobar para ordenar su ejecución.

Se busca así dar cumplimiento a la cláusula de entera fe y crédito que explicita la finalidad de la norma constitucional y, aun cuando plantea problemas de difícil solución debido a las fallas de técnica legislativa de que adolece, no presenta una contradicción real con el párrafo inicial, puesto que su objeto es establecer las reglas de jurisdicción indirecta indispensables para prevenir los conflictos mencionados, haciendo incluso menos rígido el principio de competencia establecido por la fracción II, a través de una excepción.[4] Las dificultades que conlleva su aplicación son superables por medio

[2] Se produce así un argumento básico para saldar la discusión sobre la competencia legislativa local en materia conflictual, al preverse la intervención de las legislaturas locales en el caso. Sobre esta discusión ver Hernández Romo, Miguel Ángel, op. cit., pág. 26; Siqueiros, José Luis, op. cit., pp. 82-83; Arellano G. Carlos,o p. cit., p. 612-613. Obras citadas en nota 4.

[3] Para otorgar reconocimiento a sentencias extranjeras con el fin de ejecutarlas, los ordenamientos jurídicos han adoptado diversos criterios que varían en flexibilidad desde la aceptación casi incondicional de la resolución hasta la negativa completa de ejecución. Entre los que aceptan la resolución extranjera se implementa un procedimiento de revisión para determinar su compatibilidad con el sistema jurídico propio; este control puede ser limitado si se concreta a aspectos fundamentales previamente establecidos o ilimitado cuando puede revisarse la sentencia íntegramente.

Sobre este punto Cfr. Alfonsín, Quintín, "La ejecución extranacional de las sentencias en materia civil y comercial". *Revista de derecho público y privado,* No. 154, abril, de 1954, Montevideo y Becerra H. Javier, *Reconocimiento y ejecución de sentencias civiles extranjeras.* Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1967.

[4] Respecto de la discusión en torno a este tema: Cfr. Trigueros S., Eduardo. "El artículo 121 de la Constitución mexicana". *Revista mexicana de derecho público,* oct.-dic. 1946, México, p. 178; Siqueiros, José Luis. *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano.* Universidad de Chihuahua, Chihuahua, 1957, p. 56; Hernández Romo, Miguel Ángel. "El régimen jurídico de los inmuebles en derecho internacional privado mexicano". *Revista de derecho notarial,* año XV, No. 41, enero 1971, México, pp. 23-24.

En contra Arellano G., Carlos. *Derecho internacional privado,* ed. Porrúa Hnos., México, 1974, p. 609.

de las modificaciones adecuadas y de la expedición de la ley reglamentaria respectiva.

2. El sistema implementado por la Constitución conforma un procedimiento de exequatur tipo. Se basa en la verificación, por parte del juez requerido para ejecutar, de dos requisitos:

1o. la competencia de origen del juez que dictó la resolución;

2o. el respeto de la garantía de audiencia.

2.1. Respecto de la comprobación de la competencia del juez del conocimiento, el texto mismo de la fracción II contiene las reglas que deben ser observadas, estableciendo una distinción clara entre sentencias que versen sobre derechos reales y sentencias que versen sobre derechos personales. Estas reglas de competencia son obligatorias para los estados de la federación:

1. es juez competente para conocer las controversias sobre derechos reales o bienes inmuebles, el del lugar de ubicación de los bienes.

2. es juez competente para conocer las controversias sobre derechos personales, aquel a cuya jurisdicción se sometan las partes en forma expresa o bien el del domicilio.

2.1.1. El principio consagrado por la primera de estas reglas, es un principio aceptado universalmente por lo que toca a competencia sobre bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos: el de *lex rei sitae*; está estrechamente ligado a los conceptos de territorialidad y soberanía y vinculado también al principio de efectividad.[5]

Nuestra disposición sin embargo, debido a los términos empleados, lo amplía para comprender en él también los derechos reales sobre bienes muebles, caso en el que su aplicación resulta, cuando menos, problemática: la naturaleza misma de estos bienes que no se ubican de una manera fija en un lugar determinado, la posibilidad de transladarlos, constituyen obstáculos para lograr el objetivo deseado. Si a esto se agrega la dificultad, en ocasiones insuperable, para localizar la "ubicación" de algunos derechos reales, se comprenderá cabalmente el error de técnica en que la disposición incurre. Este error es consecuencia del cometido en la fracción II del mismo artículo al enunciar los principios que regulan la ley aplicable y el tribunal competente en esta materia.

[5] A este respecto ver Aguilar Navarro, M. *Derecho civil internacional.* 4a. ed. Ed. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 667, Batiffol; Henri. *Droit international privé,* ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1949, p. 302; Miaja de la Muela, A. *Derecho internacional privado,* 7a. ed., Ed. Atlas, Madrid, 1976, T. I., p. 530 y T. II, pp. 198-199.

La tendencia internacional apunta, a este respecto, hacia la diferenciación de los supuestos, fijando la competencia en el primer caso por el lugar de ubicación del inmueble y en el segundo por el domicilio del demandado, elemento este último, más fácilmente localizable, más permanente y con mayor posibilidad de eficacia en el proceso de ejecución.[6]

Una modificación de la disposición constitucional en este sentido ayudaría a resolver problemas que actualmente carecen de solución dada la redacción de la norma comentada.

Las legislaciones locales, al reglamentar la competencia en los Códigos de Procedimientos Civiles, no obstante la claridad de la norma citada en cuanto a reglas de competencia directa, hacen la distinción entre acciones reales sobre bienes inmuebles y acciones reales sobre bienes muebles en contradicción con el tratamiento igual previsto por la Constitución tanto en la fracción II como en la III del artículo 121.

En lo referente a las acciones reales sobre inmuebles, el principio constitucional *lex rei sitae* es acatado casi unánimemente por los estados. Solamente cinco de ellos difieren a este respecto:

Campeche y Michoacán establecen como regla la competencia del tribunal del domicilio convencional o sea el designado por las partes y a falta de designación, el de la ubicación del bien.[7]

Tlaxcala y Zacatecas adoptan la regla del domicilio del deudor y en forma supletoria la de ubicación de los bienes. El código de Tlaxcala distingue además, el caso del contrato de arrendamiento, para el cual establece como regla el domicilio convencional y a falta de éste el lugar de ubicación de la cosa arrendada.[8]

Yucatán por su parte, fija la competencia para el caso por designación de las partes o por el domicilio del deudor y a falta de éstos por la ubicación de la cosa.[9]

Con respecto a las acciones reales sobre bienes muebles, el problema es más grave, porque todos los códigos de procedimientos civiles de las entidades, sin excepción alguna, hacen caso omiso del precepto constitucional y someten la controversia al tribunal del domicilio del demandado, salvo los estados de México, Michoacán, Sinaloa y Yucatán que siguen otro principio. Bien sea que se incluya en esta regla todas las acciones sobre bienes muebles[10] o que se especifique concretamente la referencia a acciones reales,[11] el tratamiento es el mismo.

6 Ver Aguilar Navarro, M., op. cit., pp. 658 y 676; Batiffol, H. op. cit., pp. 299 y 302; Miaja de la Muela, op. cit., T. II, p. 196 ss.

7 Campeche, artículos 159 fracciones I y II y 160; Michoacán, art. 165 y 166.

8 Tlaxcala, arts. 151, 152 y 153 y Zacatecas, arts. 107, 108 y 109-III.

9 Yucatán, art. 73 fracciones II, III y IV.

10 Aguascalientes, Baja California Norte, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

11 Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Guanajuato y Puebla.

Los estados de México y Sinaloa dan competencia en estos casos al juez del lugar de celebración del acto[12] y los de Michoacán y Yucatán lo vinculan con el domicilio convencional, a lo acordado por las partes.[13] Algunos, establecen una vinculación subsidiaria en la norma competencial: Michoacán señala como puntos de conexión alternativos el domicilio del demandado o el lugar de celebración del acto; Tlaxcala remite al lugar de ubicación del bien; Yucatán utiliza en primer término como alternativos el lugar designado por las partes y el domicilio del deudor y como supletorio el lugar de ubicación. En el estado de México la vinculación es alternativa al lugar de celebración del acto o al de ubicación de los bienes.

Es evidente que esta discordancia entre normas locales y norma constitucional tiene sus raíces en el enfoque y las fuentes del texto constitucional muy diferentes de los que informan al derecho mexicano en materia civil, mercantil y procesal.[14] La técnica utilizada por los códigos de procedimientos civiles es más adecuada a nuestra tradición jurídica, más acorde con la tendencia universal en la materia y responde mejor a las finalidades del instrumento: la seguridad jurídica, la justicia y la armonía de soluciones se logra mejor de esta manera.

En la práctica, el problema de constitucionalidad no se plantea, ya que se acostumbra pactar un domicilio convencional o determinar dos jurisdicciones competentes a elección del actor y los tribunales lo aceptan como ejercicio de la autonomía de la voluntad, resolviendo de hecho el problema sin aplicar la norma constitucional; sin embargo la legalidad de esta renuncia está en entredicho.[15]

Es indispensable para solucionar este problema y evitar la irregularidad que actualmente se presenta, la reforma del artículo 121 constitucional por las razones antes aducidas, pues la situación actual, aunque ignorada, supone la inconstitucionalidad de las disposiciones mencionadas.

En esta etapa de verificación de la competencia del juez que dictó la resolución, surge un segundo problema derivado también del texto constitucional examinado: la competencia establecida a favor del tribunal de la situación de los bienes, es exclusiva.

Esta conclusión es confirmada por la excepción que se establece en la parte final del primer párrafo de la fracción III,[16] donde se faculta al estado en cuyo territorio están ubicados los bienes, para convalidar mediante disposición expresa, las resoluciones provenientes de tribunales de otro estado que versen sobre los mismos.

12 México, art. 51 y Sinaloa, art. 153-IV y V.

13 Michoacán, arts. 165 y 166; Yucatán, arts. 73 y 74.

14 Sobre las fuentes del artículo 121 constitucional ver Trigueros S. E., op. cit.

15 Es bastante discutible la constitucionalidad de la renuncia de jurisdicción mencionada dada la existencia de una obligación constitucional al respecto. Esta renuncia y la prórroga consecuente son, sin embargo, admitidas en la práctica con regularidad.

16 A este respecto la fracción III establece textualmente "...sólo tendrán fuerza ejecutaria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes".

La aceptación previa por parte de la legislación local condiciona así la ejecución de una resolución de juez originariamente incompetente, a su convalidación. En consecuencia, fuera de este supuesto, cualquier acto que rebase la exclusividad mencionada resulta inconstitucional.

Para cumplir con esta condición de ejecución se requiere la existencia de una norma expresa en el ordenamiento del juez requerido para ejecutar, que permita tal ejecución. Si esta condición no se da, será imposible ejecutar la sentencia de referencia.[17]

Aquí se encuentra nuevamente una anomalía en el orden local. En primer lugar en algunos estados: México, Guanajuato, Morelos, Sonora, Tamaulipas y Zacatecas, la legislación no regula la ejecución de sentencias interestatales. En estos casos resulta imposible ejecutar una sentencia de otro estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en el propio territorio por carecer de la autorización legal expresa requerida para convalidar la competencia del juez requirente, ya que en todos los casos, con excepción de Zacatecas, se finca la competencia en materia de derechos reales sobre inmuebles al menos, para el juez del lugar de ubicación de los mismos. El código de procedimientos civiles de Zacatecas señala en cambio competente para el caso al juez del domicilio del deudor, equiparando la solución a la adoptada de manera mayoritaria para el caso de controversias sobre derechos reales sobre muebles. Esta regla de competencia es inconstitucional, como antes se comentó, pero al no establecer la competencia exclusiva del foro permite en esos términos la ejecución.

Otros estados cuentan con un capítulo específico relativo a la ejecución de sentencias y resoluciones de otros tribunales de los estados, pero no contienen disposición específica sobre este punto, por lo que, constitucionalmente, no son ejecutables en su territorio. Chihuahua, Michoacán, Puebla y Tlaxcala forman este grupo.

En las demás entidades sí hay disposiciones relativas a la materia, pero en general restringen la posibilidad de ejecución a las sentencias sobre derechos reales sobre inmuebles, omitiendo las que recaen sobre derechos reales sobre muebles, quedan éstas así en una situación muy precaria por no contar con la anuencia del ordenamiento para su ejecución.

Es evidente que tal situación se debe a la diferente vinculación utilizada en las mismas normas de competencia estatales, pues está en concordancia con ellas, pero no se convalida la irregularidad constitucional. Es también claro que la práctica estatal responde mejor al sentido de la cláusula de entera fe y crédito, pero el problema no se supera y en cualquier momento puede alegarse la aplicación estricta del precepto.

Únicamente la legislación de San Luis Potosí se refiere de manera expresa

17 En este sentido Tena Ramírez, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*, 15a. ed., Ed. Porrúa, México, 1977, pp. 167 y 168; Becerra B. José, *El proceso civil en México*. 6a. ed. Ed. Porrúa Hnos. México, 1977 p. 368.

a las sentencias sobre derechos reales sobre bienes muebles y por lo tanto aquí el problema no se presenta.

Al aceptar la ejecución de sentencias sobre derechos reales sobre bienes inmuebles, las normas locales imponen una condición complementaria: que las resoluciones a ejecutar sean conformes a sus propias leyes.

Este requisito puede interpretarse como una referencia a la regla establecida por la fracción II del artículo 121 sobre ley aplicable a las relaciones que tengan por objeto bienes muebles o inmuebles, que apunta también a la del lugar de ubicación de los mismos; sobre todo cuando el texto de los artículos respectivos emplea el término "conforme";[18] pero cuando la palabra utilizada es "conformes"[19] puede referirse simplemente a una adecuación del contenido material del derecho aplicado respecto de la propia normatividad.

De cualquier modo resulta una reiteración de la necesaria aplicación del precepto mencionado, pero implica una revisión del fondo de la resolución, no prevista por el modelo constitucional.

2.1.2. El segundo párrafo de la fracción comentada contiene el principio de competencia que ha de seguirse en materia de controversias sobre derechos personales: el tribunal designado expresamente por las partes o el del lugar del domicilio del demandado.

En este punto la disposición se ajusta a los principios internacionalmente aceptados; solamente habría que señalar un posible problema en torno a la calificación del domicilio que, en vista de la uniformidad de la legislación material estatal, sería muy raro en la práctica.

En los códigos de los estados se sigue como principio de competencia para estos casos el del domicilio del deudor, con excepción de Michoacán y Yucatán que adoptan íntegramente la regla de la Constitución, aunque el primero agrega como vinculación supletoria, el lugar de celebración del acto. Tlaxcala sigue el principio del domicilio del deudor y a falta de éste el del lugar de celebración del acto. Por su parte los estados de Morelos, Sonora y Zacatecas no se refieren a derechos ni a acciones personales, sino al cumplimiento de la obligación, pero siguen la regla de conexión por domicilio del deudor.

Con respecto a la revisión de competencia en el caso de derechos personales por el juez requerido para efectos de ejecución, solamente Chihuahua, Michoacán, Nuevo León, Puebla y Tlaxcala no contienen disposición alguna al respecto, limitándose a requerir la comprobación del emplazamiento y de que la sentencia verse sobre cantidad líquida o cosa determinada. Esta omisión puede obedecer a que los legisladores hayan dado por supuesta la obligación constitucional y considerar en reiterativa su inclusión.

18 En este caso están Aguascalientes Chiapas, Durango, Guerrero, Nayarit, Nuevo León y Tabasco.

19 Códigos de procedimientos civiles de Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Veracruz y Yucatán.

El código de Campeche hace extensiva la disposición sobre derechos personales a los bienes muebles, en concordancia con su sistema de competencia, pero en desacuerdo con la Constitución.[20]

Como consecuencia del control comentado, la única excepción que es posible oponer ante el juez requerido es la de incompetencia, interpuesta por los interesados. Solamente Puebla y Tlaxcala reglamentan su desahogo a través de un exhorto que se elevará ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado para que éste resuelva sobre la posibilidad de la ejecución. Campeche admite que esta cuestión pueda promoverse por el juez, conforme a derecho. La oposición de tercero poseedor se tramita en forma sumaria o incidental. Únicamente el estado de Puebla no lo contempla. La resolución que recaiga sobre este problema se considera apelable en el efecto devolutivo para los estados de Campeche, Nuevo León, Oaxaca y Querétaro; los demás estados admiten en su contra recurso de queja. Veracruz y Yucatán no señalan la procedencia de recurso alguno.

2.2. La disposición constitucional señala como segundo requisito en este procedimiento de exequatur para sentencias interestatales la verificación de que se ha respetado la garantía de audiencia por la comprobación del emplazamiento personal del demandado.

No sería necesario hacer referencia expresa a esta cuestión pues el derecho está debidamente protegido en el capítulo de garantía individuales, sin embargo las legislaciones locales lo mencionan siempre, salvo aquellas que no regulan el procedimiento.

2.3. En exceso del procedimiento cuyas bases generales fija la fracción III del artículo comentado, las legislaciones locales establecen un requisito complementario: que la sentencia o resolución no sea contraria a las leyes del estado donde se va a ejecutar.

Independientemente de su calificación en el orden constitucional por el exceso señalado, este requisito representa un problema grave por su falta de precisión, pues a pesar de la uniformidad de la legislación material en las entidades federativas, se presentan en algunos casos variaciones de importancia que pueden ir desde el concepto mismo de una institución hasta detalles de reglamentación formal respecto de la conclusión de un acto jurídico.

Interpretando la expresión en su sentido más amplio, cualquier contradicción con una norma interna da pie a la posibilidad de negar la ejecución de la sentencia, en detrimento de lo pretendido por la disposición constitucional y con graves consecuencias en la práctica. Debe entonces optarse por su restricción, quedando solamente por delimitar su referencia a normas estructurales del sistema jurídico incorporante o a todas sus normas imperativas.

[20] Artículo 161.

3. La ejecución de sentencias interestatales en los estados de la federación presenta actualmente problemas de difícil solución que llevan en ocasiones a la imposibilidad legal de lograr su objetivo.

Esta situación se debe principalmente a los defectos de la fracción III del artículo 121 constitucional que se ocupa de la regulación de la cuestión y a la falta de congruencia de las legislaciones estatales con los presupuestos del mismo.

Es necesario reformar la disposición constitucional comentada en el sentido apuntado, adecuándola a la realidad jurídica mexicana, expedir la ley reglamentaria y ajustar a estos textos las legislaciones locales.

BREVE ANÁLISIS Y ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPÚBLICA MEXICANA EN TORNO AL PROBLEMA DE LA EJECUCIÓN EN TERRITORIO NACIONAL, DE SENTENCIAS DICTADAS EN EL EXTRANJERO

María Luisa Martínez Delgadillo

En primer término quiero agradecer a los organizadores del Sexto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado la invitación para participar en un foro tan selecto, al lado de verdaderas personalidades en el campo del Derecho Internacional Privado. Mi intervención más que una ponencia, tiene carácter informativo y lleva por objeto compartir con ustedes las inquietudes surgidas del análisis y estudio comparativo de 31 Códigos de Procedimientos Civiles de la República Mexicana, en torno al problema de la ejecución en Territorio Nacional, de sentencias dictadas en el extranjero, con base desde luego en el Artículo 121 Constitucional y en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Los Códigos analizados son los de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

No me referiré ya al problema de la autodeterminación legislativa de los Estados y el fundamento jurídico del reparto de competencias entre éstos y la Federación, en el ejercicio de soberanía, ya que, si bien este tema y presupuesto del que aquí se desarrolle, ya ha sido amplia y brillantemente expuesto por otros conferencistas. Únicamente quiero someter a discusión si conforme al artículo 73 fracción XVI Constitucional[1] y el artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización,[2] puede afirmarse que la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero forma parte de la condición jurídica de los extranjeros, lo que conllevaría la aplicabilidad del Código Procesal Civil del Distrito Federal y el Código Federal. O si por el contrario, con base en el

1 El Congreso tiene facultad: Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

2 Sólo la ley federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros; en consecuencia, esta ley y las disposiciones civiles del Distrito Federal sobre esta materia, tienen el cargo de federales y serán obligatorias en toda la unión.

artículo 124 constitucional se puede considerar que compete a los Estados legislar en la materia y en consecuencia deben aplicarse las leyes locales.[3]

A este respecto mi opinión personal es que el artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, debe estimarse como inconstitucional, en cuanto invade las soberanías de los Estados, como es el caso de la ejecución de sentencias extranjeras, pues el único nexo para considerar que este punto es parte de los capítulos de nacionalidad y condición jurídica de extranjeros, sería la nacionalidad de las personas que intervinieron en el juicio o la extranjería del tribunal que dictara la sentencia, lo que no es suficiente para fundamentar la competencia federal y si a lo anterior se suma que el artículo 124 de la Constitución, dice que las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación, se entienden reservadas a los Estados, concluyo en este sentido que la ejecución de sentencias extranjeras al no estar expresamente concedida a funcionarios federales, debe entenderse como reservada a los Estados. Sin embargo las dos posturas anteriormente mencionadas, sólo proceden en ausencia de tratados internacionales en la materia, los cuales, acordemente con el artículo 133 constitucional, son Ley General en toda la Unión.[4]

Para una mejor comprensión del problema y un análisis más exacto de los Códigos de Procedimientos Civiles, conviene clasificarlos en grupos:

a) El primero comprende las leyes procesales del Estado de México, Guanajuato y Puebla que no legislan respecto a la ejecución de sentencias extranjeras y se limitan a señalar como aplicables al caso las leyes federales y los tratados internacionales de la materia, es decir delegan la competencia al ámbito federal. Como ejemplo tomaremos la legislación poblana, ya que la redacción de los tres códigos es muy semejante entre sí. El artículo 372 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla dice "En la ejecución de las sentencias dictadas en el extranjero, se aplicarán, además, los tratados que sobre la materia hubiere y las leyes federales del caso, inclusive las procesales". Como ya se dijo los Códigos del Estado de México y Guanajuato comprenden la misma disposición. La única diferencia estriba en que el Código poblano contiene además otras dos disposiciones referentes a la competencia del juez que deba ejecutar la sentencia y a la intervención del Ministerio Público en el procedimiento de ejecución.[5] Prevenciones innecesarias, toda vez que se remite a la legislación federal considerándola aplicable,

[3] "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados."

[4] Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

[5] Cfr. Artículos 373 y 374 del Código de Procedimientos Civiles de Puebla.

y ésta se ocupa de reglamentar tanto la competencia, como la intervención del Ministerio Público en el artículo previo, para determinar la autenticidad del fallo extranjero que pretende ejecutarse.

Respecto a este primer grupo no es necesario hacer ningún otro comentario, ya que en su caso, este sería relativo al problema de la autodeterminación legislativa de los Estados y el fundamento del reparto de competencias, cuyo estudio, como ya se dijo no se emprenderá en este trabajo.

b) El segundo grupo comprende los Códigos que recogen las disposiciones contenidas en el del Distrito Federal en forma exacta, es decir, son copias fieles del mismo y corresponden a los Estados de Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco y Veracruz. Es pertinente incluir también en esta clasificación los Códigos de los Estados de Campeche, Chihuahua y Michoacán, que son sustancialmente iguales también al del Distrito Federal, aun cuando difieren, el de Campeche y el de Michoacán en que, si bien prevén un artículo previo a la resolución de exequatur, no especifican que dicho incidente tiene por objeto determinar la validez del fallo extranjero[6] y, por otra parte, esto no tiene trascendencia alguna, fijan términos distintos al correr traslado, el primero de 9 días y el segundo de 8. También contienen una disposición, que no se encuentra en los demás Códigos analizados, y es la notificación por edictos, a la parte contra quien se haya dictado la sentencia, en caso de no estar presente.[7] Además ambos ordenamientos prevén con detalle, el procedimiento en apelación de la sentencia de exequatur.[8]

Por su parte la ley adjetiva civil del Estado de Chihuahua difiere de la del Distrito Federal en tanto no prevé la sustentación del artículo previo de autenticidad de la sentencia, y remite a las reglas de conflicto en la ejecución de sentencias de estados hermanos.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y los locales afines, adoptan el sistema de revisión limitado, en el que se considera que el Estado receptor no está facultado para analizar la legalidad del fallo y por lo tanto, el control que ejerce, se reduce a puntos estrictamente fijados, es decir, al considerar al juez que recibe el despacho u orden de su superior para ejecutar la sentencia extranjera, como mero ejecutor, se da una mayor facilidad para el exequatur que no es otra cosa que el procedimiento que debe seguirse para que la sentencia pronunciada en el extranjero, se revista de fuerza ejecutoria.

[6] Cfr. Arts. 893 del Código de Procedimientos Civiles de Campeche y 796 del de Michoacán.

[7] Cfr. Arts. 894 del Código de Procedimientos Civiles de Campeche y 797 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán.

[8] Cfr. Arts. 897 del Código de Procedimientos Civiles de Campeche y 800 del de Michoacán.

Aquí es conveniente recordar que, como dice el maestro Alberto G. Arce,[9] la sentencia auténtica lleva en sí tres fuerzas diferentes entre sí: La probatoria, derivada y con el alcance del carácter de acto auténtico;[10] la de cosa juzgada, es decir la de ser tomada como verdad legal, sin admitir prueba en contrario, y que por lo mismo tiene carácter negativo con mira al fondo del negocio y se basa en la presunción "Res judicata pro varitate habetur"; y la fuerza ejecutoria o derecho de pedir al estado que ejecute la sentencia por vía de apremio, cuando la parte perdidosa no lo hace de manera voluntaria, que tiene por lo mismo carácter positivo.

A continuación revisaremos el texto de los artículos relativos a la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. El artículo 604 previene "Las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en países extranjeros, tendrán en la República la fuerza que establezcan los tratados respectivos o en su defecto se estará a la reciprocidad internacional". A este respecto cabe recordar lo que el maestro Alberto G. Arce advierte respecto al principio de reciprocidad, el que tacha de "Absolutamente anticientífico, porque equivale a una retorsión y anticonstitucional, porque ni por reciprocidad internacional ni por cualquier otro motivo, se puede limitar a los extranjeros el pleno goce de los derechos civiles que concede el artículo 33 de la Constitución General de la República, consagrado el derecho que tienen a disfrutar de las garantías que otorga el Capítulo Primero, Título I de ese cuerpo de leyes, entre las cuales se encuentran especialmente las consagradas por los artículos 14, 16 y 17, sobre todo en este último, al mandar a que los Tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia". También advierte este tratadista que no hay doctrina uniforme en lo que a la reciprocidad se refiere, ni en lo que fue a si ésta es material o formal, aun cuando tratándose de ejecución de sentencias, lógicamente debe entenderse que existe reciprocidad cuando se reconocen y ejecutan las sentencias del Estado.[11]

El artículo 605 dice "Sólo tendrán fuerza en la República mexicana las ejecutorias extranjeras que reúnan las siguientes circunstancias:

I. Que se cumpla con las formalidades prescritas en el artículo 108;

II. Que hayan sido dictadas a consecuencia del ejercicio de una acción personal;

III. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en la República;

IV. Que haya sido emplazado personalmente el demandado para ocurrir al juicio.

V. Que sean ejecutorias conforme a las leyes de la nación en que se hayan dictado;

9 Alberto G. Arce. Derecho Internacional Privado, Guadalajara, Jalisco, México, 1965. Departamento editorial de la U. de G., p. 198.

10 Se basa en el principio locus regit actum.

11 Ob. cit., págs. 201-202.

VI. Que llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como auténticas". Merecen comentarios la fracción II, en cuanto se circunscribe a sentencias dictadas a consecuencia del ejercicio de una acción personal, excluyendo las que provienen de acciones reales, en relación con las cuales habría que remitirse al artículo 121 constitucional fracción III, párrafo primero que dice "Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste cuando así lo dispongan sus propias leyes". De ahí que ni en el Distrito Federal, ni en los Estados que legislan como éste tendrán fuerza ejecutoria dichas resoluciones.

La fracción III exige que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en la República (o en los Estados que aquí se contemplan), conviene recordar que la licitud jurídica comprende tres categorías: a) lo que está expresamente permitido por la ley; b) lo que la ley ordena que debe hacerse; c) acciones y omisiones que por no estar expresamente prohibidos por la ley, deben entenderse como permitidos, o dicho en otras palabras pertenecen al orden de lo que es jurídicamente libre.[12]

La fracción IV, en cuanto exige el emplazamiento personal al demandado para ocurrir al juicio, tiende a proteger las garantías constitucionales de ésta; y la fracción V al referirse a que la sentencia sea ejecutoria conforme a las leyes de la Nación en que se dictó, contempla la fuerza ejecutoria positiva o derecho de pedir ejecución por vía de apremio, a que nos referiremos en párrafos anteriores, y tiene su fundamento en el principio de justicia, que por su carácter universal, no debe encontrar obstáculos en las fronteras de los Estados, la ejecución de sentencia sólo debe negarse cuando el ejercicio de la función jurisdiccional en un Estado determinado no ofreciese las garantías que a la Administración de la Justicia deben exigirse en todos los pueblos civilizados.

Para lograr la eficacia práctica de un fallo hay que acudir al auxilio del juzgador que, posteriormente puede ejercer el poder material sobre personas o cosas.

La fracción en cuanto prevé que el fallo reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico, implica la fuerza probatoria de la sentencia, de la que ya hablamos, que deriva precisamente de la autenticidad de la misma.

Los requisitos exigidos por el artículo 605, aun cuando no hacen referencia al orden público, se fundan en él, pues la exigencia de que las sentencias se dicten a consecuencia del ejercicio de una acción personal y el emplazamiento personal al demandado para ocurrir a juicio, son los que fija el art. 121 respecto a sentencias dictadas en los Estados de la República Mexicana y Distrito Federal; y la de que sea lícita en la República la obligación exigida, debe estimarse notoriamente en relación con las leyes o preceptos de orden

12 Ugo Rocco. Derecho Procesal Civil, cita contenida en Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, México, 1977, pág. 538.

público en territorio nacional; y el que sean ejecutoriadas conforme a las leyes del Estado en que se dictaron, es respetar los derechos adquiridos y eficacia de los mismos y pues es inconcluso que para que pueda tenerse por creado un derecho, y por lo mismo para que se considere como adquirido y eficaz, lo primero es que haya nacido conforme a la Ley del Estado de Origen.

El incidente previo a que se refiere el artículo 607 tiene por objeto el examen de la autenticidad o validez[13] del fallo que pretende ejecutarse, así como de las leyes nacionales, para concluir si procede o no el exequatur. Y la parte medular de la ejecución de sentencia extranjeras está contenida en el artículo 608, en cuanto limita al juez ejecutor al examen mencionado, prohibiéndole estudiar la legalidad de la sentencia y la sustitución de ésta por resolución dictada por él. Esta disposición es un exponente, como dice Alberto G. Arce del liberalismo de nuestras leyes.[14]

c) El tercer grupo abarca las legislaciones de los Estados de Morelos, Sonora, Tamaulipas y Zacatecas, las cuales son distintas a la reglamentación del Distrito Federal fundamentalmente en los siguientes puntos: 1) Señalan como requisito para hacer valer una sentencia extranjera en sus respectivos territorios, la declaración de validez ante juez competente, o por conducto diplomático, "cuando lo permitan los tratados o el principio de reciprocidad".[15] Es decir que mientras el Código del Distrito Federal y las legislaciones afines prevén que los fallos extranjeros tendrán en el territorio nacional la fuerza que establezcan los tratados respectivos o la reciprocidad internacional, este tercer grupo de códigos presupone que todas las sentencias extranjeras pueden tener fuerza en su territorio y únicamente la declaración de validez se sujeta bien al establecido en los tratados o al principio de reciprocidad internacional, o se tramita ante el juez competente, con la intervención desde luego del Ministerio Público en este último caso.

2) A continuación este grupo de legislaciones precisa la documentación que debe presentarse acompañando a la solicitud de declaración de validez de una sentencia extranjera; copia del fallo y de las constancias que acreditan el emplazamiento; constancia del tribunal que dictó la resolución de que ésta no está sujeta a impugnación así como de que no se ha completado voluntariamente, ni ejecutado judicialmente en el extranjero. Dichos documentos deben ser legalizados y acompañados de traducción oficial efectuada

13 Algunos de los Códigos de este grupo utilizan el término "válido" en lugar del de "auténtico", al prever lo relativo al incidente y, cabe recordar aquí, que ambas expresiones no son sinónimos ya que por auténtico deba entenderse lo cierto y positivo; el documento que hace ley pública o el acto cierto autorizado y legalizado; mientras que por válido se tiene al acto jurídico idóneo para surtir sus efectos característicos, por no encontrarse afectado por vicio alguno y podrá darse el caso de una sentencia extranjera auténtica, pero inválida.

14 Ob. cit., pág. 203.

15 Cfr. Artículo 475 del Código de Procedimientos Civiles de Zacatecas y Sonora, 454 del de Morelos.

por peritos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.[16] Esta disposición es original, ya que no está contenido en los dos grupos estudiados anteriormente, ni en el que se estudiará más adelante.

3) Otra diferencia importante es el procedimiento a que se sujeta la declaración de validez del fallo extranjero, que es un juicio sumario y no un incidente, como en el Distrito Federal y, por lo mismo, ha de incoarse mediante demanda, con emplazamiento a la contraparte y la intervención del Ministerio Público. Sin embargo, el mismo precepto estatuye que ni el juez ejecutor ni el tribunal superior podrán examinar ni decidir sobre la legalidad de la sentencia que pretenda ejecutarse, limitándose a examinar su autenticidad y la procedencia de la declaración de validez, y en este sentido estas legislaciones recogen también el sistema de revisión limitada a que nos referimos líneas atrás.[17]

4) También este grupo de Códigos exige que los fallos extranjeros reúnan ciertas condiciones para tener fuerza en su territorio, y ésta sería la única limitación en este sentido. Los requisitos son: A) Autenticidad, que también contempla el Código del Distrito Federal; B) Competencia del juez extranjero que dictó la resolución, de acuerdo a los principios generales de la materia. Esta condición no existe en el Código del Distrito Federal, y a mi juicio es importante en cuanto impide los fraudes a la ley; C) El emplazamiento personal al demandado, previsto también por el Código del Distrito Federal; D) La licitud de la obligación de cuyo cumplimiento se trata en la República Mexicana, disposición también contenido en el Código del Distrito Federal; E) Que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada y no esté sujeta a impugnación de acuerdo con las leyes del lugar en que se dictó. Aquí hay una pequeña diferencia con la legislación del Distrito Federal, en cuanto a que ésta únicamente se refiere a que el fallo sea ejecutorio, y ya en párrafos anteriores establecimos la diferencia entre verdad legal o cosa juzgada y la fuerza ejecutoria de una resolución; F) Que no sea contraria la sentencia que pretende ejecutarse a otra resolución pronunciada por un tribunal mexicano, requisito que no contempla la legislación del Distrito Federal, y que a mi juicio, también reviste especial importancia, ya que se refiere al principio de orden público en derecho internacional privado, como una excepción a la aplicación del Derecho extranjero, o en este caso de la ejecución de un fallo dictado conforme a éste, y por lo mismo tiene gran trascendencia práctica, si se tiene en cuenta que la mayoría de nuestros jueces desconocen este principio de Derecho Internacional Privado y por lo mismo raras veces lo invocan, buscando soluciones más complicadas, cuando se percatan de que existe contradicción en otras resoluciones mexicanas y la que se pretende ejecutar, o peor aún ignorando esta circunstancia pueden llegar a ejecutar la sentencia extranjera aun cuando

16 Cfr. Artículos 478 de los Códigos de Procedimientos Civiles de Sonora y Zacatecas y 457 del de Morelos.

17 Cfr. Arts. 479 del Cód. de Proc. Civ. de Sonora y Zacatecas.

contradiga otro fallo pronunciado por tribunales mexicanos; G) Que no esté pendiente a un juez mexicano un juicio sobre el mismo objeto, y entre las mismas partes, iniciado antes de haber pasado una autoridad de cosa juzgada. Esta condición, que tampoco está prevista en el Código del Distrito Federal también es muy importante, teniendo en cuenta el principio de orden público en Derecho Internacional privado, a que se hizo alusión en el párrafo anterior y, en tanto que evita también fraudes a la ley; H) Este grupo de Códigos contiene también otro requisito que no contempla la legislación del Distrito Federal: que la sentencia extranjera no contraríe el orden público, aun cuando, como ya dijimos, los requisitos que prevé el Código del Distrito Federal, si no hacen referencia al orden público, debe entenderse que se fundan en él.[18]

5)Las leyes adjetivas del grupo que se analiza, prevén también, a diferencia del Código del Distrito Federal que podrá hacerse valer una sentencia extranjera para fundar la cosa juzgada; caso en el que se sustancia como incidente previo, por separado, la declaración de validez. Aquí cabe recordar lo que se ha dicho antes respecto a la diferencia entre cosa juzgada y fuerza ejecutoria de sentencia.[19]

6) Los Códigos de Morelos, Sonora y Zacatecas, en título diferente al de ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, en el capítulo que se refiere a cosa juzgada, contienen una disposición que no se encuentra en ninguno de los Códigos de Procedimientos Civiles de los demás grupos y que dice: "Las sentencias de los tribunales nacionales tendrán efecto en el Estado sin más limitaciones que las establecidas en la fracción III del artículo 121 de la Constitución General de la República, cuando deban ejecutarse o hacerse valer en otro Estado, en el Distrito o en los Territorios Federales. Las sentencias extranjeras no establecerán presunción de cosa juzgada en el Estado, sino cuando se haya declarado judicialmente su validez por un tribunal zacatecano".[20] Lo anterior se relaciona con el texto del artículo 482 del Código de Procedimientos Civiles de Zacatecas y relativos de los Códigos de Morelos y Sonora en el que, como ya se dijo se establecen los requisitos para hacer valer una sentencia extranjera para fundar cosa juzgada.

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Zacatecas, aun cuando pertenece a este tercer grupo de legsilaciones y es sustancialmente igual a las demás leyes adjetivas que lo integran, difieren en los siguientes puntos: A) En el artículo 723 Fracción I, que prevé los requisitos para que tengan fuerza ejecutoria en el Estado las sentencias extranjeras, señala en primer término que se cumplan con las formalidades prescritas por el Código Federal de Procedimientos Civiles, siendo por lo mismo diferente esta disposición a las de

[18] Cfr. arts. 480 de los Códigos de Procedimientos Civiles de Sonora y Zacatecas y 459 del de Morelos.

[19] Cfr. arts. 852 del Cód. de Proc. Civ. de Sonora y Zacatecas y 461 del de Morelos.

[20] Cfr. arts. 356 del Código de Procedimientos Civiles de Zacatecas y Sonora y 335 del de Morelos.

todos los demás códigos de la República, que remiten por lo general al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

B) En el mismo artículo, omite algunas de las condiciones que se contemplan en las legislaciones afines, como son: La competencia del juez que dictó el fallo extranjero: que éste sea contrario a otra resolución pronunciada por un tribunal mexicano, que no se encuentre pendiente de resolución ante un juez mexicano, diverso juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes de haber pasado en autoridad de cosa juzgada; también omite el requisito de que la sentencia extranjera no contraríe el orden público, siendo pertinente recordar, en este sentido, lo que ya es dijo respecto a la msima omisión del código del Distrito Federal, es decir, que debe entenderse que las condiciones prescritas por el artículo 723 del Código de Tamaulipas que se comenta, están fundadas también en el principio de orden público.

Por otra parte la legislación tamaulipeca contiene dos requisitos que no contemplan los códigos que le son afines y que sí prevé el Código del Distrito Federal, a saber: que la sentencia extranjera que pretenda ejecutarse haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal[21] y que llene los requisitos necesarios para ser considerada como auténtica.

d) El cuarto grupo de Códigos de Procedimientos Civiles incluye únicamente los de Tlaxcala y Yucatán, los cuales si bien guardan similitud con la legislación del Distrito Federal y entre sí, tienen también diferencias, que es conveniente analizar, el primero se refiere no sólo a sentencias dictadas a país extranjero, sino también a "otras resoluciones", estatuyendo en el artículo 697 que para éstas se observarán las reglas contenidas en el capítulo de ejecución de sentencias y demás resoluciones dictadas por tribunales o jueces de otros estados de la federación, mientras que para la ejecución de fallos señala reglamentación especial.[22]

El Código de Yucatán habla de la legalización de sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero, remitiendo al capítulo de trámites conducente, agregando en su parte final: "salvo en lo dispuesto en los tratados, o en su defecto, por su derecho internacional". Esta es la única legislación entre todas las etudiadas, que remite a normas generales de Derecho Internacional Público. Por otra parte ambos códigos entre los requisitos para que tengan fuerza ejecutoria en los territorios de sus estados las ejecutorias extranjeras, señalan que éstas *no hayan recaído en rebeldía,* es decir rebasan en este sentido la protección a la contraparte, que da la legislación del Distrito Federal, y esta prevención, puede estimarse como anticonstitucional, en cuanto a que, para proteger las garantías de audiencia, es suficiente con que se exija el

[21] Por incluir el Código de Procedimientos Civiles de Tamaulipas este requisito, no le tocan los comentarios obtenidos en el punto 4 de este capítulo (ver pág. 10), que se refieren a que la única limitación para que un fallo extranjero tenga fuerza en el territorio del Estado, está en los requisitos que al efecto exige la propia ley.

[22] Cfr. artículo 697 del Código de Procedimientos Civiles de Tlaxcala.

emplazamiento personal a juicio y que, el exigir que éste no se haya seguido en rebeldía, supone un entorpecimiento de la justicia, que debe ser pronta y expedita, conforme al artículo 17 de la Constitución y, también, impide la ejecución de una sentencia extranjera dictada en contra de un litigante contumaz contrariando así el artículo 33 de nuestra Carta Magna, que otorga a la parte que obtuvo sentencia favorable, a la igual que a todos los extranjeros las mismas garantías individuales que a los mexicanos, entre ellos también, la del acceso a la justicia, para la ejecución de sentencias y el respeto a los derechos adquiridos.

Otra peculiaridad de este grupo de legislaciones estriba en que contienen una disposición análoga a la de las leyes de Campeche y Michoacán, consistente en la notificación por edictos,[23] a la parte contra quien se dictó el fallo extranjero, cuando no se halle en el lugar del juicio. También prevén estos ordenamientos, al igual que los de Campeche y Michoacán, con todo detalle, el procedimiento en apelación de la resolución de exequatur.[24]

Por último el artículo 433 del Código de Procedimientos Civiles de Yucatán establece "Nunca en virtud de ejecutoria dictada por tribunal extranjero, podrán rematarse bienes raíces situados en el Estado", disposición única y original entre todos los Códigos analizados, que está dentro del espíritu del artículo 121 constitucional y del grupo de códigos afines al del Distrito Federal, en cuanto limitar la ejecución de sentencias extranjeras, a aquellas que son dictadas a consecuencia del ejercicio de una acción personal, buscando tal vez, la protección al Derecho de propiedad de los mexicanos, frente a los extranjeros, sin que ello implique contradicción alguna con la garantía constitucional de propiedad, consagrada en el artículo 27 y que con las restricciones que en el mismo artículo se señalan, se concede también a los extranjeros.

No sería completo el estudio hasta aquí comprendido, si no se mencionaran las disposiciones contenidas en el artículo 428 del Código Federal de Procedimientos Civiles, único que se refiere a ejecución de sentencias dictadas en país extranjero y que, sólo prevé que el tribunal requerido resuelva si el fallo es o no contrario a las leyes de la República, a los tratados o a los principios de Derecho Internacional, sin ocuparse de autenticidad del fallo ni de las demás cuestiones de procedimiento que si contemplan los demás cuerpos de leyes procesales.[25]

Por otra parte conviene también recordar el tratado de Derecho Procesal internacional de Montevideo, 1940, que previene como requisito para el otorgamiento del exequatur, en el artículo quinto, cuestiones: A) de fondo, como son la competencia del juez que dictó el fallo extranjero así como del juez ejecutor, que el fallo tenga carácter de cosa juzgada, que no contravenga el orden público del país receptor y que no se viole la garantía de audiencia

23 Cfr. artículos 701 del Código de Proc. Civiles de Tlaxcala y 427 del de Yucatán.
24 Cfr. artículos 706 y 707 del Código de Proc. Civiles de Tlaxcala y 431 y 432 del de Yucatán.
25 Cfr. artículo 428 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

de la parte afectada por la ejecución, es decir, que ésta haya sido emplazada personalmente y representada en juicio, o que conste la declaración de rebeldía. Cabe señalar que aun cuando aquí también se habla de juicio en rebel día, esta disposición no contiene las mismas dificultades que las comprendidas en los códigos de Tlaxcala y Yucatán, porque circunscribe el respeto a la garantía de audiencia, al emplazamiento personal, refiriéndose en forma complementaria a la representación en el juicio o a la declaración de rebeldía, pero, ni impide la ejecución de la sentencia en el caso de que ésta hubiese recaído en rebeldía.

B) De forma, la comprobación de autenticidad de la sentencia y la traducción de la misma, en caso necesario.[26] Es pertinente señalar que el artículo tercero del tratado en cita se refiere a sentencias civiles, mercantiles y contencioso administrativas: "Las sentencias y los laudos homologados, dictados en asuntos civiles, comerciales o contencioso administrativos; las escrituras públicas, y los demás documentos otorgados por los funcionarios de un Estado; y los exhortos y cartas rogatorias, se considerarán como auténticas en los otros Estados signatatorios con arreglo a este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados".[27]

También el Código de Bustamente previene en su artículo 423[28] el exequatur de una sentencia civil o contencioso administrativa, dictada en uno de los Estados partes, señalando como condiciones la competencia, la satisfacción de la garantía de audiencia, el respeto al orden público del país en que pretende ejecutarse el fallo; que se trata de cosa juzgada y que la resolución, debidamente traducida, cuando proceda, reúna los requisitos necesarios para ser considerada como auténtica.[29]

Resumiendo, puede señalarse que en cuanto a los requisitos para que tenga fuerza ejecutoria una sentencia dictada en el extranjero, existe en esencia similitud entre el tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional y el Código de Bustamante y nuestras leyes adjetivas mexicanas, en cuanto todas ellas prevén requisitos de forma, como el de autenticidad y en caso necesario, la traducción del fallo y, como requisitos de fondo con las diferencias hechas notar en el presente trabajo, la competencia, la cosa juzgada, el emplazamiento personal y el respeto al orden público.

Con la esperanza de que el análisis comparativo de los Códigos de Procedimientos Civiles de la República Mexicana, en materia de ejecución de sentencias extranjeras sea de alguna utilidad para los estudiosos de Derecho Internacional Privado, únicamente me resta agradecer la atención prestada.

26 Carlos Arellano García, Der. Int. Priv. Ed. Porrúa, México, 1976, p. 722.
27 Cfr. artículo 3o. del Tratado de Montevideo sobre Derecho procesal internacional.
28 Cfr. art. 423 del Código Bustamante.
29 Vid. Carlos Arellano Gacía, Ob. cit., pág. 739.

CONFLICTO DE LEYES PENALES ENTRE ENTIDADES FEDERATIVAS (CONTRIBUCIÓN AL MARCO TEÓRICO)

JORGE ALBERTO SILVA

1. PRINCIPIOS

Creemos que para plantear el tema a abordar y el desarrollo del mismo se hace necesario, previamente, abrir un preámbulo, para dejar sentado los principios en que se habrán de cimentar las observaciones y conclusiones de este trabajo.

1.1 El fundamento legal del conflicto de leyes interestaduales se encuentra establecido en el artículo 121, fracción I, de la Constitución.

Dicho precepto establece que "Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él".

Con tres pequeñas acotaciones al precepto nos basta para indicar los tres principios básicos que deben tomar en cuenta las leyes secundarias:

1.1.1. La ley regirá sólo respecto de los actos acaecidos dentro del propio territorio (leges non obligant extra territorium).

1.1.2. La ley estadual no puede, por sí misma, regir respecto de actos ocurridos fuera de su territorio.

1.1.3. La Constitución no prohíbe que una ley estadual admita la aplicación de leyes foráneas.

1.2. Debemos recordar que la mayoría de los estudios sobre el conflicto de leyes, en México, ha girado en torno al estudio del artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable a la vez en materia federal.

1.3. En torno al conflicto de leyes penales interestaduales francamente nada se ha escrito en nuestro país.

Los penalistas que se han atrevido al estudio de este tema, lo han abordado bajo el ángulo del conflicto internacional, más no al interestadual.[1]

Esto posiblemente se origina con motivo de que la ley penal mexicana, ha

[1] Citemos en México por ejemplo a Francisco Pavón Vasconcelos. Nociones de Derecho Penal Mexicano; Parte General. Tomo I, Editorial Judídica Mexicana, México, 1961, págs. 107 y sigts. Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1974, págs. 143 y siguientes. Debemos advertir que sus estudios se circunscriben básicamente al ámbito espacial de validez sin llegar al estudio de los conflictos de leyes.

sido "traída" a México de Italia y de España, países donde no existe el federalismo, y donde, desde luego, no es posible aludir a conflictos interestaduales.

2. OBJETIVOS

La finalidad que persguimos con este trabajo se encuentra orientada básicamente a dos objetivos:

2.1. En primer lugar, tratamos de llamar la atención de los internacionalistas para que también guíen sus estudios a las normas penale.s

Este campo ha sido descuidado por los iusinternacionalistas privatistas, ya que sólo se han enfocado al campo civil y mercantil (prueba de ello, son la mayoría de los temas abordados en este Seminario).

Se les ha dejado a los penalistas el estudio de estas áreas y estos tampoco han aportado soluciones a los temas conflictos de leyes.

Ciertamente en ello están interesados los penalistas pero también lo deben de estar los iusinternacionalistas dado la íntima conexión del tema con el programa fundamental del derecho internacional privado (aunque en el caso sería interestadual).

2.2. Como segundo objetivo buscado con el desarrollo de este trabajo tratamos de coadyuvar en la elaboración del marco teórico para la resolución del problema de conflictos de leyes penales interestaduales, en base a la clasificación de los casos hipotéticos que pudieran suscitarse. Reiteramos, no tratamos de aportar soluciones sino sólo marcar pautas para la elaboración de las soluciones o los conflictos.

3. SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Penal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, posee un doble ámbito espacial de validez: es aplicable en el Distrito Federal tratándose de delitos del fuero común y también es aplicable en toda la República tratándose de delitos de carácter federal. Esto es, que para el estudio del ámbito de aplicación de las leyes penales, debemos separar el aspecto federal del local.

En lo que toca a la aplicación del Código Penal en el ámbito federal, su estudio escapa a nuestro tema.[2] En lo que corresponde al ámbito local, su estudio nos importa, en la medida en que sus normas entren en conflicto con las de otras entidades federativas.

3.1. El Código Penal para el Distrito Federal, sigue el sistema terirtorialista: "Este Código se aplicará en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los Tribunales comunes". (Art. 1o.)

3.2. El Código Penal para el Distrito Federal, sigue, a la vez, el principio

[2] No hacemos estudio alguno en el ámbito federal puesto que en éste se marcan o basan los conflictos de carácter internacional y no interestaduales.

de la extraterritorialidad, cuando establece que se aplicará: "por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tenga efectos en el territorio de la República" (art. 2, frac. I).

Debemos hacer notar que este último principio de extraterritorialidad, está referido a los delitos que en el extranjero se inicien, preparen o cometan, más no a los delitos que en otras entidades federativas, dentro de México, se inicien, preparen o cometan, cuando produzcan o se pretenda que produzca efectos dentro del territorio del Distrito Federal.

Luego entonces el Código para el Distrito Federal (local, no federal) no establece disposición alguna, que implique la aplicación de la ley distrital a hechos ocurridos fuera del propio Distrito Federal.

3.3. Por otra parte, tampoco aparece en la ley distrital, precepto alguno que admita la aplicación de ley proveniente de otro Estado, a hechos ocurridos dentro del propio Distrito Federal, aun cuando los hechos se inicien, preparen o cometan en el Distrito Federal con producción o tensión de efectos fuera del territorio del Distrito Federal con producción o tensión de efectos blece el principio territorial.

3.4. No obstante lo explicado, en el terreno práctico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, subrepticiamente, ha sostenido la aplicación de la ley distrital para casos ocurridos fuera del territorio del Distrito Federal.

"COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL FUERO COMÚN DEL DISTRITO FEDERAL EN RAZÓN DE LOS EFECTOS".

(Interpretación restrictiva del artículo 2o., fracción I, del Código Penal del Distrito Federal). Sin que valga en contrario argumento alguno en razón del principio de competencia territorial, ningún perjuicio al orden legal se causa con motivo del conocimiento y ejercicio de la facultad jurisdiccional por parte de los tribunales del fuero común del Distrito Federal, si los efectos de un delito cometido en otra entidad de la República se producen en la Ciudad de México. De este modo y mediante una restrictiva interpretación del artículo 2o., fracción I, del Código Penal del Distrito Federal, ninguna violación de garantías se irrogó en perjuicio del quejoso, aun cuando éste hubiese hecho valer que el robo de un automóvil se produjo en un poblado del Estado de Oaxaca y que por ende a Tribunales de esta Entidad y por este hecho correspondía la jurisdicción y competencia si la finalidad de la sustracción de dicho vehículo fue tenerlo como instrumento para la realización de otros hurtos, como lo fue el diverso robo cometido en una joyería en la capital de la República.

Amparo directo 5064/78.—Ángel Rodríguez Bazaldúa.—20 de septiembre de 1979.—Unanimidad de votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F., Secretario: José Jiménez Gregg.

Informe 1979, Segunda Parte, 1a. sala. Tesis 6, págs. 5 y 6.

4. SISTEMA DE LOS CÓDIGOS CHIHUAHUENSE Y VERACRUZANO

En lo que atañe al ámbito espacial de validez de las leyes penales los códigos de estos Estados, éstas no tienen como código patrón al del Distrito Federal.

En las entidades federativas sus leyes internas sí establecen aplicabilidad de las mismas para hechos ocurridos fuera de la propia entidad federativa. Regulación que, desde luego, no es acogida por la ley distrital.

Para su estudio hemos escogido a las leyes veracruzanas y chihuahuense.

Ambas leyes, a diferencia de la ley Distrital, sólo poseen un ámbito espacial de validez (el código del D.F., es local y federal), es decir, sólo es aplicable a delitos del denominado fuero común.

4.1. Ambas leyes (veracruzana y chihuahuense) establecen la regla general de la territorialidad.

"Este Código, dice el Código Penal para el Estado de Veracruz, se aplicará por delitos cometidos en el Estado, que sean competencia de sus tribunales" (Art. 1o.). Es decir, marca la regla territorialista.

El Código de Defensa Social para el Estado de Chihuahua se conduce en igual sentido. Su artículo primero establece: "Este Código se aplicará en todo el Estado, por las infracciones antisociales de la competencia de los tribunales locales, cometidas en su territorio, cualesquiera que sean la residencia o nacionalidad de los infractores.

4.2. Al lado de esta regla territorialista, las leyes chihuahuense y veracruzana establecen, a la vez, el principio de la extraterritorialidad.

El Código Veracruzano indica sobre el particular que el mismo se aplicará "respecto de aquellos (delitos) ejecutados fuera de la entidad, cuando causen efectos dentro de su territorio" (artículo 1o.).

Por su parte el código chihuahuense establece que "se aplicará, asimismo, por las infracciones antisociales que se inicien, preparen o cometan fuera del Estado, cuando produzcan o se pretenda que tenga efectos en el territorio de Chihuahua, siempre que no se haya sentenciado ya debidamente por ellas al responsable en otro lugar" (artículo 2o.).

Interesa diferenciar aquí, los delitos que se ejecutan o consuman fuera de la entidad federativa, de aquellos que se sigan o continúen cometiendo dentro de la propia entidad federativa (delitos continuos y continuados). En los continuos, y en los continuados, la regla territorialista es la aplicable.

El estilo de ambos códigos estaduales es semejante al seguido por la ley distrital en lo que se refiere a delitos cometidos en el extranjero.

No obstante, en ninguna de sendas leyes locales se condiciona la aplicabilidad de la ley penal (como lo hace la federal), a cualquiera de los siguientes hechos:

a) Que el acusado se encuentre dentro del territorio del Estado que pretende aplicar su ley;

b) Que el hecho esté definido o no como delito en la entidad donde se ejecutó, y

c) En el código veracruzano no se establece el non bis in idem como en el chihuahuense.

Vale la pena precisar un poco más en qué consiste la extraterritorialidad. Para esto, diferenciemos a aquellos delitos que se inician, preparan o consuman fuera de la entidad federativa, pero cuyos efectos se dan dentro de la propia entidad federativa, de aquellos delitos que se inician, preparen o consuman fuera de la entidad federativa, pero cuyos efectos, se pretende que se den dentro de la propia entidad federativa.[3]

En el primer caso, la regla territorial no es inconsecuente pues se establece la aplicabilidad de la ley en el lugar donde tiene efectos el delito.[4]

En el segundo caso, no podemos aludir a la regla territorial pues el delito no produce efectos dentro de la entidad federativa ya que sólo se pretendió que tuviera efectos (existe una expectativa).[5]

No obstante, en ambos casos, se da la base para el surgimiento de un conflicto de leyes. Piénsese, por ejemplo, en un delito iniciado, ejecutado o consumado en Veracruz, con efectos o con pretensión de efectos en Chihuahua. ¿Cuál de las leyes penales será la aplicable? ¿La veracruzana o la chihuahuense? El problema se complica cuando en ambas entidades es diversa la definición típica o la sanción. ¿Cuál penalidad será la aplicable? ¿La más benigna o la más grave?

Adviértase que en ninguna de ambas leyes locales se establece el principio personal o de lugar de origen del delincuente, ni el principio real, como el de la ubicación o residencia del delincuente. Esta ausencia complica aún más la solución de un posible conflicto.

4.3. Por último, para concluir con el examen del sistema de las leyes estaduales que nos hemos tramado debemos de advertir que en ninguna de ambas se establece regla alguna que admita la aplicación de una ley de otra entidad federativa ajena a la propia por actos realizados dentro de esta última.

[3] A pesar de esta diferencia, la misma es confundida por el maestro de la Universidad de Chihuahua, Mauro Antonio Rodríguez Legi, cuando comenta el artículo 2 de la ley chihuahuense. Diferencias del Código de Defensa Social de Chihuahua con el Código Penal del Distrito Federal. Chih., 1976.

[4] Aquí, sostiene Pavón Vasconcelos, "se consagra el principio de la territorialidad de la ley, atendiendo a que la lesión se produce, a través de los efectos, en el territorio de la República (digamos de la entidad federativa)" opus cit, pág. 118. No obstante, queda la duda en cuanto que sea realmente territorialista, puesto que si se atiende al lugar de realización de la acción u omisión típica, esto ocurre fuera del estado. En los delitos continuos y continuados no queda duda de la territorialidad aunque, por desgracia, son varios los estados que reclaman la aplicación de su propia regla territorial.

[5] En este punto no estamos de acuerdo con Pavón Vasconcelos cuando afirma que en esta última situación se "recoge tanto el principio real o de la protección, como el personal o de la nacionalidad", pues no deben confundirse estos principios con los efectos del delito. Opus cit, pág. 118.

5. PLANTEAMIENTO DE LOS CONFLICTOS

Para penetrar en el estudio de los conflictos de leyes penales, es preciso clasificar previamente, los posibles casos que pudieran presentarse. De la clasificación que de los casos existan dependerá la posible o las posibles soluciones que a cada caso se pudiera dar.

Consideramos que en dos grandes campos pueden aglutinarse los conflictos de leyes penales:

5.1. Primero: se refiere al caso de delitos continuos y continuados, ejecutados y consumados en diversas entidades federativas, y en todas las cuales la conducta criminosa es definida y sancionada como delito.

El caso del viajero, verbigracia, que sufre en su patrimonio el robo de un collar de perlas. Siendo susbsraídas las perlas una a una a lo largo de todo el viaje que cruza diversas entidades federativas.

En este caso la regla territorialista de cada entidad federativa dispone la aplicación de la ley local, más como el hecho ocurrió en varias entidades federativas, ¿cuál ley será aplicable?, es decir, ¿la ley de cuál entidad federativa?[6]

Definitivamente, no existe disposición que solucione el problema. Podría decirse que convendría la adopción de un sistema real (ubicación, residencia del delincuente) o un sistema personal (origen del delincuente). Pero no siempre solucionaría todos los casos. Piénsese, por ejemplo, que se ignora dónde se encuentra el delincuente o que si se localiza, éste se encuentra en una entidad federativa donde el hecho no se encuentra tipificado, o piénsese también en que se ignora el lugar de origen del delincuente, o que conociéndolo, éste resulta ser extranjero, o que en el lugar de su origen no se tipifique el hecho como delito.

Las posibles soluciones a los conflictos que en este caso pudieran surgir, no sólo se referirían a determinar cuál ley punitiva es la aplicable, puesto que también puede ocurrir que en alguna de las varias entidades federativas donde el delito persistió no tiene el carácter de delictuosidad. Es decir en un estado se legitima el acto y en otro se sanciona. ¿Cuál ley se aplicará? ¿La punitiva o la legitimadora?

5.2. Segundo: El segundo gran campo en que pueden aglutinarse los conflictos de leyes penales se refiere a aquellos delitos cometidos en una entidad federativa pero con efectos o pretensión de que surta efectos en otra entidad federativa.[7]

[6] Debe advertirse que este trabajo se refiere al conflicto de leyes penales, no al conflicto de jurisdicciones penales, donde el problema se soluciona según las leyes procedimentales a favor del juez que tenga a su disposición al delincuente o ante el que se ejercitó la acción primeramente.

[7] Respecto a los delitos cometidos a bordo de embarcaciones o aeronaves, que esencialmente y por disposición del artículo 124 Constitucional no le pertenecen a la federación, no pueden ser reprimido por la ley federal. Conflicto similar a los interestaduales puede presentarse entre legislación estadual y la legislación aplicable a la aeronave o embarcación.

Este segundo gran campo podemos, a la vez, suzdividirlo para su planteamiento en tres casos:

El primer caso se refiere a que en ambas entidades federativas (donde se inició, ejecutó y consumó, así como en la que tiene o efectos o pretensión de que tenga efectos). El hecho se define y sanciona como delito. (Ilicitud en la causa y en el efecto).

El segundo caso se refiere a la ley de la entidad federativa donde se inicia, ejecuta o consuma un delito; el hecho está definido y sancionado como tal, pero no así en la entidad federativa donde tendrá efectos o se pretende que los tenga (Ilicitud en la causa, licitud en el efecto).

El tercer caso se finca en que en la ley de la entidad federativa donde se inicia, ejecuta o consuma el delito, no defina, ni sancione a tal conducta, pero si se define y sanciona en la entidad donde tiene o pretende que tenga efectos (licitud en el acto, ilicitud en el efecto).

5.3. Expliquemos ahora cada uno de los indicados casos.

En el primer caso, según el cual la conducta delictuosa se define y sanciona en ambas entidades federativas, ocurre que la ley local regula hechos ocurridos más allá de sus fronteras, pero sus efectos o la pretensión de sus efectos se llevará a cabo dentro del territorio estadual.

En este caso, vale la pena deslindar dos situaciones: que el efecto se produzca dentro de la entidad federativa o que sólo exista pretensión de que surta efectos. Creemos que en la primera situación se deberá legislar en torno al posible conflicto que se pudiera plantear, pero en la segunda situación por no tener efectos dentro de la entidad federativa, aunque sí sólo pretensión de efectos, la ley local no puede legislar por dos razones:

Porque razonablemente no se puede sancionar aquello que sólo es manifestación de ideas, sin principio de ejecución, y porque la ley local, por imperativo de la fracción I del artículo 121 Constitucional, sólo puede tener efecto dentro de su propio territorio, no pudiendo sus normas ser obligatorias fuera de él. En este sentido resulta inconstitucional la situación expuesta por la ley chihuahuense.

5.4. El segundo de los casos planteados se refiere al caso en que el legislador de la entidad federativa donde se ejecuta o consuma el hecho delictuoso, si define y sanciona como delito a tal conducta, definición y sanciona inexistente en la entidad donde tendrá efectos o se pretende que los tenga (ilicitud en la causa, licitud en el efecto).

Verbigracia, el caso de la revelación de secretos profesionales en entidad federativa que considere tal conducta como delictuosa, pero que los efectos se propaguen o se pretenda que propaguen en entidad federativa donde tal conducta no sea definida ni sancionada como delictuosa.

En este caso, descartamos la posibilidad de un planteamiento de conflcto de leyes de carácter punitivo, puesto que en la entidad federativa donde tendrá efectos el delito, está impedida para sancionar conductas ocurridas fuera

de su propio territorio. El principio nullum crimen sine tipo, nos da igualmente la razón.

No obstante, resulta posible plantear un conflicto de leyes: si un estado sanciona y el otro no ¿el hecho estará legitimado o sancionado? ¿se aplicará la ley sancionadora o la ley legitimadora?

5.5. El tercer caso que planteamos recuerda al legislador de la entidad federativa donde el delito tendrá efectos o se pretende que los tenga. Legislador que si define y sanciona a la conducta, dato que no ocurre en la entidad federativa, donde la conducta se ejecuta o consuma. (Licitud en el acto, ilicitud en el efecto).

Vervigracia, coalición de funcionarios realizada en territorio donde no es delictuosa, con efectos o pretensión de efectos donde sí se define y sanciona como delito.

Otro caso, adulterio en Veracruz, donde no es delictuoso, pero cuyo alcance público trasciende hasta Chihuahua, donde vive el cónyuge ofendido.

En este caso, como en el anterior, no será posible la concretización de un conflicto de leyes punitivas pues en una de las entidades federativas la conducta no es delictuosa.

No obstante, como en el caso anterior, ¿deberá aplicarse la ley punitiva o la legitimadora?

El problema fundamental en este caso radica también en determinar si es o no posible sancionar a quien inicialmente realizó una conducta lícita, pero cuyos efectos son ilícitos.

6. CONCLUSIÓN

En conclusión, sólo es posible aludir a conflicto de leyes penales entre entidades federativas, cuando la cuestión se sustente en los siguientes casos:

a) Tratándose de delitos continuos y continuados ejecutados y consumados en varias entidades federativas, y

b) Tratándose de delitos iniciados, ejecutados o consumados en una entidad federativa, pero cuyos efectos se concreticen en otra entidad federativa.

1. Citemos en México por ejemplo a Francisco Pavón Vasconcelos. Nociones de Derecho Penal Mexicano; Parte General Tomo I, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1961, págs. 107 y sigts. Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1974, págs. 143 y siguientes. Debemos advertir que sus estudios se circunscriben básicamente al ámbito espacial de validez sin llegar al estudio de los conflictos de leyes.

2. No hacemos estudio alguno en el ámbito federal puesto que en éste se marcan o basan los conflictos de carácter internacional y no interestaduales.

3. A pesar de esta diferencia, la misma es confundida por el maestro de la Universidad de Chihuahua Mauro Antonio Rodríguez Legi cuando comenta

el artículo 2 de la ley chihuahuense. Diferencias del Código de Defensa Social de Chihuahua con el Código Penal del Distrito Federal. Chih., 1976.

4. Aquí, sostiene Pavón Vasconcelos, "se consagra el principio de la territorialidad de la ley, atendiendo a que la lesión se produce, a través de los efectos, en el territorio de la República (digamos de la entidad federativa)" opus cit., pág. 118. No obstante, queda la duda en cuanto que sea realmente territorialista, puesto que si se atiende al lugar de realización de las acción u omisión típica, esto ocurre fuera del estado. En los delitos continuos y continuados no queda duda de la territorialidad aunque, por desgracia, son varios los estados que reclaman la aplicación de su propia regla territorial.

5. En este punto no estamos de acuerdo con Pavón Vasconcelos cuando afirma que en esta última situación se "recoge tanto el principio real o de la protección, como el personal o de la nacionalidad", pues no deben confundirse estos principios con los efectos del delito. Opus cit., pág. 118.

6. Debe advertirse que este trabajo se refiere al conflicto de leyes penales, no al conflicto de jurisdicciones penales, donde el problema se soluciona según las leyes procedimentales a favor del juez que tenga a su disposición al delincuente o ante el que se ejercitó la acción primeramente.

7. Respecto a los delitos cometidos a bordo de embarcaciones o aeronaves, que esencialmente y por disposición del artículo 124 Constitucional no le pertenecen a la federación, no pueden ser reprimidos por la ley federal. Conflicto similar a los interestaduales puede presentarse entre legislación estadual y la legislación aplicable a la aeronave o embarcación.

ALGUNOS ASPECTOS DEL SISTEMA DERIVADO DE LA FRACCIÓN V, DEL ARTÍCULO 121, CONSTITUCIONAL, EN EL DISTRITO FEDERAL

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

I. INTRODUCCIÓN

En el presente informe me propongo dar cuenta sumariamente de algunos aspectos del Sistema derivado de la fracción V, del artículo 121 Constitucional en el Distrito Federal. Dicha fracción se rige por el principio *Locus regit actum* tanto en el fondo como en la forma.

El sistema se complementa con los artículos 3o. y 5o. segundo párrafo, Constitucionales, la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal (Ley Reglamentaria) y el Reglamento de esta Ley (Reglamento).

II. EL SISTEMA

El párrafo segundo del artículo 5o. Constitucional establece que,

> "La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo."

De esta manera, la disposición Constitucional establece el principio de autonomía estatal en la materia, principio que se confirma con lo establecido por la fracción V, del artículo 121 Constitucional que nos ocupa y que establece que,

> "Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, será respetados en los otros."

En esta última disposición, como podrá observarse, el principio de la *locus regit actum* se refiere al fondo (cumplimiento de planes de estudio, de exámenes profesionales, etc.) y a la forma (cumplimiento de los requisitos de expedición propiamente dichos).

Asimismo, se determina que los títulos profesionales expedidos deberán ser "respetados", pero dicho "respeto" no sólo debe ser considerado en abstracto ya que el fin de los mismos es el avalar a una profesión y su ejercicio lo que implica a la "Cédula Profesional" correspondiente. De esta manera un médico o un abogado que haya obtenido su título profesional conforme a las Leyes de un Estado podrá ejercer en cualquiera otra entidad federativa, con lo que se está conforme al sentido que el constituyente quiso al establecer como dispositivo general del artículo 121, que,

> "En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de los otros",

dejando a cargo de leyes federales la prueba y efectos de dichos actos.

En este sentido, en la reforma al artículo 13 de la Ley Reglamentaria[1] se establecieron las bases para la unificación del registro profesional a través de convenios de coordinación con los Estados que son:

> "I. Instituir un solo servicio para el registro de títulos profesionales;
>
> II. Reconocer para el ejercicio profesional en los Estados, la Cédula expedida por la Secretaría de Educación Pública y consecuentemente, reconocer para el ejercicio profesional en el Distrito Federal las cédulas expedidas por los Estados.
>
> III. Establecer los requisitos necesarios para el reconocimiento de los títulos profesionales, así como los de forma y contenido que los mismos deberán satisfacer;
>
> IV. Intercambiar la información que se requiera; y
>
> V. Las demás que tiendan al debido cumplimiento del objeto del convenio."

Por su parte la Ley Reglamentaria en concordancia con el artículo 121 Constitucional, abre la posibilidad del reconocimiento de los títulos expedidos en los Estados al establecer en su artículo 12 que,

> "Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado serán registrados, siempre que su otorgamiento se haya sujetado a sus leyes respectivas, de conformidad con la fracción V del artículo 121, de la Constitución."

La única salvedad a esta disposición consiste en los casos de títulos de los

[1] Decreto de 31 de diciembre de 1973 publicado en el Diario Oficial de 2 de enero de 1974.

Estados en los que no existan los planteles profesionales correspondientes (artículo 14), sin embargo, la disposición citada, al establecer la posibilidad de registro abre la oportunidad de que se pueda ejercer la profesión que ampara el título de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3o., de la misma Ley Reglamentaria que establece que,

> "Toda persona a quien legalmente se le haya expedido título profesional o grado académico equivalente, podrá obtener cédula de ejercicio con efectos de patente, previo registro de dicho título o grado."

Subsiste un aspecto que es importante comentar. El caso de profesiones que no existan en el Distrito Federal. Si se toma en cuenta que, por un lado la Ley Reglamentaria establece[2] una lista determinada de profesiones que requieren de título y por otro lado, la propia Ley Reglamentaria preceptúa que la persona que ofrezca públicamente sus servicios como profesionista sin serlo, se le castigará penalmente (artículo 63).[3] Podría suceder que una persona que haya adquirido una profesión en algún Estado y establecido en la Ciudad de México se anuncia como tal, podría dar lugar a la sanción establecida en el artículo 63. Sin embargo, en este caso, consideramos que no existirá problema en la medida que no se trata de una de las profesiones enlistadas en la Ley Reglamentaria y por tanto no se estará anunciando en una profesión que no se tiene, como es el caso del supuesto del artículo 63.

De manera general, como puede apreciarse, el sistema derivado de la fracción V, del Artículo 121 Constitucional en el Distrito Federal es bastante completo y se irá perfeccionando en la medida que se celebren los acuerdos de coordinación con los Estados.

[2] El Artículo Segundo modificado por Decreto de 31 de diciembre de 1973, establece 23 profesiones que necesitan título y cédula para su ejercicio.

[3] "Artículo 63, al que ofrezca públicamente sus servicios como profesionista, sin serlo, se le castigará con la misma sanción que establece el artículo anterior."

CONFLICTO ENTRE UN PRECEPTO DE LA LEY DEL INFONAVIT CON PRECEPTOS DE ALGUNAS LEYES DEL ESTADO DE JALISCO

CARLOS HÍJAR Y OTROS

Tradicionalmente los tratadistas mexicanos de Derecho Internacional Privado coinciden en la necesidad de promulgar las leyes generales reglamentarias del Artículo 121 Constitucional a fin de que, mediante la revisión tanto del precepto como de las circunstancias actuales pueda adecuarse a nuestro tiempo y a nuestras necesidades con objeto bien de evitar o bien de resolver los conflictos de ley que puedan presentarse entre las legislaciones de las diversas entidades federativas y con la Federación.

Ahora bien, ¿por qué la insistencia en esa necesidad? y, paradójicamente, ¿por qué el soslayar problema tan grave y tan actual? Es evidente que litigantes y jueces evitan plantear prácticamente problemas de este tipo; legisladores, tanto locales como federales han promulgado ordenamientos visiblemente inconstitucionales disfrazando su erróneo proceder con la consecución de un bien social, fin último de la función institucional del Estado. Ello ha originado consecuencias desastrosas y concomitantemente situaciones que mal disfrazadas con el sello de la licitud desquician el orden jurídico; base del orden social y familiar y producen a la vez lamentable imagen frente a instituciones ajenas a nuestra realidad.

Ya en 1943 el ilustre jurisconsulto jalisciense don Alberto G. Arce, en su obra Derecho Internacional Privado, propugna por la promulgación de las leyes generales reglamentarias del Artículo 121 Constitucional.

Posteriormente en 1948 el distinguido jurista mexicano, Lic. Eduardo Trigueros[1] formula un anteproyecto de reglamentación, enfocando sólo la base IV del artículo 121 Constitucional, pero que significaba ya el primer paso al ataque frontal y directo sobre la totalidad de este numeral. En 1957 el maestro José Luis Siqueiros insistía en la urgencia de que el Congreso de la Unión dictara las leyes generales reglamentarias del propio Artículo 121 Constitucional, evocando como sincero homenaje al maestro Trigueros. Ya desaparecido, el Anteproyecto de Ley Reglamentaria elaborado por este ilustre jurista.[2] Sin embargo quedó sin respuesta ni continuidad hasta la fecha.

Continúa pues la actitud, temerosa casi, de jueces, magistrados y litigantes,

[1] Siqueiros, J. Luis, "Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano", Universidad de Chihuahua, México, 1951.

[2] *Op. cit.*, p. ...

sin descartar legisladores, actitud que sigue siendo origen de problemas de difícil solución, creadores de desfavorable imagen para nuestro país y sus instituciones.

La necesidad, se insiste, se hace más palpable cada día en virtud de la estructura político-jurídica de la nación; el Artículo 40 de nuestra Carta Magna señala que por voluntad popular la nuestra es una República Democrática, Representativa y Federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior. El último atributo, antecedente de los conflictos que surgen entre las leyes de los distintos Estados que la componen les proporciona la facultad que los mismos tienen para ejercer libertad y soberanía en su régimen interior; el ejercicio pues, de esa libertad desemboca en la expedición de leyes que eventualmente entran en conflicto con las leyes de otros Estados de la Federación o con las leyes de la Federación misma.

Aparentemente la propia Constitución Federal en su Artículo 133 establece la forma de solucionar los conflictos derivados de la convergencia de leyes federales o leyes estatales; eso es aplicación cruda del principio de la supremacía constitucional.

El maestro Carlos Arellano García sostiene que en cumplimiento al principio de la supremacía de las leyes federales sobre las estatales el juzgador debe preferir las disposiciones constitucionales sobre las estatales; pero en caso de que la autoridad que tenga a su cargo la aplicación de la ley constitucional o la local no es autoridad judicial, puede aplicarse esta última y no sujetarse a la ley federal; agrega que si la aplicación de la ley local afecta a un particular procede de la interposición del juicio de garantías en contra de los actos de autoridad local que vulnere o restrinja las garantías individuales del quejoso.[3]

Hasta aquí es clara la supremacía de la norma constitucional sobre la norma local emanada de un Estado de la Federación, parte a su vez y distinto del Estado Federal. Pareciera que esta práctica constitucional contradice la concepción más pura que Hans Kelsen tiene del Estado Federal; coexistencia y superposición de dos sistemas definidos, de los órganos jurídicos centrales y de los órganos jurídicos locales, cada uno dentro de su esfera de acción, con una zona de determinación especial, con un respeto mutuo de jerarquías y jurisdicciones, basado todo en una organización que depende de la ley fundamental. . ."

Reafirma este pensamiento el contenido del Artículo 41 de nuestra Constitución Federal; señala que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión en los casos de la competencia de éstos y por los de los Estados en lo que toca a su régimen interior en los términos de la Constitución Federal y las particulares de los Estados las que jamás pueden contravenir las disposiciones del Pacto Federal. De aquí se infiere la subordinación

3 Arellano García, Carlos, "Derecho Internacional Privado", 3a. Ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1979, p. 628.

de estas últimas a la primera, reafirmada por el contenido del Art. 124 de nuestra Carta Magna el cual especifica la competencia tanto de la Federación como de los Estados: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservada a los Estados.[4]

Las facultades de la Federación, pues, son determinadas y precisas y debe de entenderse que las de los Estados son facultades implícitas.

Pero ¿es siempre así? No lo creemos. Testigo de calidad es la existencia del Artículo 73 Constitucional en su fracción XXX, paradójicamente creador de conflictos derivados de la convergencia de leyes federales y leyes estatales, aparentemente y en principio intentados resolver con la presencia del Art. 133 de la Constitución Federal, reafirmación de la supremacía de las leyes federales sobre las estatales, cuya excepción ya se mencionó.

La vehemencia del legislador por recalcar a toda costa la supremacía federal origina a su vez intentos de solución a los problemas que el mismo crea; dígalo si no la existencia del Art. 121 Constitucional materia y razón de la celebración de este Sexto Seminario Nacional de Derecho Internacioenal Privado.

Vamos a referirnos específicamente, como fundamento de nuestro razonamiento posterior, a la fracción I del Artículo 121 ya citado, misma que estipula que las leyes de un Estado sólo tendrán efectos en su propio territorio y por consiguiente no podrán ser obligatorias fuera de él.

El maestro Carlos Arellano García, parafraseando al eminente constitucionalista don Felipe Tena Ramírez indica que "la autonomía de los Estados, que significa darse por sí mismo la ley, no permite la sumisión de uno de ellos a las normas expedidas por otro. Sin embargo el precepto no debe entenderse en los términos absolutos en que está redactado. Es cierto que la ley de un Estado no es obligatoria como ley en otro Estado; no obstante, los actos de particulares verificados dentro de la jurisdicción de un Estado y de conformidad con las leyes de éste son válidos en los demás Estados en los casos de las fracciones IV y V del Artículo 121; por lo tanto, la validez que la ley de un Estado imprimió a los actos verificados en el mismo, trasciende a los demás Estados, por mandamiento constitucional, lo que equivale a que en los casos dichos la ley local tenga efectos extraterritoriales, a través del acto regido en su cuna por aquella ley". Agrega que si una es la redacción del precepto que por su radicalismo es excesiva y otra es la interpretación que debe dársele, es claro que requiere una redacción mjs acorde con su significado y alcance adecuados.[5]

En opinión del iusprivatista José Luis Siqueiros debe señalarse la diferencia entre el texto y la interpretación que debe dársele a la base primera del Art. 121 Constitucional, porque, dice, es demasiado amplia y contradice la

4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones de la Secretaría de Gobernación, México, 1982.

5 Arellano García, Carlos, *op. cit.*, p. 629.

primera parte porque mal podría otorgarse entera fe y crédito si las leyes de un Estado sólo tuvieran eficacia en el mismo.[6]

Hasta aquí estamos de acuerdo; pero no podremos decir lo mismo en cuanto a la elaboración e intentos de aplicación indiscriminada de leyes federales dentro del territorio de los Estados de la Federación, creadoras en múltiples ocasiones no tan sólo de conflictos de leyes sino también de ostensibles violaciones a los propios preceptos constitucionales y a los principios calificadores inexorablemente de los mismos: generalidad e igualdad, por ejemplo.

Con estas bases queremos referirnos, tratando de encauzar nuestra postura dentro del contexto del dispositivo constitucional materia de este evento, al parecer conflicto ocasionado por la no meditada actividad legislativa federal enfocada a incrementar el acervo normativo del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores.

En efecto, las reformas recientes a la ley del INFONAVIT son una clara manifestación, por cierto muy difundida, de la en ocasiones escasa fundamentación jurídica en que se sustenta el poder legislativo federal para implementar procesos como el que hoy cuestionamos.

El Artículo 68 de la ley del INFONAVIT, establece que la operación de compra-venta traslativa de dominio de los inmuebles de dicha institución en favor de los derechohabientes podrá hacerse en escritura privada sin el pago del impuesto de transmisión patrimonial y también sin cubrirse los derechos de inscripción ante el Registro Público de la Propiedad.

Este precepto, integrante de una ley considerada reglamentaria, contenido en el último párrafo de la fracción XII del Artículo 123 Constitucional, se considera que fue más allá del espíritu o sentido del indicado párrafo, en virtud de que mediante él, se entra en conflicto con preceptos diversos de la legislación de Jalisco, en materia civil y fiscal de manera que afecta a la autonomía de la entidad, y produce también afectación a la forma de Gobierno Federal, puesto que invalida la aplicación de dicha legislación, y además rompe el principio de igualdad de la ley.

Además, desarticula íntegramente el contenido del Artículo 31 Constitucional, fracción IV, al consignarse en éste en forma clara y tajante la obligación que tenemos los mexicanos de contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

De esta declaración Constitucional, se colige entonces, que la ley del INFONAVIT, en su caso entra en conflicto con preceptos diversos de la legislación de Jalisco, tanto en materia civil como fiscal, afectando de esta forma la autonomía de la entidad, y alterando substancialmente la forma de Gobierno Federal que nos mantiene organizados.

En efecto, el Artículo 2235 del Código Civil para el Estado de Jalisco, reformado el día 1o. de enero del año de 1981, reza que, toda compra-venta de

[6] Siqueiros, José Luis, "Los conflictos de leyes en el sistema constitucional Mexicano, *op. cit.*, p. 40.

inmuebles se hará constar en escritura pública, lo cual quiere decir que no da margen a las alternativas, o posibilidades, sino que categóricamente, establece la forma en que debe de celebrarse la compra-venta respecto a los bienes inmuebles ubicados en el territorio de Jalisco.

Con el mismo tenor categórico las leyes fiscales del Estado (Ley de Hacienda Artículo 4, fracción I, Ley de Ingresos del Estado Ejercicio 1982 Artículo 5 fracción I) consignan la indivisibilidad de la obligación de que el fisco estatal perciba por concepto de compra-venta los impuestos correspondientes y a su vez enuncian las tasas y porcentajes por este concepto.

En suma, la legislación del INFONAVIT invalida la aplicación de las leyes locales, altera el principio de igualdad y de generalidad en las leyes, y pulveriza el principio de autonomía de los Estados.

Si bien es cierto que el último párrafo de la fracción XII del numeral 123 Constitucional indica que se considera de utilidad social la expedición de una ley para la creación de un organismo integrado por representantes del Gobierno Federal, de los trabajadores y de los patrones, que administre los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda, dicha ley regulará las formas y procedimientos conforme a los cuales los trabajadores podrán adquirir en propiedad las habitaciones.

La interpretación valedera que puede darse a este dispositivo en cuanto se refiere a la forma y procedimiento de adquisición de los inmuebles por el derechohabiente debe ser respecto a la primera, consigna R, cuando el trabajador posee el derecho a la obtención de la finca, señalando el tiempo que lleve de aportación, el precio que debe de cubrir, plazos o términos en que debe de cubrir el valor, tipo de interés aspectos de rescisión o cumplimiento del contrato y en cuanto a lo segundo, lo que concierne en que tiempo, de qué manera, ante quien y quién y en qué plazos se debe de resolver sobre la petición del trabajador, pero nunca, la idea o sentido de esa norma de categoría constitucional fue el que se hiciera ruptura de la forma de Gobierno Federal, quitando a las entidades federativas todo lo concerniente a su autonomía para regir su régimen interior, según los Artículos 31 fracción IV —39-40— y 41 del código fundamental, ya que, con lo instituido por el aludido párrafo último del Artículo 68 de la ley del INFONAVIT, disponiendo, que el contrato de compraventa sea en escritura privada, que no se cubran los impuestos de transmisión de dominio ni la tasa de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, se nulifica la legislación local a la vez que se atenta contra el principio de igualdad ante la ley, sin ser el caso de discutir el beneficio que puede recaer en cierto sector social.

Si el INFONAVIT ofrece a los trabajadores ventajas por estar inscritos a este Régimen Constitucional, mediante el aporte de sus cuotas correspondientes, de la antigüedad de los mismos, del precio a cubrir, del tipo de intereses a pagar, de las sanciones o formas de rescisión, o de cualquier otra forma específica pactada entre el INFONAVIT y los trabajadores, esto no quiere decir de ninguna manera que la Constitución deje exento el pago del im-

puesto traslativo de dominio que los Estados perciben, ni tampoco que las leyes locales soslayen en favor del INFONAVIT y de sus afiliados las cargas tributarias correspondientes.

Si se quiere que ese sector obtenga tales beneficios que no graven su economía, pueden existir medios directos o indirectos perfectamente apegados a la ortodoxia legislativa como son subsidio, financiamiento, convenio entre el INFONAVIT de pago diferido entre el fisco local e inclusive de esa institución con notario público, en la reducción del pago de honorarios, etc., pero, ante todo, no debe menoscabarse el régimen jurídico fundamental del país, desconociendo mediante una ley reglamentaria, que, como se dice, fue más allá del alcance y sentido del dispositivo constitucional en que pretende fundamentarse, la autonomía de los Estados, con la facultad que tienen éstos de legislar en el terreno tributario y civil inherente al régimen interior de los mismos.

Podrá argumentarse que no hay confliceto entre el precepto señalado de la Ley Federal y las normas de las leyes locales, porque el Artículo 133 Constitucional establece que las leyes derivadas de la Constitución están por encima de las que votan los órganos legislativos locales, pero, hay que tomar en cuenta que el indicado numeral 133 también señala que esa legislación derivada de la ley suprema debe estar de acuerdo con ésta, y en la especie el precepto de la ley del INFONAVIT que se estima en conflicto con los de Jalisco y de otros Estados, no se encuentra de acuerdo a la fracción XII del Artículo 123 Constitucional en virtud de que no puede ser el sentido y espíritu del artcíulo de la ley del INFONAVIT apartarse de la estructura constitucional nulificando la autonomía de las entidades, y transtocando concomitantemente el orden jurídico fundamental de la República.

CONCLUSIONES

Existe conflicto entre la ley del INFONAVIT en su Artículo 68 y las disposiciones 2235 y 2956 del Código Civil del Estado, y las contenidas en los Artículos 4 fracción I de la Ley de Hacienda y 5 fracción I de la Ley de Ingresos, ambos del Estado de Jalisco.

Dicho conflicto se considera deviene por razón de que el citado párrafo del Artículo 68 de la ley del INFONAVIT, fue más allá del espíritu o sentido del párrafo último de la fracción XII del Artículo 123 Constitucional.

FACULTADES PARA CELEBRAR TRATADOS EN MATERIAS RESERVADAS A LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN

RICARDO ABARCA L.

1.—La Constitución Política de nuestro país plantea un problema sin solución aparente, cuando prohíbe a los Estados de la Unión el celebrar tratados entre sí o con potencias extranjeras (117 fr. I) mientras que reserva en favor de los Estados todas las materias que la propia Constitución no asigna a los poderes federales (124 y 40).[1] Esto implica que los Estados no pueden celebrar convenciones o tratados internacionales ni aún en las materias que están reservadas a su sola competencia, mientras que, el Ejecutivo Federal no puede celebrar convenciones o tratados internacionales en materias que son de la competencia exclusiva de los Estados. Por lo tanto, las materias civil y procesal civil, en cuanto que corresponden exclusivamente a los Estados, no pueden ser materia de tratado internacional.

Esta oposición de conceptos de igual rango constitucional no puede ser real sino sólo aparente, puesto que el orden jurídico en sí mismo es una unidad coherente y completa.[2]

Sin embargo, esta solución podría consistir en que es contrario al orden público mexicano celebrar tratados internacionales en materia civil o procesal civil, o en otras materias igualmente reservadas a la competencia exclusiva de los Estados. Sin embargo, esta conclusión debería apoyarse en razones de fondo que demostraran que se opone a los intereses nacionales el celebrar ese tipo de tratados internacionales, mismas razones que darían pleno sentido

1 El Diario de los Debates al referirse a las discusiones del Congreso Constituyente de 1917 no resuelve ni se refiere de modo alguno a los efectos legales de la interacción de ambos artículos.

2 La universalidad del orden jurídico es en la característica propia de todo orden jurídico, según la cual dicho orden rige y determina en el sentido normativo lógico, todas las conductas posibles en un cierto ámbito temporal y territorial determinado. El orden jurídico sólo se refiere a conductas futuras y posibles, para indicar por juicios normativos (lógicos) cuál es la conducta que debe ser, en presencia de actos (conductas ya realizadas en forma real) o de hechos y de normas más generales que sean las aplicables. Ningún orden jurídico puede admitir la existencia de vacíos legales o lagunas de la ley, por principio lógico normativo. La "pirámide de Merkel" excluye en nuestros días el concepto contrario. Si todo orden normativo está fundado en una regla de generalidad máxima y de contenido mínimo aún la mera "legem sunt observanda", es claro que las primeras reglas derivadas tienen que definir el sentido general de todas las leyes del país y exponer la escala de valores que los determina en sentido determinado.

a la oposición, que ya referimos anteriormente, entre las disposiciones de los artículos 117 fr. I y 124 y 40 de la Constitución Política.

Todo lo contrario ocurre al respecto. Los Estados de la Nación Mexicana tienen raigambre e identidad propias como regiones autónomas, en su mayor parte, desde el siglo XVIII y cada uno de ellos es acreedor a toda la dignidad constitucional como entidades autónomas y soberanas conforme a lo dispuesto por el Art. 40 Constitucional.

En consecuencia, no existe razón posible por la que una entidad estatal, incorporada a la unión federal, no pueda ser beneficiaria u obligatoria en materia de tratados o convenciones internacionales y, si algo faltare aparentemente en este orden jurídico universal y omnicomprescente (ver nota 1) para concederle expresamente facultades al respecto, el mismo orden jurídico nacional debe ser interpretado de modo tal que ninguna conducta o efecto legal posible, dejen de quedar reguladas. Por lo tanto, debe ser considerada como existente la norma que los Estados de la Unión son capaces para ser obligados o beneficiarios de las normas internacionales y de las normas contenidas en los tratados internacionales, aunque no sean agentes reconocibles para su negociación conforme a los preceptos constitucionales citados.

Por estos motivos así como por la ausencia de razón en contrario, ya sea orgánica, sistemática o de orden público, debemos concluir que México aun como estado federal está capacitado para entrar en convenciones sobre derecho internacional privado, aunque la problemática constitucional acerca de las formas de llevarlo a cabo, debido a su sistema federal, no presenten claramente los métodos apropiados para efectuarlo.

Para eso convendría revisar los textos constitucionales.

2.–El Artículo 133 Constitucional y la Jerarquía Normativa Nacional.

El artículo 133 Constiucional dice:

> "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. *Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados*".

A primera vista, de la parte subrayada del artículo anterior resultaría que el Ejecutivo actuando con aprobación del Senado tiene una libertad absoluta para celebrar convenciones y tratados internacionales, y que al respecto no existen materias que estén reservadas a la competencia exclusiva de los Estados. Pero esta posición ideológica es contraria a lo dispuesto por el artículo 40 constitucional que determina que los Estados son libres y soberanos en cuanto

a su régimen interior y por esta razón el Estado federal no podría celebrar convenciones o tratados internacionales que afecten el régimen interior de los Estados y precisamente los tratados y convenciones internacionales en materia de cooperación judicial internacional se refieren a la materia civil y a la procesal civil[3] resultaría que existe impedimento para la celebración de tales tratados o convenciones, y por lo tanto, que existiría una antinomia entre el artículo 133 y el artículo 40 constitucionales.

Como no puede existir antinomia en un mismo orden jurídico, debemos interpretar ambos preceptos en la forma que mejor combinen entre sí y que sean inteligibles, de acuerdo cada uno con su propia naturaleza.

Observamos por una parte que, el texto completo del artículo 133 constitucional determina el sistema jerárquico del derecho mexicano, concediendo el valor supremo a la propia Constitución; a las leyes expedidas por el Congreso de la Unión y a los tratados celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado y en consecuencia ordena que éstas sean observadas *"a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados"*.

La primacía jerárquica no implica sustitución de competencias. El texto del artículo 40 fija la división de facultades y el artículo 103 fr. II indica el procedimiento a seguir cuando la autoridad federal invada la esfera de competencia de los Estados de la Unión. Sin embargo, en un orden federal como el nuestro es necesaria una disposición que resuelva el conflicto normativo que se presenta en casos de invasión de competencias, lo que se soluciona en México dando preferencias a la ley federal. Esta es la función del artículo 133 Constitucional.

Por lo tanto, el artículo 133 Constitucional, sólo determina el modo de solucionar los conflictos competenciales de los distintos ordenamientos nacionales y nada tiene que ver con la distribución de competencia en materia de conflicto internacional de leyes y de la celebración de tratados en dicha materia.

3.–La Competencia Federal para celebrar Tratados sobre Derecho Internacional Privado

Dado que el artículo 133 Constitucional carece de significado en materia de atribución de competencias, debemos dirigir nuestra atención hacia otros preceptos constitucionales.

Es indudable que el Artículo 89 Constitucional concede al Ejecutivo, actuando con aprobación del Senado la facultad de celebrar tratados con potencias extranjeras; pero como queda antes expuesto, ni aún el Congreso podría aprobar tratados o legislar en materia que invadiera la competencia exclusiva de los Estados de la República.

Esta competencia federal para celebrar tratados con potencias extranjeras

[3] La materia mercantil en México es de naturaleza federal.

podría estar determinada en materia de derecho internacional privado, por la fracción XVI del artículo 73 Constitucional, habida cuenta que dicha fracción se refiere a materias tales como "condición de extranjeros" que es parte de la materia del conflicto de leyes, junto con los problemas de inmigración y de naturalización.

Aunque estas materias hayan sido tratadas en capítulos por separado en el derecho internacional privado, participan de la problemática propia del conflicto de leyes ya que el reconocimiento de la situación jurídica del extranjero constituida en el extranjero del régimen a que se sujetan las inversiones de éste en México, con recursos traídos del extranjero, el régimen de sus actividades en México, implican en todos los casos una interacción normativa; que debe ser regulada por el orden jurídico nacional pero que no puede ser ignorada por el mismo.

Como queda visto a través del sentido de la citada fracción XVI del Artículo 73 constitucional se ubica la competencia de los poderes federales en materia de conflicto de leyes.

Sin embargo, debemos reconocer que esta competencia federal en materia de conflicto de leyes no pasa de ser comprensible, pero no claramente fijada por el artículo citado.

Es otro artículo de la Constitución el que perfecciona el concepto de atribución de competencia a la Federación para regir sobre los conflictos de leyes. Aunque el alcance del Artículo 121 constitucional haya sido previsto para los solos efectos del conflicto de leyes interestatal, es importante volver a revisar sus términos, puesto que la materia conflictual es de suyo internacional y sólo se da en menor medida entre los estados de una federación, de modo tal que las normas federales de conflicto de leyes para efectos internos, son normas válidas para el conflicto internacional de leyes, salvo en cuanto sean aplicables únicamente a problemas interfederales.

Dice el artículo 121 Constitucional en su primer párrafo lo siguiente:

> "En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

La segunda parte del artículo que queda transcrito concede competencia al Congreso de la Unión para legislar en la manera de probar "los actos públicos, los registros y los procedimientos de los otros (estados)" y sobre los "efectos de ellos".[4]

Debemos reflexionar que si el Congreso de la Unión para legislar en la manera de probar "los actos públicos, los registros y los procedimientos de los otros (estados)" y sobre los "efectos de ellos".[4]

[4] Conviene tener en cuenta la interpretación de estos términos que efectuó Siqueiros en los Conflictos de Leyes en el Sistema Constitucional Mexicano.

Debemos reflexionar que si el Congreso de la Unión tiene poder para legislar en materia de conflicto de leyes respecto de los "actos públicos"[5] o actos de estado de los Estados de la República y de sus efectos jurídicos en otros Estados de la República, dicho Congreso de la Unión debe tener facultades suficientes para atender y resolver el mismo tipo de asuntos en el terreno internacional siguiendo la regla romana de 'ubi eadem ratio, ibi eadem lex".

Concedido lo anterior, es claro que, si el Congreso de la Unión puede legislar sobre los efectos de los actos de estado de los Estados de la República o de los Estados extranjeros, en el territorio nacional, también puede legislar sobre los efectos de los actos jurídicos y contratos celebrados por los particulares en el extranjero y en consecuencia, el Congreso puede legislar en la materia de conflicto de leyes.

4.–La Competencia Federal en Derecho Internacional Privado y el Artículo 40 Constitucional

De todo cuanto queda expuesto resulta que la Federación es competente para manejar toda clase de materias que involucren la interacción normativa o conflicto de leyes tanto interestatal como internacional.

Sin embargo, esta competencia federal encuentra un límite perfectamente claro en lo que dispone el artículo 40 de la Constitución que en lo conducente dice:

Si bien es claro que la característica conflictual es la que segrega del derecho civil interno de cada Estado algunos aspectos particulares, sigue siendo obvio que en todo lo demás los asuntos civiles quedan sometidos al régimen interior de cada Estado.

En estas condiciones, la competencia federal para "conflictos de leyes" en materia civil o procesal civil es tan reducida que difícilmente podría tratar cualquier asunto sin tocar o adentrarse en materias consagradas exclusivamente a la competencia estatal.

Para poder reconocer y distinguir los límites entre la competencia federal y la estatal en materia de celebración de tratados sobre derecho internacional privado, debemos analizar como son éstos.

5.–Los Modos de Estructuración de los Tratados o Convenciones sobre Derecho Internacional Privado

En el ámbito internacional, hasta ahora, las convenciones y tratados en materia de derecho internacional privado, han seguido dos métodos distintos entre sí, para regular la materia del conflicto de leyes o interacción normativa.

Uno de estos métodos es el llamado de tratados sobre "conflicto de leyes".

[5] Tomando en cuenta su sentido aparente y no la interpretación de Siqueiros.

Este método consiste en señalar mediante tratado cual es el derecho nacional aplicable a cada caso en particular, como "el del lugar donde ocurre un accidente" o "el del lugar de celebración del contrato". Mediante este método se resuelve eficazmente el conflicto de leyes pero no se obtiene uniformidad de contenido jurídico, ya que la remisión indicada en el tratado dará a la aplicación del derecho de un país o el del otro, los cuales son de contenido diverso y muchas veces opuestos.

El otro método consiste en elaborar tratados sobre "derecho uniforme". Este consiste en que, dentro de cierta medida, el tratado contiene normas de fondo o substantivas, para resolver los conflictos de leyes.

Una norma substantiva contenida en tratados sobre derecho uniforme es la que exime de legalización a los exhortos o cartas rogatorias internacionales. Los tratados sobre "derecho uniforme" logran efectivamente uniformar las soluciones al conflicto de leyes, sea cual fuere el Estado que haya de aplicarla, pero plantea la cuestión de si las normas que contiene son derogatorias de las normas internas correlativas de los Estados partes. Es usual que los tratados y convenciones actuales en materia de derecho internacional privado contengan elementos de uno y otro de los métodos descritos.

6.—*Antecedente Estadounidense del Derecho Uniforme*

El método de derecho uniforme tiene su más importante antecedente en el procedimiento interestatal de coordinación legislativa estadounidense. Los estados de los Estados Unidos se hallan organizados en un Consejo de Estados. De este organismo han dimanado numerosos proyectos de ley uniforme, en los mismos estados. Los diversos estados someten esos proyectos al proceso legislativo adecuado, en forma autónoma. La actividad legislativa autónoma pero coordinada, tiene como efectos que las normas con el mismo contenido estén vigentes en todo el territorio de los Estados Unidos. Este es el caso del Código Uniforme de Comercio, que es derecho vigente en todos los estados de los Estados Unidos de América en los mismos términos, aunque la materia mercantil está reservada exclusivamente a la competencia de los estados. Este es también el caso de la "Ley Uniforme para el Aseguramiento y Cobro de Obligaciones Alimentarias (URESA)" a la que en otra oportunidad nos referiremos para analizarla.

Sin embargo, el "derecho uniforme" al nivel estatal, que implica coordinación legislativa con autonomía, es bastante distinto de los tratados internacionales sobre "derecho uniforme". El primero es llevado a cabo por los órganos legislativos previstos constitucionalmente, por lo que estos gozan plenamente del libre ejercicio legislativo. En cambio el segundo es practicado por el poder ejecutivo federal con aprobación del Senado. En materia federal debe observarse que no intervienen las dos Cámaras legislativas en el proceso de tratado y por lo tanto, el tratado no es un instrumento adecuado para la modificación

o derogación de leyes federales internas pues no tiene carácter legislativo. En materia local o sea la reservada a los estados, el tratado internacional en el que no participan los estados, no es un instrumento adecuado para modificar o alterar de ninguna manera el derecho interno estatal.

7.—*La Posibilidad de Invasión de la Competencia Estatal por Tratados o Convenciones sobre Derecho Internacional Privado*

Hemos visto anteriormente que las materias civil o procesal civil que originalmente son de la competencia exclusiva de los Estados de la República se convierten en federales cuando aparece en ellas el alemento de la interacción normativa o conflicto de leyes, y así el régimen matrimonial del mexicano casado en España cae dentro de la competencia federal para su reconocimiento e incorporación y ya incorporado, es decir, ya solventado el problema internacional privado, será regulado por la ley estatal que corresponda a su domicilio. Al respecto, debe mencionarse aquí que algunos Códigos Civiles Estatales en forma total o parcial remiten este asunto a la competencia federal.[6] Sin embargo, debe apuntarse que la materia civil tiene una unidad que es contraria a la dispersión de competencias y que la dificulta y que da lugar a que se produzca muy fácilmente la mutua invasión competencial.[7] Por lo tanto aunque el principio de la competencia federal en las materias civil o procesal civil en y para asuntos de conflicto de leyes o interacción normativa ha quedado demostrado, no dejará de ser siempre materia cuya aplicación requiera cuidado y reflexión.

En aquellos casos en que se celebran tratados y convenciones bajo el modo de estructuración de "conflicto de leyes" son menores la posibilidad y sobre todo los efectos de la invasión de la competencia exclusiva de los Estados de la República.

En cambio, la posibilidad de invasión de dicha competencia exclusiva está presente en todos y cada uno de los tratados y convenciones que se celebran al modo del "derecho uniforme", puesto que como contiene disposiciones sustantivas es difícil distinguir cuáles de esas disposiciones exclusivamente contienen soluciones a los problemas de tipo conflictual o de interacción normativa y en cuáles se amplía la solución con otras disposiciones que aunque están íntimamente relacionadas con las primeras y que le sirvan de apoyo o de complemento, invadan plenamente la competencia estatal.

Además, existe la tendencia internacional creciente a celebrar tratados que

[6] Códigos Civiles de Nuevo León, de 1935; de Guanajuato de 1966; de Hidalgo de 1940; de Jalisco de 1935; de Zacatecas de 1956; de Chiapas, de 1938; de Colima, de 1938. Son de citarse por un sistema divergente, los Códigos Civiles de Coahuila, de 1941; de Campeche de 1942; Veracruz de 1932.

[7] Los Códigos Civiles de San L.P. de 1946 y el de Puebla de 1902 siguen en sus artículos 8o. y 10, respectivamente, el principio estatutario invadiendo la competencia federal referida en la segunda parte del primer párrafo del artículo 121 Constitucional.

resuelvan problemas de tipo conflictual mediante cuerpos normativos uniformes o sea por la erradicación del conflicto y no por su mera solución, tanto más cuanto que los que solamente los países de organización federal se encuentran ante el problema de la limitación de competencia.

Actualmente este problema se presenta claramente en el proyecto Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Obtención y Recepción de Pruebas en el Extranjero, cuyas disposiciones procesales, de ser aceptadas, vendrían a crear un nuevo modo de recepción de pruebas, distinto a los previstos hasta ahora en los distintos Códigos Procesales de México, asunto que zanjaría los problemas de la diferencia entre los procedimientos judiciales de los distintos países que dan lugar a la dificultad de la cooperación judicial internacional.

8.–*Las Posibles Soluciones*

En el apartado número 1 de este estudio analizamos la capacidad de los Estados para ser parte de tratados internacionales para concluir que bajo ninguna circunstancia un Estado de la República puede llegar a ser parte de un tratado o convención de carácter internacional.

Posteriormente, hemos analizado la capacidad federal para celebrar tratados y convenciones de Derecho Internacional Privado sin invadir la competencia exclusiva de los Estados, y vemos que ésta se da plenamente, pero que está severamente limitada a los solos conflictos de leyes, por lo que, da fácilmente lugar a la invasión de la competencia exclusiva de los Estados de la República.

Dados estos antecedentes, en lo único que no cabe pensar es la reforma constitucional para acomodarla a la solución de este problema, pues es más que probable que por resolver un problema particular de menor envergadura se desorganizara el sistema general.

Sin embargo, el conocimiento que hemos adquirido acerca de los orígenes y naturaleza del derecho uniforme nos conduce a examinar la posibilidad del manejo de estos asuntos a la manera del derecho uniforme que se utiliza en los Estados Unidos de América, país que tiene una estructura federal muy similar a la nuestra, al menos en principio.

En primer lugar, debemos examinar si es posible que en derecho mexicano, los Estados de la Unión legislaran autónomamente sobre un proyecto común. En este caso, si tal cosa que ese proyecto común fuera el contenido de un tratado sobre derecho internacional privado al modo del derecho uniforme. En caso de ser esto posible tendríamos que investigar qué efectos tendría en derecho internacional privado, que uno o más Estados de un Estado federal legislaran para efectos de su ámbito competencial de modo que su ley interna coincidiera totalmente con el contenido de un tratado o convención.

Estos dos temas se convierten a su vez en tema para ser estudiado por

separado. Sin embargo, y para los solos efectos de no concluir este estudio sin completar las ideas esbozadas nos permitimos apuntar unas primeras opiniones al respecto.

A. En cuanto a la primera hipótesis no encontramos que exista un inconveniente por razón de principio que impida que a través de métodos de mera coordinación y con respecto de la autonomía y soberanía de los Estados se puedan intentar la uniformidad de contenido entre las legislaciones locales en materia de tratados del derecho internacional privado cuyo contenido siempre se halla en una zona de competencia difícil de determinar. Este solo tema merecería ser analizado desde los distintos puntos de vista de los juristas de cada Estado de la República.

B. La segunda hipótesis está algo más estudiada sin que por ello podamos afirmar que está resuelta. En efecto, las Convenciones Interamericanas de Panamá de 1975 y las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1979,[8] ya contienen la llamada 'cláusula federal" que pretende resolver el problema de la capacidad para celebrar tratados de derecho internacional privado por Estados Federales. Dicha "cláusula federal" dice en lo trascendente a este asunto, lo siguiente:

> "Los Estados Partes que tengan dos o más unidades teritoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas..."

Como puede observarse fácilmente esta "cláusula" tiene sus orígenes en la cláusula necesaria para los imperios y a los países colonialistas que mantienen o mantenían diversos regímenes jurídicos en su metrópoli y en sus colonias y posesiones;[9] pero que resulta inútil para un Estado federal que, como México, esté formado de Estados de la Federación que constitucionalmente están impedidos de ser parte en tratados internacionales, tanto antes como durante su celebración o después de ella.

De cualquier manera, el intento de insertar una "cláusula federal" en las convenciones interamericanas nos indica una ruta a seguir. Sería materia de

8 Poderes para ser Utilizados en el Extranjero; de los ya ratificados y en vigor para México.

9 Por ejemplo, la Convención Consular vigente entre México y el Reino Unido de la Gran Bretaña, Irlanda del Norte y "sus otros Reinos y Territorios" y la Commonwealth celebrada en 1954, dice en su artículo 37 lo siguiente: "Art. 37. Cada Parte Contratante deberá, antes de que esta Convención entre en vigor, notificar a la otra por escrito, y usando el conducto diplomático, las partes de su territorio que deban considerarse como unidades territoriales para todos o alguno de los Arts. de la Convención y, en este último caso, para señalar los artículos que deban aplicarse a dichas unidades".

estudio posterior al analizar si una "cláusula federal" de contenido y redacción diferentes a la actual, podría ampliar el efecto de la convención al territorio de los Estados de una Federación de un Estado Parte, bajo la sola condición que por legislación autónoma estatal y sin formar parte de la Convención, pusieran en vigor el contenido de la misma.

Damos con concluido este ensayo, cuyo propósito ha sido el de intentar la fijación y determinación de los elementos básicos de uno solo de los problemas del derecho internacional privado, cuando éste se refiere a un estado de organización federal, como lo es México. El método empleado ha tratado de ser el del rigorismo lógico, sin concesiones para la política legislativa o para la axiología normativa, de modo que el resultado del análisis y de la síntesis nos muestre el estado actual del derecho sin decirnos ni estar influido por lo que conviniera que fuera ni por su comparación con ningún sistema valorativo. Si, construido con rigor lógico este ensayo fuera válido en esos términos, podría ser base para construcciones ulteriores tanto lógicas como políticas y axiológicas como para las conclusiones prácticas de cómo hacer efectivo el esquema jurídico normativo expuesto. Todo esto, señores, es de todos modos, el quehacer cotidiano del abogado, sea cual fuere su posición, situación o quehacer.

La Condesa, mayo, 1982.

LOS CONFLICTOS DE LEYES EN LOS ESTADOS UNIDOS

WILLIS L. M. REESE

Traducción al español de
FERNANDO ALEJANDRO VÁZQUEZ PANDO

Los conflictos de leyes en los Estados Unidos de América presentan dos aspectos particulares. El primero es el importante papel que juega la Constitución. La competencia judicial, es decir el poder de un estado para que sus tribunales conozcan de un asunto, cae exclusivamente en el área del Derecho Constitucional en la cual la Suprema Corte tiene la última palabra. Por otra parte, la cuestión sobre la competencia del tribunal, es decir si un tribunal concreto goza de facultades para conocer de un asunto específico, depende del derecho local del estado. El reconocimiento y la ejecución de las sentencias de estados hermanos son también materias que pertenecen, casi completamente al terreno constitucional. Debe darse entera fe y crédito a lo largo de todos los Estados Unidos a las sentencias de los estados emitidas con jurisdicción y previa notificación adecuada al demandado. También se encuentran algunos controles constitucionales en el área de determinación del derecho aplicable, aunque aquí las limitaciones son débiles en realidad. Hoy en día no se considera que un tribunal ha abusado de su autoridad en cuanto a la selección del derecho aplicable, a menos de que se haya hecho una seria injusticia a las partes, y siempre y cuando haya una base razonable para la aplicación del derecho seleccionado.

El segundo aspecto particular de los conflictos de leyes en los Estados Unidos de América, es que hay muchos casos. Los Estados Unidos están divididos en 51 entidades (50 Estados y el Distrito de Columbia), cada una de las cuales tiene su propio sistema jurídico. Hay, desde luego, movimiento libre de estado a estado y los negocios se realizan sin tomar en cuenta a las fronteras estatales. Además en los Estados Unidos tenemos una marcada tendencia al litigio. Como consecuencia, una multitud de casos de conflictos de leyes invaden nuestros tribunales y estamos virtualmente inundados de casos. En tanto que los abogados de otros países tienen que acudir a casos hipotéticos en materia de conflicto de leyes, nosotros generalmente podemos acudir a casos reales. Es posible que gracias al gran número de casos, tanto los tribunales cuanto los abogados de los Estados Unidos han tenido que profundizar en los problemas de conflictos de leyes más de lo que se ha hecho en cualquier otro lugar.

Consideraciones de tiempo y espacio impiden considerar la temática completa de los conflictos de leyes. Por ello, no haré referencia a las cuestiones de competencia judicial ni a las de reconocimiento y ejecución de sentencias y limitaré mi atención a los problemas de determinación del derecho aplicable. Lo hago así porque este aspecto es quizá el área en la cual los desarrollos norteamericanos han llamado más la atención en otros países.

Comúnmente se dice que, los problemas de determinación del derecho aplicable están en los Estados Unidos de América en un estado de tumulto y caos. Las antiguas reglas han sido abandonadas y hay poco acuerdo de que, si es que algo, deba ponerse en su lugar. Hay un buen número de doctrinas en competencia, ninguna de las cuales ha llegado a ser aceptada claramente como favorita por los tribunales. Se dice que existe una disputa, sobre si debe haber algún tipo de reglas o si bien los problemas de determinación del derecho aplicable es una área tal que, cada caso debe ser resuelto ad hoc sin dar guía alguna a los tribunales salvo el que tomen en consideración ciertos factores para llegar a su decisión. Las afirmaciones de este tipo son muy exageradas. En la medida en que son válidas, lo son primordialmente en el área de responsabilidad extracontractual. Es a esta área a la que nos referiremos inicialmente.

Hasta aproximadamente mediados de este siglo, la regla conflictual en materia de responsabilidad extracontractual era clara: los derechos y responsabilidades de las partes deben determinarse conforme al derecho del estado en que ocurrió el daño. La regla funcionaba bien. El daño es un elemento esencial de la responsabilidad extracontractual y, generalmente el lugar en que ocurre tiene un contacto estrecho con actor y demandado. La regla lleva a la certidumbre y predecibilidad del resultado. Como el lugar del daño es generalmente fácilmente determinable, la regla era además fácilmente aplicable por los tribunales. A pesar de estas ventajas obvias, la regla ha sido abandonada en probablemente la mayoría de los estados.

El abandono de la regla del daño puede encontrarse en varias fuentes. Sin duda una fue el incremento de la movilidad de la gente debido a la generalización del uso de automóviles y aviones. Surgieron así casos con cierta frecuencia en que el lugar del daño podría considerarse fortuito y casi sin relación con las partes. Además la regla del lugar del daño era omnicomprensiva por naturaleza, en sus términos originales se aplicaba no tan sólo en aspectos básicos como estándares de conducta, sino en todos los aspectos de la materia. Con el aumento de la movilidad, empezaron a surgir situaciones en las cuales casi podría decirse que por sentido común exigían que, algunos aspectos del problema ante el tribunal —como el resolver si la reclamación continúa válida a pesar de la muerte del dañante o de la víctima—, deberían regularse por un derecho distinto al del lugar del daño. De seguro, toda regla inventada por el hombre será imperfecta. Y las ventajas de tener una regla pueden a menudo superar en importancia los resultados poco ideales a que su aplicación conduce en ocasiones. Sin embargo, puede llegarse a la situación en que el tribunal considere que las virtudes de mantener una regla, son un precio excesivo. La regla será entonces tirada por la borda. Tal fue el destino de la regla del lugar del daño en muchos estados.

También tuvieron su papel otras influencias más sutiles. En muchos casos recientes en la materia, la regla del lugar del daño conducía a la aplicación de leyes que estaban fuera de época y que habían sido abandondas en muchos estados. Por ejemplo, en los últimos años se presentaron muchos casos en que se implicaban leyes que limitaban los derechos de los pasajeros contra los transportistas y que restringían los montos reclamables en caso de muerte por culpa o negligencia del transportista. Hoy han desaparecido las leyes de este último tipo y probablemente la mayoría de las relativas a pasajeros han sido rechazadas o declaradas inconstitucionales. Con toda probabilidad, la renuencia de los tribunales a aplicar esas leyes fue a menudo un factor importante en llegar a la decisión de que la regla del lugar del daño debía ser sustituida. También es muy indicativo que, la gran mayoría de los casos recientes en materia de responsabilidad extracontractual en que se han presentado problemas de determinación del derecho aplicable, han resultado en decisiones favorables al actor. Sin duda muchas de éstas decisiones fueron resultado de la renuencia de los tribunales a aplicar una regla anticuada. Pero se cree que otro factor, fue un deseo general de otorgar indemnizaciones. Esto deriva del concepto de que 1) la política fundamental del derecho de los Estados Unidos en materia de responsabilidad extracontractual, es otorgar compensaciones en el caso de daños personales y así atomizar la pérdida y 2) las reglas conflictuales deben diseñarse generalmente siguiendo la política subyacente a la materia sustantiva implicada. El deseo de tener reglas conflictuales que sigan la política sustantiva implicada, ha sido explicitado por los tribunales en materias tales como contratos, fideicomisos (Trust) y compensaciones a trabajadores. Aún no puede encontrarse explicitado un deseo de este tipo en las opiniones en materia conflictual en el área de responsabilidad extracontractual. Sin embargo parece claro que tal deseo ha estado trabajando, pues, como se ha dicho, la gran mayoría de las decisiones han dado soluciones favorables al actor. A los tribunales que abrigan este deseo obviamente les desagrada una regla conflictual neutral que puede favorecer tanto al actor cuanto al demandado. Se ha pensado que ésta es otra razón, por la cual la regla ha sido abandonada tan ampliamente.

Dado que los tribunales frecuentemente no hacen claras las verdaderas razones de sus decisiones, se hace difícil entender las opiniones existentes en los Estados Unidos en cuanto a la determinación del derecho aplicable en materia de responsabilidad extracontractual. Usualmente los resultados obtenidos se basan ostensiblemente en formulaciones relativamente vagas, tales como que el derecho aplicable debe ser el del estado que tenga mayor interés en la especie, o del estado con la relación más significativa o del estado cuyo interés se vería más perjudicado de no aplicarse su derecho. Sin embargo, frecuentemente aún una reflexión superficial hace claro que una formulación

concreta podría haberse utilizado con la misma lógica para llegar a otro resultado. Por tanto se llega a la conclusión de que, en materia de responsabilidad extracontractual los tribunales de los Estados Unidos son propensos a decidir en primer lugar sobre el resultado que desean obtener y sólo después determinar la formulación que consideran apoyará su conclusión.

A pesar de lo que se ha dicho, la determinación del derecho aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, no está en una situación de confusión total en los Estados Unidos. Hay poca duda, por ejemplo, de que en un caso típico en la que conducta y daño se dan en un único estado, debe aplicarse el derecho de tal estado para determinar si la conducta del demandado acarrea responsabilidad. Claramente este estado tiene el mayor interés en la decisión de la especie y, su derecho debe ser el aplicado. Desde luego existe mayor duda cuando la conducta y el daño se dan en estados distintos. Y también habrá duda cuando se trata de temas, como el monto de los daños, en los que no hay estándares de conducta. Lo que puede decirse es que en caso de daños a la persona y bienes materiales, hay gran probabilidad de que el tribunal aplicará la ley más favorable al actor, salvo en temas en que no existen estándares de conducta.

La incertidumbre que campea en materia conflictual en responsabilidad extracontractual en los Estados Unidos, es soportable en tanto en esta área —responsabilidad extracontractual—, la predecibilidad del resultado, aunque deseable, no es un valor de importancia suprema. Puede esperarse, desde luego, que una persona ajuste su conducta a las reglas de tránsito, como los límites de velocidad, del estado por el cual viaja. Y no hay duda de la aplicabilidad del derecho de tal estado para determinar si la conducta del viajero genera responsabilidad. En cuanto a otros aspectos, como el monto de los daños, no está en la naturaleza de los casos el que una persona amolde su conducta a un derecho en particular. Además, la posible responsabilidad puede estar cubierta por un seguro. En tales circunstancias difícilmente se llegará a un resultado injusto, cualquiera que sea la decisión conflictual adoptada.

No creo que en materias distintas a la responsabilidad extracontractual, el derecho en los E.U.A. sea más incierto que en otros países. Empecemos con los contratos. Esta es un área en que la predecibilidad es claramente importante. Las partes celebran contratos con la expectativa de que se cumplirán los términos de su acuerdo y, frecuentemente solicitarán el consejo de un abogado. En E.U.A., como en otros países, generalmente se permite a las partes elegir el derecho aplicable al contrato. De esta forma es más probable que se cumplan las espectativas de las partes. La mayor fuente de incertidumbre es precisamente el de los límites impuestos a las partes para elegir el derecho aplicable. Aquí, pienso, debe trazarse una línea divisoria entre las materias que caen bajo la libertad contractual de las partes, y las que no. En la primer área, se considera que las partes tienen un poder de elección sin trabas. Las partes son libres, dentro de los límites de su capacidad, de insertar en su contrato las disposiciones que deseen. Siendo así, deben ser, y son, igualmente

libres, como una alternativa, de incorporar en su contrato mediante una remisión las disposiciones de un derecho extranjero, en lugar de incluir tales disposiciones por escrito. Los problemas que existen, aparecen en el caso de materias que no caen dentro de la libertad de contratación de las partes. Muchas de esas materias pueden quedar reguladas por el derecho elegido por las partes, pero aquí hay limitaciones al poder de elección de las partes. Y, nada sorpresivo, existe incertidumbre sobre la naturaleza y extensión de tales limitaciones. En Inglaterra se dice que las partes no pueden, mediante la previsión del derecho aplicable, escapar a las disposiciones imperativas de un estado que tenga una conexión razonable con las partes y su contrato. En cambio en Europa se dice en ocasiones que las partes no pueden escapar a las leyes de aplicación inmediata o leyes de policía de un estado cuyo derecho sería aplicable sin tomar en consideración las cláusulas de derecho aplicable. No se cree que estas formulaciones, aunque verbalmente distintas, encarnen diferencias significativas. También se cree que conducen a resultados esencialmente iguales. Sin embargo, lo que parece claro es que el límite exacto de su aplicación es incierto.

Hasta donde se sabe, en todos los países es incierto cual sea el derecho aplicable a un contrato, a falta de determinación convencional. Los E.U.A. no son una excepción. Pero esta incertidumbre está lejos de ser tan aguda como en el caso de responsabilidad extracontractual. Ello se debe a que los tribunales reconocen francamente que el valor a proteger en primer lugar en materia contractual son las expectativas de las partes y, consecuentemente, a falta de razón suficiente en contrario, debe elegirse un derecho que apoye la validez del contrato. Por ello, los tribunales de los E.U.A., como los de muchos países civilistas, usualmente defenderán la validez formal de un contrato si cumple con los requisitos del lugar de celebración o de los que rijan su validez en general. Análogamente, no se invalidará un contrato, generalmente, por falta de capacidad de una de las partes si ésta es capaz conforme al derecho de su domicilio. En otras materias hay tendencias distintas de los tribunales a aplicar un derecho conforme al cual el contrato sea válido, a menos de que se contravenga fuertemente el orden público de un estado estrechamente relacionado con ambas partes y el contrato. Existe incertidumbre sobre que deba considerarse como una política fundamental (orden público) de un estado y, cuáles sean los contactos necesarios para que el derecho de un estado —invalidante de un contrato—, deba ser aplicado. Parece poco probable que esta área de incertidumbre llegue algún día a ser disipada totalmente.

En materia de propiedad, es necesario distinguir entre inmuebles, fundamentalmente terreno, y muebles. Las transmisiones de interses sobr inmuebles, aun por causa de muerte, se rigen por la ley del lugar de ubicación. Esta es la regla en muchos países y también en los E.U.A. La regla es sencilla y de fácil aplicación y tiende hacia los valores de certidumbre y predecibilidad que son de gran importancia en materia de transmisión de terrenos. La regla facilita además la tarea de investigación del título. Por otra parte, la regla es de aplicación tan amplia que abarca aspectos, como la capacidad, en cuya solu-

ción en ocasiones otro estado puede tener un interés mucho mayor. Sin embargo, no parece haber tendencia alguna a abandonar la regla en los Estados Unidos y, dadas sus virtudes parece probable que sobrevivirá.

Los muebles pueden ser tangibles o intangibles; en caso de transmisión por causa de muerte a ambos se aplica la ley del domicilio del propietario. La regla es sencilla y fácil de aplicar y tiene la virtud –muy importante– de asegurar que, en la medida de lo posible la sucesión será tratada como una sola unidad. En el caso de transmisión *inter vivos* de intereses sobre muebles tangibles, es necesario establecer una distinción. La regla es algo vaga en el caso de controversias entre partes de algún negocio jurídico específico, tal como una venta, un arrendamiento o una hipoteca y, ello porque tal operación es un contrato entre partes y, consecuentemente es común que los tribunales tomen en consideración tanto las disposiciones sobre propiedad cuanto sobre contratos. En otras palabras, los tribunales toman en consideración no tan sólo el derecho del lugar de ubicación en el momento relevante, sino también las conexiones del contrato, tales como el lugar de celebración, el lugar de cumplimiento y, en su caso, el derecho elegido por las partes. La situación es distinta cuando el problema se plantea entre personas que no son parte de un contrato único, como en el caso del vendedor bajo condición cuando desea recuperar el objeto de un tercer adquiriente o embargante. En tales casos el derecho aplicable es el del estado en que el bien se encontraba en el momento en que fue adquirido por quien alega algún derecho prevaleciente sobre los derechos del propietario original. Así debe ser para quien adquiere un bien mueble quién sólo debe tomar en cuenta el derecho del lugar de ubicación, para determinar cuáles serán sus derechos contra un tercero que alegará en derecho preferente y con quien no ha tratado.

La propiedad intangible puede presentar problemas mayores. No es así cuando el bien intangible está incorporado en un documento, como en el caso de acciones y obligaciones. Como desde luego el documento es un bien mueble tangible, los problemas conflictuals erlativos a derechos incorporados en documengible, los problemas conflictuales relativos a derechos incorporados en documen- Es decir que, el derecho aplicable al documento como cosa mueble se aplica también al derecho incorporado en el documento. Cuando el bien intangible no está incorporado en un documento, si el problema se presenta entre partes en una misma operación, el caso es considerado, para efectos conflictuales esencialmente como un problema contractual. Es decir, el tribunal descansará en los contactos típicos en materia contractual, tales como lugar de celebración, lugar de cumplimiento, derecho elegido por las partes, derecho conforme al cual el contrato sea más eficaz, para resolver el problema conflictual.

Por otra parte, el tribunal no se preocupará por el lugar de ubicación, como lo haría en el caso de bienes tangibles, pues los intangibles de hecho no tiene verdadero lugar de ubicación. Los problemas conflictuales entre personas que no son parte en el mismo contrato son mucho menos frecuentes en el caso de derecho intangibles que no están incorporadas en un documento. La solución de tal tipo de problemas es incierta.

Un trust (fideicomiso), es un invento anglo-saxón peculiar, mediante el cual la titularidad jurídica se transfiere a una persona, pero el beneficio económico (beneficial interest) se da a otra. Aquí las espectativas del fideicomitente son las únicas de importancia, pues un fideicomiso, a diferencia de un contrato, es la creación de una sola persona. Claramente el fideicomitente espera que el fideicomiso sea válido, y los tribunales aplicarán el derecho que sostenga la validez del fideicomiso.

Las sociedades es el último tema al cual nos referiremos. Las actividades de las sociedades pueden ser divididas en dos categorías: actos que pueden ser realizados también por una persona física, como celebrar un contrato, llevar a cabo un acto que genere responsabilidad extracontractual, o la propiedad de bienes, y actos que son peculiares de las sociedades. Los actos de primera clase son tratados desde el punto de vista conflictual, de la misma forma que los llevados a cabo por personas físicas. Los actos de la segunda clase comprenden temas tales como la celebración de asambleas, designación de consejeros y administradores, emisión de acciones y obligaciones y pago de dividendos. Estos asuntos se rigen, salvo muy raras excepciones por el derecho del estado de constitución. Con ello se obtiene la uniformidad de trato a socios y accionistas y se logran los valores de certidumbre y predecibilidad.

EL PAPEL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LEYES INTERESTATALES

JAMES A. R. NAFZINGER

Traducción al español de
FERNANDO ALEJANDRO VÁZQUEZ PANDO

La Suprema Corte de los Estados Unidos en los últimos años ha sido muy activa, incluso podría decirse que desusualmente activa, en la solución de conflictos de leyes interestatales. Sus decisiones han desarrollado y definido los estándares constitucionales que regulan la competencia directa, los conflictos de leyes y, la ejecución de un estado de sentencias provinientes de otro. Sin embargo, la protección del orden federal por parte de la Suprema Corte ha sido muy controvertida debido a la ambigüedad que, en ocasiones se deja ver en sus *ratio decidendi* y, en dos instancias, por la imposibilidad de obtener el acuerdo de la mayoría de los ministros de la Corte sobre las reglas y principios directores. En este trabajo trataré de resumir las decisiones recientes de la Corte, de identificar algunas tendencias y, de aclarar el papel crítico de la Corte en dar forma y orientación al derecho internacional privado, al menos en lo que se refiere al orden federal de los EUA. Espero, sobre todo, ayudar a que se entiendan las limitaciones constitucionales norteamericanas a la competencia de los estados para que éstos apliquen su propio derecho conflictual. Si algún lector, tal vez la mayoría de ellos, consideran al sistema conflictual norteamericano como una especie de elefante embravecido que amenaza al sereno paisaje del derecho internacional privado, sólo puedo decir primero que, los juristas norteamericanos comparten ese punto de vista y, en segundo lugar, que nuestra Suprema Corte ha ayudado a amansar al elefante.

Para ampliar la metáfora zoológica, podría esperarse que cada ministro de la Suprema Corte fuera comparado a aquellos ciegos del proverbio y cada uno tuviera su propio concepto de la anatomía elefantina. En su lugar, los ministros han sido comparados con nueve escarabajos en el templo de Karnak. La Suprema Corte siempre ha sido objeto de controversia. Recientemente un congresista liberal establecía la diferencia entre la Suprema Corte y el Ku Kux Klan diciendo que en el Klan, los miembros se visten de blanco para aterrorizar a los negros, en tanto que en la Corte los miembros se visten de negro para aterrorizar a los blancos. A pesar de tales apreciaciones, es notable que la Corte al acercarse a su segunda centuria, continúa fuerte y dominante. No es por tanto la

senilidad la causa explicativa de la enorme actividad de la Corte en cuestiones conflictuales en los últimos años, aunque los principios menos políticos e ideológicos de nuestra disciplina sean en ocasiones refrescantes para los ministros de la Corte.

1. *Jurisdicción*

La Suprema Corte ha resuelto recientemente tres casos que involucraban problemas de competencia directa de los tribunales de los estados. Los resumiré en conjunto antes de entrar a la consideración de cada uno de ellos. En dos de los casos la Corte cuestiinó la constitucionalidad de la aplicación por los tribunales estatales de las llamadas leyes "*long arm*" que los estados han adoptado para ampliar su competencia sobre extranjeros. En el tercer caso, la Corte se ocupó de una ley estatal sobre embargos que autoriza a sus tribunales a establecer su competencia *quasi-in-rem* —es decir, con base en la existencia de propiedades en el lugar— sobre un demandado extranjero con base tan sólo en la obligación contingente de un asegurador de indemnizar al demandado en caso de ocurrir el siniestro. En los tres casos la Suprema Corte consideró inconstitucional la competencia de los tribunales estatales, lo cual debe agradar a abogados representantes de clientes extranjeros.

Antes de describir cada uno de los casos, permítaseme recordar la importancia de una decisión judicial en un sistema jurídico como el de los E.U.A. A pesar de la codificación gradual del derecho en mi país, el desarrrollo del derecho continúa descansando en los principios del "common law" aplicados por los tribunales, como el principio de *stare decisis*. En palabras de la Suprema Corte:

> "La doctrina de stare decisis impone una severa carga en el litigante que nos solicita repudiar uno de nuestros precedentes. Esa doctrina no sólo juega un papel importante en el enjuiciamiento metódico; también sirve a los intereses societarios más amplios de justicia, consistencia, y predecibilidad en la aplicación de las reglas jurídicas. Cuando los derechos han sido creados o modificados confiando en reglas jurídicas establecidas, los argumentos en contra de su cambio tienen una fuerza especial."[1]

Por ello, para entender el derecho de los E.U.A., es esencial entender las opiniones de la Suprema Corte en el contexto práctico a que responden. También es esencial tener en mente que la Suprema Corte no se refiere directamente a la sabiduría o mérito de los enfoques o reglas conflictualse estatales, sino tan sólo a su constitucionalidad. La Suprema Corte al revisar las deci-

[1] *Thomas V. Washington Gas Light Co.*, 448 U.S. 261, 272 (1980).

siones de tribunales estatales de apelación, en ocasiones actúa en apelaciones directas y en otras otorgando discrecionalmente un "writ of cerciorari".*

En el caso *Kulko v. California Superior Court*[2] el problema constitucional era si una madre que demandaba apoyo económico adicional para su hijo, ambos domiciliados en el estado de California, podía intentar la acción para modificar una sentencia neoyorkina anterior contra el padre, residente y domiciliado en Nueva York. La resolución de la Corte fue negativa por considerar que la competencia intentada violaba la cláusula de debido proceso de la 14a. enmienda a la Constitución. Esa cláusula prevé que ningún estado "privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley". El padre en una ocasión había estado presente en California y había permitido al menos a uno de sus hijos vivir con su madre en Californi ay asistir a la escuela en el mismo estado. No obstante lo anterior, la Suprema Corte interpretó la cláusula de debido proceso invocando una opinión anterior para sostener que el padre demandado no había llevado a cabo actos por los cuales "intencionalmente se beneficiará de los privilegios de realizar actividades en el estado del foro, invocando de tal modo los beneficios y protecciones a sus leyes".[3] Sin tal "acto intencional" del demandado, y faltando en forma claramente expresa un interés imperativo del estado, el Tribunal de California no había otorgado al padre demandado el proceso debido al extender sobre él su competencia personal. La corte sugirió que únicamente en casos estrictamente comerciales podría ser constitucional que el tribunal de un estado estableciera su competencia sobre una parte extranjera con base únicamente en los efectos o daños causados en el estado por esa persona. La Corte hizo notar que a pesar de la "gravedad de los contactos" implicados en el mantenimiento del niño que pudiera tener en California, tal factor era relevante tan sólo para la determinación del derecho aplicable pero no para determinar la competencia personal.

Permítaseme hacer notar que existe una controversia creciente entre los juristas y estudios en los E.U.A., sobre la disparidad entre los estándares constitucionales en materia de conflictos de leyes y de competencia judicial. Algunos consideran que deben permanecer independientes uno del otro, mientras que otros consideran que deben ser idénticos.

En otro caso, *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*;[4] el aspecto constitucional era si, conforme a la cláusula de debido proceso legal, un tribunal

* El writ of cerciorari es una orden emitida por un tribunal de apelación, cuando éste tiene facultad discrecional para conocer o negarse a conocer la apelición. Si el *writ* es negado, el tribunal se niega a conocer del recurso y, en consecuencia la sentencia del inferior se mantiene. Si el *writ* es otorgado, tiene el efecto de ordenar al inferior certificar el expediente y remitirlo al superior que ha resuelto discrecionalmente conocer de la apelación. (Nota del traductor.)

[2] 436 U.S. 84 (1978).

[3] *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, 253 (1958) (la primera parte es citada en *Kulko*, 436 U.S. 84, a 94).

[4] 444 U.S. 286 (1980).

de Oklahoma podía ejercer competencia personal en una acción de responsabilidad por el producto, sobre un minorista neoyorkino de automóviles y su distribuidor mayorista neoyorkino, cuando el único contacto con Oklahoma era un accidente en este estado de un automóvil, que se argüía era defectuoso, vendido en Nueva York a un residente en Nueva York que lo conducía en Oklahoma. La respuesta de la Corte fue negativa: el debido proceso requiere justicia hacia el demandado. Aunque los vendedores en Nueva York de un producto altamente móvil como un automóvil hubieran podido prever un accidente en Oklahoma, no era previsible que les llevaran a juicio en tal estado. Además, la Corte estableció que los límites de la competencia estatal son importantes para la "administración ordenada de las leyes" en el sistema federal. En consecuencia, aunque Nueva York tenía competencia en el sistema federal, Oklahoma carecía de ella. En forma más general, para casos futuros la Corte declaró que los efectos indirectos, aún los derivados de transacciones comerciales, eran insuficientes, al menos ante la ausencia de una espectativa razonable del comerciante foráneo de que podría verse sujeto a juicio en tal estado.

En su tercer caso reciente, *Rush v. Savchuk*,[5] la Corte se preguntó si un estado podía ejercer competencia *quasi-in-rem* sobre un asegurador demandado sin nexos con el foro, simplemente por embargar la obligación contractual de un asegurador autorizado a ejercer el comercio en el estado y que había convenido en defender e indemnizar al demandado en la medida de su responsabilidad. Para entender por qué la Corte contestó negativamente, es necesario revisar un poco la jurisprudencia anterior. En una decisión que tuvo mucha influencia, *International Shoe Co. v. Washington*,[6] la Corte resolvió en 1945 que un tribunal estatal podía ejercer constitucionalmente su competencia personal sobre un demandado extranjero, solamente cuando el demandado tenía un "mínimo de contactos" con el foro "en forma tal que seguir el juicio no ofenda las nociones tradicionales de un juego conforme a las reglas y justicia material". Después, en 1977 la Corte casi eliminó la competencia *quasi-in-rem* en el caso *Shaffer v. Heitner*,[7] extendiendo los criterios de los "contactos mínimos". Al hacerlo, la Corte aclaró que para que un tribunal estatal sea competente por razón de la persona o en casos *quasi-in-rem* se necesita un mínimo de contactos entre el foro y el litigio. En *World-Wide Volkswagen*, que fue resuelto el mismo día que *Rush v. Savchuk* que ya resumí, la Corte identificó dos funciones de la teoría del mínimo de contactos: proteger al demandado de la carga de litigar en un foro distante o inconveniente y, asegurar que los estados no traspasen los límites que les están impuestos como soberanos iguales dentro del sistema federal. De este modo, la Corte estableció que el debido proceso consta de dos elementos en materia

[5] 444 U.S. 320 (1980).
[6] 326 U.S. 310, 316 (1945).
[7] 433 U.S. 186 (1977).

de competencia judicial: la justicia hacia el demandado y el poder del estado dentro del sistema federal.

Regresando al caso *Rush v. Savchuk*, en el que el tribunal estatal fijó su competencia con base en un embargo de activos del asegurador extranjero demandado, la Corte decidió, aplicando opiniones anteriores, que una deuda meramente contingente de un asegurador era una base insuficiente para fijar competencia sobre el asegurador extranjero. A falta de competencia directa sobre el asegurador extranjero demandado mismo, simplemente no había un mínimo de contactos entre el demandado, el foro y el litigio. En síntesis, la Corte en sus decisiones más recientes ha aplicado en forma consistente precedentes para restringir la competencia de los tribunales estatales sobre partes extranjeras.

2. *Determinación del derecho aplicable*

Si pasamos al problema de determinación del derecho aplicable, veremos que la Corte ha ido en sentido opuesto ampliando la competencia estatal. La Corte resolvió el primer caso en diecisiete años sobre determinación del derecho aplicable, *Allstate v. Hague*,[8] con una opinión muy interesante en la que sostuvo la constitucionalidad del enfoque de un estado.

La revolución conflictual de los E.U.A., actualmente en su tercera década, es parecida a la Revolución Política Mexicana: las dos son procesos continuos, las dos tienen sus Zapatas y sus Villas, y las dos se han hecho muy complicadas. En los Estados Unidos algunos estados han mantenido las reglas conflictuales bien conocidas de *lex loci delicti* y *lex loci contractus*. Pero la gran mayoría han substituido estas reglas sencillas por enfoques selectivos más o menos complejos.

En *Allstate v. Hague*, la Corte sostuvo que un tribunal de Minnesota podía aplicar su derecho que, con apoyo en pólizas de seguros de automóvil, permitía al demandado, que era la viuda del difunto asegurado, acumular los beneficios por el monto de tres pólizas distintas, a pesar de que, el derecho de Wisconsin, el otro estado implicado, no permitía la acumulación. La Corte sostuvo que Minnesota tenía constitucionalmente un cúmulo de contactos significativo con las partes y el evento relevante o transacción, que creaban intereses de Minnesota en forma tal que la elección de su derecho no era arbitraria ni fundamentalmente injusta. La decisión de la Corte es especialmente interesante porque los contactos con Wisconsin eran mucho mayores que con Minnesota. La póliza había sido emitida en Wisconsin, el accidente fue ahí y, en el momento de llevarse a cabo éste, todas las partes residían en Wisconsin. Sin embargo, los contactos que la Corte consideró suficientes constitucionalmente en su conjunto, fueron que la aseguradora ejercía el comer-

[8] 449 U.S. 302 (1981).

cio en Minnesota, el asegurado había trabajado ahí antes del accidente durante 16 años y que la viuda, de buena fe se había hecho residente de Minnesota después del accidente pero antes de instaurar el juicio.

Hay varios aspectos importantes en el caso *Allstate v. Hague*. En primer lugar, culmina una tendencia de cincuenta años a partir del caso *Home Insurance v. Dick*,[9] en el cual la Corte no permitió a un tribunal de Texas aplicar su propio derecho en lugar del mexicano, a pesar de que el actor, que inició el juicio con relación a una póliza de seguro, era un residente permanente de Texas. En la especie, la póliza había sido emitida en México por una aseguradora mexicana y, cubría un barco tan solo en algunas aguas mexicanas. La póliza establecía un lapso especial que limitaba las reclamaciones y que se aplicaría el derecho mexicano en la interpretación del contrato. La Corte sostuvo que la elección del derecho mexicano era dispositiva de la reclamación del actor, pues el derecho mexicano permitía, pero aparentemente el texano no, la limitación del período establecido en el contrato para extinguir la acción del autor. A diferencia de lo sostenido en la reciente decisión del caso *Allstate v. Hague*, la opinión sostenida en el anterior, *Home Insurance v. Dick*, fue que la residencia, del actor en Texas carecía de importancia. Por ello al considerar a la residencia del actor como un nexo relevante con el foro, *Allstate v. Hague* sigue una tendencia en el sentido de ampliar la competencia de los tribunales para aplicar el derecho del foro en disputas con partes extranjeras, una vez establecida la competencia sobre las partes.

El segundo aspecto importante del caso *Allstate v. Hague*, es que la Corte aplicó no tan sólo la cláusula de debido proceso, sino también la de entera fe y crédito. La última de las cuales, que transforma principios de cortesía internacional en obligaciones constitucionales de los estados en conflictos interestatales, exige que se dé entera fe y crédito en cada estado a las leyes, registros y procedimientos judiciales de los demás estados.[10]

La cláusula de entera fe y crédito "es una de las disposiciones incorporadas a la Constitución por sus formadores con el propósito de transformar un conjunto de estados soberanos independientes en una nación".[11] Por ello la disposición de entera fe y crédito entre los estados se refiere más expresamente al orden federal que la de debido proceso. En *Allstate v. Hague* la Corte sostuvo muy liberalmente que la cláusula de entera fe y crédito no exige que un tribunal de Minnesota aplique el derecho del estado más interesado, Wisconsin.

En tercer lugar, a pesar de la diferencia de redacción de la cláusula de debido proceso y la de entera fe y crédito, la Corte no aclaró por qué, en cuestiones de determinación del derecho aplicable, ambas deben ser analizadas separadamente. Debido a que los orígenes de la cláusula de entera fe y

9 281 U.S. 397 (1930).
10 U.S. Const. art. IV, § 1, cl. 1.
11 *Sherrer v. Sherrer*, 334 U.S. 343, 355 (1948).

crédito son algo obscuros, la Corte se había esforzado previamente en darle un significado específico en casos conflictuales. Sin embargo, en *Allstate v. Hague* la labor le fue no sólo difícil, sino que las hizo a un lado completamente.

En cuarto lugar, la opinión tan sólo fue aceptada por una pluralidad de ministros, pero no por la mayoría. Así las cosas, aunque la opinión es clara en sí misma, podría no haber regla que sirva de precedente; consecuentemente los parámetros constitucionales para los estados en materia conflictual son aún menos claros de lo que eran. El conjunto de opiniones en *Allstate v. Hague* es un ejemplo excelente de la tendencia creciente de los jueces de la Suprema Corte de emitir votos particulares, concurrentes o disidentes de la opinión principal, en ocasiones para el detrimento y confusión de los abogados. Quizá Sir Thomas Browne, el estudioso inglés del siglo XVII propició esta tendencia moderna cuando escribió cándidamente que:

> "Yo mismo nunca puedo separarme de un hombre por diferencias de opinión, o enojarme por su juicio disidente del mío en lo que, tal vez en unos días yo mismo disienta."[12]

Finalmente, *Allstate v. Hague* es interesante porque permitió efectivamente a Minnesota aplicar su controvertido nuevo enfoque conflictual. Los tribunales de Minnesota siguen las "consideraciones que influyen en la elección" del profesor Leflar, basadas en observaciones empíricas de como, de hecho, los tribunales resuelven en realidad los problemas conflictuales. Como Leflar concluye que de hecho los tribunales frecuentemente distorsionan el análisis, para aplicar el derecho que consideran el mejor en cuanto al fondo, el enfoque de Minnesota permite a sus tribunales hacer precisamente eso: como política del foro elegir el derecho parcialmente sobre las bases de que derecho sea el "mejor". Algunos consideran que tal enfoque usurpa la labor del legislador y favorece al foro expresamente, otros, entre los cuales me incluyo, lo consideran un enfoque honesto y progresista. En *Allstate v. Hague* uno de los jueces, en su voto particular concurrente, opinó que el enfoque del mejor derecho es "completamente insatisfactorio", pero sugirió que si un foro puede demostrar un conjunto mínimo de nexos con la especie y demandados, en la mayoría de los casos debe poder aplicar la *lex fori*. En cualquier caso, el enfoque del mejor derecho es un enfoque conflictual especial seguido por varios estados en los E.U.A. Tal como se aplicó el enfoque del mejor derecho en *Allstate v. Hague*, una pluralidad de jueces lo consideraron aceptable, en la medida en que el foro tenía un conjunto significativo de nexos con las partes y el evento, creando los intereses del estado, de forma tal que la aplicación de su derecho no fue ni arbitraria ni fundamentalmente injusta.

Aún en otra decisión en materia conflictual, *Nevada v. Hall*,[13] la Corte

12 Religio Medici, pt. I, § VI (1642).
13 440 U.S. 410 (1979).

permitió a un tribunal de California aplicar su propio derecho a una acción iniciada por uno de sus ciudadanos contra el estado de Nevada. Aquí un automóvil propiedad de y operado por la Universidad de Nevada, se vio involucrado en un accidente automovilístico en California y el derecho de Nevada, a diferencia del de California, establece un límite muy bajo de responsabilidad. La Corte sostuvo que ni la cláusula de entera fe y crédito ni la inmunidad soberana impiden la aplicación del derecho de California contra el estado de Nevada, aun contra un soberano. Como puede verse, nuestro federalismo es *sui generis*.

Una disposición constitucional adicional, la cláusula de inmunidad y privilegios, es relevante en materia conflictual. Según ésta "los ciudadanos de cada estado tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de ciudadanos en todos los estados".[14] Como la Suprema Corte hizo notar hace tiempo "ninguna disposición de la Constitución tiende tan fuertemente como ésta, a constituir a los ciudadanos de los Estados Unidos en un pueblo".[15]

Por ejemplo, la Suprema Corte declaró recientemente que es inconstitucional que Alaska dé preferencia a los de Alaska para ser contratados en la construcción del oleoducto de Alaska y para trabajar ahí en la industria de gas y petróleo.[16] Si el derecho de un estado afecta los derechos fundamentales de los ciudadanos de otro estado en forma discriminatoria, tiene que demostrar que existe un interés gubernamental imperativo para hacerlo, lo cual es muy difícil conforme a nuestro derecho constitucional.

3. *Ejecución de sentencias extranjeras*

La tercera, y última, área conflictual en que la Suprema Corte ha desplegado su actividad, es la de ejecución de sentencias extranjeras. En el caso *Thomas v. Washington Gas Light Co.*,[17] el problema era si un residente en el Distrito de Columbia podía solicitar un laudo complementario de compensación laboral del Distrito, después de haber obtenido un laudo del estado de Virginia, en donde había sufrido el daño. La respuesta de la Corte fue afirmativa aunque no es muy claro porque lo fue, pues la sentencia obtuvo aprobación de una pluralidad de jueces, pero no de la mayoría. Cuatro de los nueve jueces votaron a favor de dejar sin efecto una antigua decisión[18] que hubiera exigido dar entera fe y crédito al laudo de Virginia en el Distrito de Columbia, al menos cuando hay un "claro lenguaje [legal]"[19] en el primer estado que impida un segundo laudo en un segundo estado. Sin embargo, la mayoría no estuvo de acuerdo en dejar sin efecto la vieja decisión, por lo que continúa siendo un precedente.

14 U.S. Const. art. IV, § 2, cl. 1.
15 *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall) 168, 180 (1868) (J. Field).
16 *Hicklin v. Orbeck*, 437 U.S. 518 (1978)
17 448 U.S. 261 (1980).
18 *Magnolia Petroleum Co. v. Hunt*, 320 U.S. 430 (1943).
19 *Indus. Comm'n. of Wis. v. McCartin*, 330 U.S. 622 (1947).

En la opinón *Thomas v. Washington Gas Light Co., la Corte* también enfatizó que una agencia gubernamental de Virginia no puede, a diferencia de un tribunal, aplicar derecho extranjero y por ende no puede tomar en cuenta los intereses de un estado hermano como para impedir a tal estado otorgar una compensación adicional conforme a su propio derecho. También sostuvo la Corte que ningún estado:

> Tiene un interés prevaleciente en exigir a un empleado dañado proceder con especial cautela cuando hace valer su reclamación en primer lugar. Los procedimientos compensatorios a menudo se inician informalmente, sin asesoría de consejero, y sin dar atención a la elección del foro más adecuado. Frecuentemente, como en la especie, el empleado está aún hospitalizado cuando se trata de obtener los beneficios. Y, en verdad, no siempre es el trabajador quien inicia la acción.[20]

En consecuencia, la Corte sostuvo que el Distrito de Columbia no tenía que dar entera fe y crédito al laudo de compensación al trabajador dictado por Virginia y que, en segundo lugar, un laudo complementario del Distrito de Columbia no afectaba los intereses de Virginia. En síntesis, la Corte sostuvo que un estado, al menos cuando proporciona apoyo administrativo a un solicitante, "no tiene interés legítimo en el contexto de nuestro sistema federal, en impedir a otro estado que otorgue un laudo compensatorio complementario cuando el segundo tenía el poder de aplicar su derecho sobre compensación a trabajadores en primera instancia".[21]

4. *Conclusión*

En conclusión permítaseme hacer notar varias tendencias. En primer lugar, la Suprema Corte recientemente ha sido muy activa en la solución de problemas conflictuales entre estados en el sistema federal. Las decisiones, sin embargo, ejemplifican la tendencia a emitir votos particulares, haciendo difícil a menudo identificar los principios rectores y reglas útiles como precedentes para resolver casos futuros. Sin embargo, la Corte ha desarrollado la definición de los límites constitucionales de la competencia estatal para resolver problemas conflictuales, en sus tres áreas: competencia directa, determinación del derecho aplicable y ejecución de sentencias extranjeras.

En segundo lugar, para ser más concreto, la Corte ha limitado la autoridad de los estados para ejercer su competencia directa sobre partes extranjeras, al menos cuando no hay un interés estatal claramente establecido de ejercer su jurisdicción, cuando hay un foro más estrechamente relacionado con el litigio particular y con el demandado o demandados.

20 448 U.S 261, 284 (1980).
21 *Id.* a 286.

Contrariamente, la Corte ha ampliado las posibilidades de que los estados apliquen su propio derecho en casos de conflictos de leyes interestatales. En su primera decisión en diecisiete años en materia de conflicto de leyes,[22] la Suprema Corte sólo exigió la existencia de un conjunto significativo de contactos para permitir a un estado aplicar su propio derecho, pero no exigió que tales contactos fueran los más significativos. Al hacerlo así, la Corte en realidad permitió a los estados aplicar su propio derecho basado parcialmente en considerarlo como el "mejor" como una cuestión de política del foro. Debe hacerse notar que con ello la Corte permitió una separación sustancial, de orientación valorativa, de las antiguas reglas conflictuales como la *lex loc delicti* y la de *lex loci contractus,* al menos para resolver cuestiones conflictuales en materia contractual y de responsabilidad extracontractual. Consecuentemente, la relación entre competencia judicial y derecho aplicable es de particular importancia en la actualidad para los juristas de los E.U.A.

En tercer lugar, la Corte ha enfatizado la importancia del orden federal al revisar los casos en que los tribunales de un estado pueden considerarse competentes con respecto a partes extranjeras. Al declarar inconstitucional la competencia de tribunales estatales en tres casos recientes, la Corte aparentemente deseó proteger la soberanía de cada estado en contra de la ampliación exhorbitante de algunos estados miembros a través de sus leyes sobre compencia *"long-arm"* y embargos.

En cuarto lugar, la Corte ha exigido que el demandado pueda prever razonablemente un litigio específico en un foro lejano, para permitir a ese foro ejercer su competencia directa. El resultado es la protección de los demandados extranjeros por razones de justicia, así como de la dignidad soberana de los estados miembros en el sistema federal.

En quinto lugar, en problemas de conflictos de leyes, la Corte ha mezclado recientemente las cláusulas de debido proceso y entera fe y crédito en una restricción única sobre competencia estatal, expresada en principios de justicia y poder estatal en el sistema federal.

En sexto lugar, la Corte ha permitido en algunas circunstancias que, el ciudadano de un estado lleve a juicio en esos tribunales locales a otro estado, a pesar de la doctrina de la inmunidad soberana.

En séptimo lugar, la Corte ha permitido a un estado no ejecutar la sentencia de otro, a pesar de la cláusula de entera fe y crédito, cuando en el estado de origen no era posible aplicar el derecho del otro estado. Esto es especialmente claro cuando una entidad administrativa, y no un tribunal, emite una decisión en un estado cuya ejecución se solicita en un segundo estado.

Espero que estas notas aclaren no tan sólo la importancia de la Suprema Corte en la solución de conflictos interestatales, sino también el esquema constitucional fundamental a través del cual se pone a prueba la competencia de los estados en nuestro sistema federal.

22 *Allstate v. Hague,* 449 U.S. 302 (1981).

Doctrina II

Sección especial de Derecho Internacional Privado

LA "LEY SOBRE INMUNIDAD DEL ESTADO SOBERANO DE 1976"

RODOLFO CRUZ MIRAMONTES*

I. El día 21 de octubre de 1976 se promulgó en los Estados Unidos de Norteamérica una ley de muy breve extensión (sólo 10 artículos), pero de una gran trascendencia por su repercusión y alcance casi ilimitados que pretende otorgarle al ciudadano norteamericano una seguridad judicial suficiente para proteger sus derechos en transacciones comerciales establecidas con entidades públicas extranjeras y aún con los Estados mismos.

Desde luego no se pretende desconocer el principio universalmente aceptado de la inmunidad soberana del Estado, sino se busca regular una situación práctica presente en las relaciones internacionales, derivada de la interdependencia económica existente en la Comunidad de Estados y que lleva a que los gobiernos bien directamente o por medio de instituciones o empresas públicas, realicen actos de naturaleza mercantil, creándose obligaciones y derechos entre las partes que eventualmente pueden entrar en conflicto, planteándose una situación de desigualdad —al menos aparente— cuando una de las partes es un Estado y la otra un simple ciudadano.

Los legisladores norteamericanos consideraron pues el hecho de que "...el número de ciudadanos norteamericanos que establecían contactos con entidades pertenecientes a Estados Extranjeros o con los propios gobiernos, era creciente..." y que "... no existían disposiciones pertinentes en los ordenamientos legales vigentes que faciliten a los interesados, el acceso a sus tribunales y enderezar una acción en contra de un Estado extranjero..."

Junto con lo anterior que "...a diferencia de otros sistemas legales nacionales, las disposiciones norteamericanas no permiten iniciar juicios contra estados extranjeros, ni existen normas suficientes que regulan en la oposición y defensa del afectado mediante la inmunidad soberana y que por otra parte, se prevea la obtención de una resolución final que condene a la entidad pública extranjera y que permita ejecutarla mediante los sistemas comerciales ordinarios".

Por todo lo anterior, unido a otros hechos, los legisladores se decidieron a dar su aprobación a esta ley que tiene una clara meta: proteger a sus ciudadanos quitándole a su contrario el escudo de la inmunidad.

* El presente texto fue objeto de una comunicación ante la Escuela Libre de Derecho el día 23 de noviembre de 1982 en el ciclo de conferencias organizado para conmemorar el 70 Aniversario de su fundación. El material forma parte de una obra mayor que será objeto de publicación posterior.

La clave del problema estriba en definir la naturaleza jurídica del acto que motiva el conflicto: si es comercial o no, ya que el Estado como persona jurídica realiza actividades diversas y múltiples siendo unas exclusivas de su condición soberana calificadas de jure imperii y otras que son iguales a las que cualquier ciudadano puede ejecutar, comprendidas como de jure gestionis. La clave está pues en la definición de la esencia jurídica del acto.

II. *El perfil de la ley*

Como ya se advirtió, la Ley se compone de sólo diez preceptos pero cada uno tiene un contenido apretado de múltiple y variado aspecto cuya precisión no se tiene, por lo que el conocimiento de su alcance posible es fundamental.

El texto no es de fácil comprensión como suele ser en el lenguaje legal norteamericano, por lo que exige una cuidadosa y reiterada lectura pero más difícil es apreciar el sentido de su expresión. Para alcanzarlo será necesario revisar precedentes de casos semejantes a los previstos en la misma, así como los existentes en otras leyes en las que se hayan considerado actos parecidos o iguales como por ejemplo el acto de comercio en las leyes mercantiles; el acto de Estado para explicar la no sumisión de entidades públicas a la jurisdicción y competencia de los tribunales norteamericanos la aplicación retroactiva de la ley; la definición de una entidad soberana y otros.

Esta tarea es muy compleja y requiere de un conocimiento profundo y amplio del sistema jurídico norteamericano. Por otra parte, como advirtieron los propios legisladores, la práctica y aplicación de la Ley serán los mejores medios para pulir, definir y precisar los conceptos. La existencia de casos concretos pese a que se han aumentado en razón de las constantes y mayores transacciones comerciales, no pasan de ser relativamente escasos para presumir que las interrogantes principales se hayan despejado.

Por lo tanto en esta ocasión nos limitaremos a conocer el perfil de la Ley y en seguida nos detendremos en algunos puntos más interesantes, adelantando que encontraremos varios casos en los que intereses concretos de México han estado presentes o aún se hayan en juego.

El cuerpo legal integra el Capítulo 97 de un ordenamiento más completo como es el United States Code, Título 28 y se titula "inmunidades jurisdiccionales de los estados extranjeros, dividiéndose en Secciones o Artículos extensos numerados del 1602 al 1611 inclusive. Asimismo se adicionaron el Capítulo 28 del mismo título con la Sección 1331 y el 89 con el párrafo d) de la Sección 1441 adecuando la Ley en las partes concernientes a los tribunales de Distrito para conocer de estos problemas.

El principio universal de la inmunidad del Estado Extranjero es reconocido, pero se le condiciona a los convenios internacionales vigentes en los que Estados Unidos sea parte y se establecen expresamente las hipótesis de los casos en que no procede alegarla en juicio, lo que se consigna en las Secciones 1605 a 1607.

¿Cuáles son los casos de excepción?

La Sección 1605 enumera en cinco párrafos los casos en que procede, los que sintéticamente y sin perjuicio de volver más adelante sobre ellos, son los siguientes:

1. Por renuncia expresa o tácita que el estado haya efectuado.
2. Cuando la acción judicial esté basada en la *actividad comercial* que el estado extranjero haya llevado a cabo en los Estados Unidos, o bien cuando se derive de un acto perfeccionado en los Estados Unidos pero relacionado con la actividad comercial que el estado extranjero lleve a cabo en cualquier parte. Asimismo la que se apoye en *un acto efectuado fuera del Territorio Norteamericano pero en conexión directa, con la actividad comercial* del estado tercero sin importar donde se lleve a cabo y que *provoque o sea la causa, de un efecto directo en los Estados Unidos.*
3. Cuando se encuentren en disputa *derechos de propiedad que han sido gravados o afectados en violación de las normas del Derecho Internacional Público* y siempre y cuando, los bienes o propiedades entregadas en contraprestación de los derechos afectados, se ubiquen en los Estados Unidos y tengan una conexión inmediata con las actividades comerciales del Estado Extranjero celebradas en los Estados Unidos.
   Igualmente se aplicará lo aquí establecido cuando tales bienes o derechos intercambiados, sean propiedad o estén controlados y administrados, por una dependencia oficial del estado extranjero y *efectúe actividades comerciales en los Estados Unidos.*
4. Cuando los derechos o propiedades adquiridos por sucesión, donación, o bien sobre bienes inmuebles ubicados en los Estados Unidos, sean materia de una controversia judicial.
5. (Excepción a la excepción). Por otra parte no quedan comprendidos en el párrafo (2) las reclamaciones monetarias exigidas al estado extranjero a causa de lesiones o muerte o por daño, pérdidas de propiedad que ocurran "en los Estados Unidos y cuya causa origine una responsabilidad extracontractual, u omisión del estado tercero, sus funcionarios o empleados al realizar sus actividades oficiales". Lo anterior no se aplicará en los siguientes casos.

   A) A la demanda que se base en el ejercicio o cumplimiento o en su ausencia, de las funciones discrecionales sin importar si existió abuso de la facultad arbitral.
   A) A la que se deriva de persecuciones de mala fe, de abuso en el procedimiento, por libelo, difamación o calumnia, carencia de representación, dolo o interferencia u oposición a derechos contractuales.

Una primera interrogante que se nos viene a la mente es saber ¿hasta dónde se extiende la responsabilidad del Estado?

Esta inquietud tan seria, sobre todo en un país en el que se dan los casos de reclamaciones más extravantes, pretende ser despejada por la Sección 1606, estableciendo que la responsabilidad del Estado cuando no proceda la excepción de inmunidad soberana, no se extenderá a los perjuicios.

En aquellos casos en que la Ley aplicable del lugar donde la muerte haya ocurrido si fuere el asunto, determine que la reparación a cubrirse tuviere de conformidad con su naturaleza jurídica el carácter de perjuicio, el estado sólo estará obligado a cubrir daños actuales o compensatorios calculados por los efectos pecuniarios derivados del fallecimiento.

Habiéndose fincado así el principio de la responsabilidad con sus limitaciones y matices, es pertinente mencionar la forma en que se hace efectiva y sobre qué bienes es posible buscar la ejecución de la resolución judicial o aún, prevenirla mediante los procedimientos legales precautorios que las leyes aplicables consignan.

El principio general de la inmunidad del estado extranjero se extiende a sus bienes, propiedades y derechos ubicados en los Estados Unidos, regulándose por los acuerdos internacionales vigentes aplicables, con excepción de lo previsto en las Secciones 1610 y 1611.

En éstas se regulan la aplicación de los procedimientos de secuestro previos al juicio y de ejecución de las sentencias condenatorias.

La primera razón para su procedencia es la renuncia que el Estado haga de su inmunidad para facilitar la ejecución del mandamiento judicial.

Otra causa puede ser que el bien sobre el que se trabe el embargo, haya sido utilizado en el acto comercial del que se derivan las reclamaciones.

Asimismo, procederá cuando la ejecución se derive de un juicio en el que se hayan ventilado derechos de propiedad, fundados en actos contrarios al Derecho Internacional de alguna manera.

Sucederá lo mismo si la ejecución se dicta en el juicio en el que se declaran derechos de propiedad, adquiridos por sucesión o donación, o bien, cuando sea un inmueble ubicado en los Estados Unidos, siempre y cuando no se trate de aquellos destinados para oficinas de las misiones diplomáticas o consulares, o bien sean la residencia del Jefe de la misión.

Para que pueda fincarse el secuestro o embargo de un bien o la ejecución de una resolución en la forma dicha, el Tribunal deberá conceder un período razonable para su conocimiento, tal como se previene en la Sección 1608, párrafo (e) y sólo hasta que transcurra en su integridad podrá procederse.

Esta obligación puede, sin embargo, dejarse de cumplir por las autoridades judiciales, si el estado renuncia a la misma o bien, si el objeto es solamente asegurar la ejecución de la sentencia y no para lograr jurisdicción o competencia.

Pese a todo, existen algunos bienes que siempre estarán exentos de ser sujetos de procedimientos ejecutorios, tales como los que el Presidente haya dsignado para disfrutar de los privilegios, inmunidades y excepciones a que se refiere la "International Organization Immunities Act".

Existen otros bienes que siendo inmunes por mandato expreso, pueden eventualmente quedar sujetos a procedimientos de ejecución si el estado afectado otorga su consentimiento; tales son por ejemplo, los fondos que un banco central o autoridad monetaria usan para sus propios requerimientos.

Como es fácilmente explicable, los bienes de naturaleza militar o usados en actividades de tal carácter, tampoco serán afectables bajo ninguna circunstancia.

III. *Algunos comentarios sobre los conceptos básicos que la integran*

A. *Actividad comercial*

Siendo el principio general el del respeto a la inmunidad del estado extranjero "...sujetándola a los acuerdos internacionales existentes en los que Estados Unidos sea parte..." como textualmente previene la Secc. 1604, se establecen como ya se dijo, varias excepciones que permiten sujetar a proceso en un tribunal local o federal, a un estado soberano.

Estos casos de excepción están consignados según vimos, en las Secciones 1605 a 1607, destacando al párrafo (a) (2) de la primera de las mencionadas, que se refiere a la naturaleza mercantil del acto cuya definición en el caso concreto es básico para poder determinar si procede o no lo excepción y con ello, el que un estado soberano se vea compelido a comparecer ante un tribunal norteamericano y litigar frente a un particular.

Expresamente la Sección 1605 párarfo (a) (2) nos dice que:

> "A Foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case... (2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere, and that act causes a direct effect in the United States".

En el capítulo de definiciones se da una explicación de lo que se entenderá por actividad comercial, consignándose textualmente por la Sec. 1603; lo siguiente: .....

> (D) "A" commercial activity "means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose".
>
> (E) "A" commercial activity carried on in the United States by a foreign

state "means commercial activity carried on by such state and having substancial contact with the United States".

La definición que da la Ley es demasiado vaga y general y como muchos autores dicen, deja mucho que desear, por lo cual será tarea del Poder Jurisdiccional ir precisando el concepto y puliendo las características del mismo, lo que expresamente se previno por los autores de la ley al consignar en el documento que comenta cada una de las Secciones que "...hubiera sido imprudente dar una mayor precisión aunque hubiera sido posible".

En los mencionados comentarios se ilustra el contenido del acto comercial ejemplificando lo que se pretende definir y así se dice que tendrán estas características actividades tales como el arrendamiento de una propiedad, la celebración de contratos de trabajo con personal auxiliar y trabajadores, secretarias, agentes de relaciones públicas o comerciales; asimismo, los contratos de inversión o seguros con una compañía norteamericana; los de crédito o bien, los de venta de productos y servicios; las actividades cotidianas de una línea aérea y otras semejantes.

No se dejó de admitir desde luego la enorme dificultad para establecer la diferencia entre actos gubernamentales y actos comerciales, por lo que en forma premeditada se encomendó a los tribunales la tarea de ir precisando los conceptos y fijando la línea demarcadora en la medida de lo posible.[1]

Siendo el punto de partida aparentemente fácil como es el de enfocar el acto desde el ángulo de su naturaleza y no atendiendo a su propósito, definirlo en el caso concreto no es tarea sencilla.

De conformidad con el punto de vista de Weiss quien tal vez fue quien primero se ocupó del tema en 1923, la forma de ubicar al acto es muy sencilla, ya que bastará saber si lo puede realizar una persona común y corriente o sólo el estado; así por ejemplo, cuando solicita un crédito, lo que puede hacer cuando legisla.[2]

1 El Consejero Legal del Congreso expresó entre otros argumentos el siguiente:

"We realize that we probably could not draft legislation which would satisfactorily delineate that line of demarcation between commercial and governmental. We therefore thought it was the better part of valor to recognize our inability to do that definitively and to leave it to the courts with very modest guidance. For example, the courts would inquire whether the activity in question is one which private parties ordinarily perform or whether it is peculiarly within the realm of governments.

Your question is a very searching one. It goes to the heart of this. But we, frankly, aside from mentioning that it should be not based on the purpose for which an activity occurred, but rather on its nature, we have decided to put our faith in the U.S. courts to work out progressively, on a case-by-case basis, and using such guidance as has already developed in the very large body of case law which exists, on the distinction between commercial and governmental.

Your question is an extremely penetrating on and I think the best I can say is that, following the example of most other countries, we have decided to pour trust in the courts to work that out".

House Hearings, supra opus cit, 2, p. 52, nota 83.

2 "Compétence ou Incompétence des Tribunaux a L'Egard des Etats Etrangers", 1, Recueil Des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye 521. 19.

Esta sugerencia fue criticada por diversos motivos, alegándose que en realidad el problema no se resolvía sino se difería solamente preguntándose por ejemplo si la compra de zapatos para el ejército, de un barco para la armada o de trigo para alimentar al pueblo, que hace un estado en cumplimiento de su función pública, constituía un acto público pese a que por naturaleza evidentemente comercial, lo puede llevar a cabo también un particular.[3]

Con posterioridad a la emisión de la "Tate Letter", famoso documento que jugó un papel crucial en la gestión de la Ley y de la que nos ocuparemos más adelante, la Corte a través del Segundo Circuito del Estado de New York, integró una lista o catálogo de actos típicamente públicos o políticos siguiendo el criterio esgrimido en dicho documento, los que automáticamente provocaban al identificarse, que se otorgase la inmunidad al estado afectado siendo los siguientes:

1. Actos Internacionales Administrativos.
2. Actos legislativos.
3. Actos relativos a las fuerzas armadas.
4. Actos concernientes a las actividades diplomáticas.
5. Créditos y deudas públicas.[4]

Durante los siguientes años hasta la aparición de la Ley de Inmunidades Soberanas, se vino respetando este criterio en múltiples casos.

En los años anteriores a la presencia de la "Carta" y de su secuela, los tribunales se habían visto precisados a establecer la diferencia entre actos políticos o públicos y otros que sirvieron para conceder la inmunidad, basándose solamente como ya se indicó, en la opinión del Departamento de Estado la que era variable según las condiciones políticas del caso lo que no permitió etablecer fijeza ni criterio en las soluciones dictadas. Así es de mencionarse uno que afectó a nuestro país y que consideró que la Administración de los ferrocarriles era un acto público.[6]

Tradicionalmente la Suprema Corte ha interpretado al término "comercio" en el sentido amplio que la Constitución norteamericana consigna,[5] lo que

3 Cabe señalarse sin embargo, que en diversas ocasiones y ante tribunales distintos se aplicó este criterio de distinción, por lo que su examen ofrece cierta utilidad. Ver entre otros: "International Association of Machinists and Aeroespace Workers vs. Organization of Petroleum Exporting Machinists Countries, 477 F. Supp. 553, 566-69 (C.D. Cal. 1979)". "Yessinin-Volpin vs. Novosti Press Agency, 443 F. Supp. 849,856 (S.D.N.Y. 1978)". National American Corp. vs. Federal Republic of Nigeria, 448, F. Supp. 622, 641-42 (S.D.N.Y., 1978), 597, F. 2d. 314 (2d. Circ. 1979)" Outboard Marine Corp. vs. Dezetel, 461, F. Supp. 384, 396, (D. Dal. 1978).

4 A propósito del conocimiento del caso "Victory Transport Inc. vs. Comisaría General de Abastecimientos y Transportes".

5 "Oliver American Trading Co. vs. México 5 F." 2d. 659 (2 Cir. 1924) cort. denied, 267 U.S. 596 (1925).

6 "The Congress shall have power... to regulate commerce with foreign Nations, and

provocaría de seguirse este camino y basándose sólo en su fuente constitucional, que se estableciese a la excepción como regla general, según dice Jeffrey N. Martin.

Sin embargo, existen otros términos o elementos que condicionan la existencia del acto de comercio para los efectos de definir si se concede o no la inmunidad solicitada.

El acto comercial debe efectuarse en los Estados Unidos (entendiendo como tal, la definición que el Art. 1603 (c) proporciona, bien como parte de una actividad regular o una transacción particular y única efectuada por el estado tercero y que tiene un contacto substancial con dicho país.

La necesidad de establecer si este contacto es o no "substancial" es de gran relevancia, pues en ello se fincará la jurisdicción del tribunal norteamericano.

No existiendo aún suficientes resoluciones pronunciadas a la luz de la Ley, los comentaristas siguen con atención los casos que se van presentando, pues están conscientes que los pronunciamientos más significativos que surjan tendrán una influencia decisiva sobre los asuntos futuros.

Es interesante comentar algunos de ellos, ya que contienen puntos de vista discutibles o poco claros a nuestro entender, pero que ponen en evidencia la necesidad de conocerlos y tenerlos presentes al momento en que sea necesario estudiar un problema concreto.

B. *Actos de naturaleza comercial realizados en el extranjero que caen dentro de la jurisdicción norteamericana*

En un caso recientemente concluido en segunda instancia que afectó a nuestro país, se consideró conforme las razones y argumentos expuestos en el documento analítico de la Ley que ha sido reiteradamente invocada, que las actividades comerciales del demandado aún las efectuadas fuera del territorio norteamericano, serían estimadas como sujetas a la jurisdicción norteamericana si eran parte del quehacer normal de la empresa, tal como sucede con las líneas aéreas.

El problema es interesante, pues en primera instancia el juez consideró que la petición de inmunidad era procedente. La demanda fue interpuesta, en noviembre de 1978 ante la Corte Federal de Distrito en New Jersey por Alan C. Sugarman, pretendiendo el resarcimiento de los gastos y el pago de los perjuicios sufridos en su salud y en su economía al no haberle transportado oportunamente desde territorio mexicano al aeropuerto de Newark, N.J. y haberle tenido 15 horas en "condiciones de abandono" (sic).

El Juez en su resolución pronunciada el día 19 de julio de 1979, estimó que siendo la demandada "AEROMEXICO" una empresa del estado mexicano,

among the several States, and with the Indian Tribes." The Commerce Clause, U.S. Const. Art. I. U.S. Const Art. I Secc. 8 cl. 3.

En comentarios de distinguidos constitucionalistas y juristas el término comercio tiene el mismo significado entre naciones extranjeras, estados y tribus indígenas.

podía sin embargo, ser llamada a juicio si se probaba la existencia de una de las causas de excepción contenidas en el artículo 1605 (a) (2). De los hechos derivó que no eran aplicables las hipótesis primeras y segunda del citado artículo, por lo que no cabía decretar jurisdicción. La acción ejercida no se fundó en las actividades de la empresa, sino en actos "tortuosos" ('tourtuous acts") acaecidos fuera de los Estados Unidos, por lo cual concluyó: "...causar un daño a ciudadanos norteamericanos en el extranjero no es un efecto directo suficiente".

Es pertinente recalcar que el punto de partida para el Juez fueron actos no comerciales lo que le llevó a desestimar la pretensión del actor.

La resolución fue recurrida y la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito la revocó el 30 de junio de 1980 por estimar en su parte fundamental, que la actividad de la que se derivaron los hechos base de la demanda, aparte de integrar una secuela de actividades comerciales ordinarias de la demandada, se habían originado en los Estados Unidos, ya que el viaje era de regreso a New York y el boleto fue adquirido por Sugarman en Eatontown, N.J., lo que era suficiente para concluir que la demanda se había fundado en actividades comerciales efectuadas por la demanda en los Estados Unidos, tal como lo previene la parte primera de la Secc. 1605 (a) (2).

Por lo tanto no afectaba la calidad del acto comercial, ni menos la responsabilidad que de ello se derivase, el hecho de que los actos a consideración se hubiesen verificado fuera del territorio norteamericano.[7]

El tribunal de segunda instancia cambió, por lo dicho, el punto de apoyo que a juicio del juez apelado tenía la demanda y así se le dio al concepto de "actividad comercial" un nuevo alcance en perjuicio de un estado extranjero que fue México.

Sin embargo al haber quedado firme el resto de la sentencia de primera Instancia y con ello ciertos conceptos como el hecho de que la empresa demandada es propiedad del Estado Mexicano, quedando comprendida en la hipótesis legal del estado extranjero (28 U.S.C. Secc. 1602) puede servir en otros casos para sostener este hecho como una verdad legal y así ha sido presentado en el juicio Rhett Ball vs. City of Houston, Aeroméxico and ARA Services Inc., C.A. (No H-82-0514) que se substancía actualmente ante la U.S. District Court para el Distrito Sur de Texas.

En las otras dos hipótesis contenidas en la Sección o artículo comentado se encierran también problemas múltiples que merecen ser cuidadosamente analizados, pues quien tiene tratos constantes de carácter mercantil con los Estados Unidos, bien de gobierno a gobierno o por conducto de entidades públicas, sin duda deberá hacer frente a conflictos diversos.

La segunda de estas hipótesis establece que la realización de actos en los Estados Unidos vinculados con las actividades comerciales del estado tercero en cualquier parte, dará también pie a la excepción de cuenta. El punto principal estriba en que la transacción de negocios se efectúa fuera del terri-

[7] Alan C. Sugarman vs. AEROMEXICO P. 815.

torio norteamericano pero una parte de su realización puede caer en la esfera de competencia de un tribunal norteamericano.

Sobre este particular se menciona un caso en el que el tribunal estudió los detalles de esta prevención y no encontró que se reunían los suficientes elementos para estimar que los actos efectuados por la demanda fincaban jurisdicción (East Europe Domestic International Sales Co. vs. Terra 467 F. Supp. 383 (S.D.N.Y. 1979).

En cuanto a la tercera hipótesis planteada en la Secc. 1605 (a) (2) de referencia que contempla actos efectuados en el exterior, vinculados con actividades comerciales extranjeras que provocan efectos directos en los Estados Unidos, las interrogantes son aún mayores, ya que no se dice que deberá entenderse por esto; sin embargo, se estima que dos son los requisitos que deben concurrir: la presencia de "contactos mínimos" y la observancia de los principios que se refieren a que los actos produzcan efectos substanciales en los Estados Unidos, debiendo ser además resultado directo de los mismos, tal como lo exige "la Restatment Foreign Relations Law of the United States" (1965).

En varias ocasiones los tribunales han asentado lo anterior destacando el caso Upton vs. Empire of Iran, en el cual varios ciudadanos norteamericanos se vieron seriamente afectados, inclusive hubo un deceso por el derrumbe del techo del aeropuerto de Teherán.

La demanda se desechó al considerar que no existían los suficientes elementos de relación para considerar que la jurisdicción debería decretarse tal como se fijó en el caso International Shoe Co. vs. Washington (326 U.S. 310, 90L. Ed. (1945), habiéndose confirmado tal criterio en Harris vs. Vao Intourist Moscow (481 F. Supp. 1056 (E.D.N.Y. 1979).

Por lo tanto, para que se pueda pretender que existe jurisdicción se exige "...a degree of contact beyond that occacioned simply by U.S. citizenship or U.S. residence of the plaintiff" (Verlinden B.V. vs. Central Bank of Nigeria, 488 F. Supp. (S.D.N.Y. 1980). Es digno también de mencionarse en este sentido el caso Carey vs. National Oil Corp., (592 F. 2d. 673 U.S. Court of Apeals, 2d. Cir. January 24, 1979).

La esencia de la tesis sostenida en la Resolución primeramente invocada y posteriormente confirmada en otros pronunciamiento judiciales, consiste en asegurarle al demandado una relación mínima con el foro de conocimiento, de tal manera que "... such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and susbstancial justice". En juicios más recientes se ha ampliado la noción de este mínimo como fue en el caso Shaffer vs. Heitner (433 U.S. 186 (1977), requiriéndose una mayor precisión y claridad del concepto, lo que se ha intentado en los casos "World Wide Volkswagen Corp. vs. Woodson" (100 S. Ct. 559 (1980) y "Rush vs. Savchuk" (100 S. Ct. 571 (1980), enfatizándose la situación de los demandados no-residentes en el área de la jurdisdicción del tribunal que se avoca al conocimiento

del juicio. La conveniencia de tener la información actualizada de este mínimo de garantías procesales y judiciales es evidente.[8]

El acreditamiento de la existencia de los contactos mínimos en los Estados Unidos es requisito indispensable para que se dé el debido proceso, el cual tratándose de un Gobierno Extranjero, deberá ser mayor que los exigidos para el caso de un ciudadano nacional, por ello en los comentarios del Comité del Legislativo se dijo que cuando menos deberían ser los consignados en el caso "International Shoe Co." arriba mencionado. El problema se complica, ya que un estado no es una 'persona física", tal como lo considera la Constitución en su Quinta Enmienda.

Lo anterior lleva al Profesor Jeffrey N. Martin a proponer que los tribunales deberán elaborar el concepto de "actividad comercial" en los términos de la Ley para ser considerada como excepción, la que deberá ser consistente con la práctica internacional, debiendo contener mayores requisitos y más substanciales que los ordinarios en el foro para decretar jurisdicción sobre ciudadanos norteamericanos, evitando así llamar a juicio a países amigos sin tener suficiente bases.[9]

C. *Créditos y deudas públicas*

Habiéndose fincado el criterio en el caso Victoria, repetidamente comentado, de que las deudas contraídas por los estados extranjeros formaban parte del "catálogo" de actos políticos[10] que ipso facto daban derecho al estado afectado a la inmunidad soberana, se proyectó su presencia en los primeros proyectos de ley, pero con algunos matices de distinción que fue objeto de múltiples críticas.

En el proyecto S. 566 que se presentó al Congresos Norteamericano en el mes de enero de 1973, aparecía una Sección 1606 del título 28 del "U.S. Code"* en la que se distinguía entre el crédito existente a cargo de un Banco central de un país extranjero y el contraído por una subdivisión política o una institución pública o "agencia" como la califica el Proyecto Legislativo.

El adeudo del Banco central era considerado como un acto público, por lo cual provocaba inmunidad para su titular, lo que no acontecía con los pasivos internacionales de las demás instituciones o dependencias públicas (Secc. 1606 (a) (2).

Esta exclusión seguía la posición adoptada por los países europeos sobre

8 Ver "The Minimum contacts standard and alien defendants". Lawrence L. Cagney, "Law and Policy in International Business", vol. 12, No. 3, 1980.

9 "Soverign Immunity Limits of Judicial Control. The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", Harvard Journal of International Law. Vol. 18, No. 2, Spring 1977, p. 440.

10 Este criterio fue ratificado en otras ocasiones, siendo el caso más notable el de "National City Bank vs. Republic of China", 348 U.S. 356, reh. dnied, 349 U.S. 913 (1955).

* La Sección se intitulaba "Claims Involving the Public Debt"

todo los que constituían mercados de capitales, tales como Francia y Suiza principalmente, cuyos tribunales habían reiteradamente insistido en que los préstamos otorgados a gobiernos extranjeros debían considerarse como jure gestionis.

Se citan para acreditar lo anterior los juicios "Societé Bauer, Marechal et Cie vs. Ministre des Finances de Turquis-Court de Appelations de Rouen Fevrier 10, 1965", "Republique Hellénique vs. Walder R.O. 56, 1237 Tribunal Federal, marzo 18, 1930", "Royaume de Grece vs. Banque Julius Bar et Cie R.O. 82.175 Tribunal Federal Octubre 7, 1938, entre otros.[11]

Al conocerse el proyecto en cuestión, fue duramente criticado, pues no existían a los ojos de los comentarios razones suficientes para justificar la distinción de referencia, lo que por otra parte contradecía el propósito pretendido de codificación y uniformidad.

Con base tal vez en estos argumentos u otros semejantes, se modificó la propuesta y en la Ley comentada ya no aparece este artículo o sección, por lo que los créditos que contraiga un estado, bien por conducto de su Banco central o de cualquier oficina, institución o dependencia oficial, tendrán el carácter de acto comercial conforme su naturaleza, sin importar el sujeto que lo celebre o el fin a que se destine.

Pese a lo anterior, existen, en opinión de algunos autores, serias dudas de que en todos los casos se pueda acreditar la existencia de un acto de comercio, conforme lo previene la sección 1605 (a) (2) suficiente para lograr la excepción a la inmunidad de estado soberano.

La celebración de contratos de crédito, garantía, fideicomiso y los demás actos propios de las transacciones financieras que se acostumbran, cada vez más sofisticadas, hacen temer a los "inversionistas-acreditantes-acreedores", que en un momento dado no sea tan sencillo poder reclamar sus derechos ante un tribunal local, contra un gobierno extranjero.

En efecto, la complejidad del mundo actual en sus operaciones e interrelaciones internacionales es múltiple. El manejo de fondos provenientes de fuentes distintas, con implicaciones fiscales múltiples como sucede por ejemplo con la operación denominada "arrendamiento apalancado" o "leverage leasing", nos muestra lo complejo que puede resultar en la práctica, un caso concreto.

La primera de las hipótesis de la Sección 1605 (a) (2) que hemos mencionado en repetidas ocasiones, no presenta a juicio de uno de los autores que más han profundizado el tema, mayores problemas.

El nexo entre el deudor, la institución financiera norteamericana y los actos comerciales efectuados en territorio de los Estados Unidos es relativamente fácil comprobarlo; la práctica observada en algunos estados, sobre todo en New York, da pie para creerlo así.*

11 Tomados de las citas en "Public Debt and Sovering Immunity, some considerations pertinent to S. 566" G.R. Delaume A.J.I.L. Vol. 67, No 4, Oct. 1973, p. 748.

* Disposiciones contenidas en las "New York Civil Practice Law and Rules".

En cambio según el mismo autor Prof. G. R. Delaume, las otras dos hipótesis planteadas en el precepto invocado no son tan claras.[12]

Para nuestro país, el tema es de capital importancia y merece toda una investigación a fondo en la que se exploren todos los rincones y se haga acopio de la experiencia obtenida para cuidar debidamente las transacciones internacionales más diversas que se lleven a cabo, bien directamente o por las múltiples instituciones y empresas de estado, tanto como en los créditos directos, arrendamientos financieros, apalancados, emisión de valores y tantas operaciones más propias de esta selva que constituye el mundo financiero.

Actualmente se ventila ante la U.S. District Court en Nevada,** un juicio en el que el Sr. Edwin Slade reclama del Gobierno de México el pago de la suma de $472,123.00 dólares, apoyándose en unos convenios suscritos en 1922 y modificados en 1925.

El origen del adeudo lo constituyen diversos créditos que nuestro gobierno contrajo para financiar determinadas obras públicas y la construcción de vías de ferrocarril mediante la emisión de obligaciones y bonos de deuda pública. Con motivo de la 1a. Guerra Mundial, se dejaron de cubrir los intereses, por lo que los acreedores bancarios diseminados en los Estados Unidos y Europa formaron un lamado Comité Internacional de Bancos para negociar el problema.

En junio de 1922 se elaboró un Plan de Pagos que posteriormente se modificó en 1925, distinguiéndose entre "deuda pública directa", "deuda ferrocarrilera" y formando un concepto aparte, el monto de los intereses no pagados.

En ocasiones subsecuentes, 1928 y 1942 y 1951 se verificaron ciertos actos jurídicos que de alguna manera modificaron la situación y que en su conjunto forman el marco legal que ubica a la pretendida reclamación del Sr. Slade.

Sin entrar en detalles ni disquisiciones que no vienen a cuento en este momento, cabe destacar un punto que merece nuestra atención especial y del que nos ocuparemos en el apartado siguiente cuál es el de la no retroactividad de la ley, asunto que se alega junto con otros por nuestro gobierno para rechazar la jurisdicción pretendida de la Corte Federal con base en las excepciones de la Secc. 1605 (a) (2) sosteniendo por lo contrario que la tesis tradicional ha sido la de considerar a los adeudos de gobierno como actos públicos y por ello, no susceptibles de ser conocidos por un tribunal norteamericano.

El caso en cuestión es muy reciente, por lo que será definitivamente importante su resultado.

Ante la importancia creciente del tema, se han venido formulando algunas

12 "Three Perspectives on soverign Immunity-Public Debt and Soverign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", A.J.I.L., Vol. 71, 14o. 1977, pp. 406 a 409.

** Edwin Slade vs. The United States of Mexico. U.S. District Court, Districts of Nevada, CIV-LV-80, 44, HEC.

disposiciones tanto nacionales como internacionales que se refieren a esta excepción de Inmunidad, destacando por su importancia el acuerdo multilateral denominado "Convención Europea de Inmunidad de Estados" que en forma más técnica precisa los actos cuya naturaleza se estima comercial (Artículos 4-14), lo que redunda en una mayor certeza jurídica y evita las interpretaciones de los encargados de aplicar la Ley. Sin duda que su análisis y estudio deberá ser implementado en un futuro próximo.

D. *Que se debe entender por "relaciones mínimas" para fincar jurisdicción*

Siendo cierto que se han incrementado a últimas fechas los casos en los que se ha invocado la Ley en cuestión y esto ha permitido su interpretación, son muchas aún las interrogantes que existen, por lo que los estudiosos de la misma han considerado que algunos problemas concretos que se puedan presentar, eventualmente podrían ser resueltos por analogía con precedentes existentes en otras leyes en las que se hayan examinado interrogantes semejantes.

Así tenemos que una de las facetas aún no exploradas suficientemente de la mencionada Ley, es la que se refiere a que debe entenderse por "contacto suficiente" con el negocio que origina el conflicto.

En el caso Louis Marx and Co. Inc. vs. Fuji Seiko Co. Ltd. (453 F. Supp. 385 (S.D.N.Y. 1978), se consideró que era razón suficiente para fincar jurisdicción del tribunal el que funcionarios de la empresa demandada hubiesen visitado en cuatro ocasiones a la planta de la parte actora ubicada en territorio norteamericano. Misma razón privó en el caso Unidex Systems Corp. vs. Butz Engineering Corp. (406 F. Supp. 899 (DD.C. 1976) para que se configurase la condición de celebrar transacciones comerciales en territorio norteamericano al haberse reunido funcionarios de ambas partes en una comida de negocios después de una visita a la planta de la demandante en el Distrito de Columbia.

Uno de los procedentes más notables por la amplitud del criterio aplicado lo constituye sin duda el juicio Product Promotions vs. Cousteau (495 F. 2d. 483 (5th. Cir. 1974) en el que una empresa norteamericana domiciliada en Texas contrató los servicios del famoso científico Jaques Cousteau para que efectuara ciertas investigaciones submarinas en el Mediterráneo. El contrato se concluyó por correspondencia, la oferta definitiva partió de Francia y la aceptación de Dallas, habiéndose enviado a su conclusión los resultados también por correo. El tribunal que conoció de una acción por incumplimiento de contrato, estimó que pese a que la parte demandada no sostuvo ningún contacto personal en Texas y que su trabajo se había realizado en el extranjero (Francia), bastaba que el contrato se hubiese perfeccionado en Texas al haberse aceptado en Dallas la oferta mencionada y que el resultado del trabajo se hubiese mandado a esta población.

Como señalamos anteriormente, siendo cierto que los casos citados NO se

refieren a la Ley comentada, se estima por la Doctrina que sí es de interés su conocimiento, ya que los fallos fueron dictados por Tribunales Federales, aplicando disposiciones locales (state statutes), lo que hace presumir que en otras situaciones en que se trate de aplicar normas federales por dichos Tribunales en interpretación de la Sección 1605 (a) (2) se seguirá un patrón semejante.[13]

IV. *Aplicación retroactiva de la ley en estudio*

¿Es lícita la aplicación retroactiva de la Ley que se analiza?

En contadas ocasiones los tribunales se han ocupado de dilucidar este punto que puede significar en casos concretos, la definición del problema.

En marzo de 1980, el Tribunal del Segundo Circuito estableció en forma contundente que la Ley comentada no era aplicable retroactivamente cuando los juicios se hubiesen iniciado antes de la vigencia efectiva de la misma según se desprende en el caso Corporación Venezolana de Fomento contra Vintero Salse Corp. (No. 79-7730 (SD. Cir.).[14]

En otras ocasiones en que sí se le ha dado efectos retroactivos, ha sido cuando en opinión del juzgador no se afectan negativamente los derechos firmemente establecidos de las partes y además existe una clara intención del legislador en este sentido, esto es, que la parte conducente de la Ley se debía o podía aplicar a casos anteriores a su entrada en vigor, fortaleciendo así a la entidad extranjera, tal como se resolvió en el caso Yessenin Volpin vs. Novosti Press Agency (443 F. Supp. 849 (1978), habiéndose inspirado otras resoluciones en sus argumentos para sostener la misma tesis como sucedió por ejemplo en el caso Upton vs. The Empire of Iran (459 F. Supp. 264 (1978).[15]

Según la Prof. Beverly May Carl, el verdadero problema se presenta cuando se discute la existencia de la jurisdicción del tribunal norteamericano, habida cuenta como ya se dijo que la Ley cambia radicalmente el sistema, pues

13 Ver opinión de Georges P. Delaume, *opus cit.* Ref., p. 358.

14 Esta resolución tiene como antecedente al juicio "Martrópico Compañía Naviera, S. A. vs. Perushahaan Pertambagan Minyak Dan Gas Buml Negara" (peratamina 177 N.V.L.J. 11, June 28, 1977 cit. 11, col. 4 (Sup. Ct. N.Y. Country). Análogamente se puede mencionar otro caso en donde el tribunal —la U.S. Court for the Eastern District of New York— resolvió confirmar la sentencia del Juez recurrido de no transferir un juicio de un tribunal local a uno federal, lo que significó la no aplicación retroactiva de la Ley (Rasaw Marítima, S. A. Perusahoam Tertamhangan Minyak Ban Gas Bum Negara (Pertamina) (77 Civ. 263) Digest of United States Practice in International Law, 1977 Dep. of State Publication 8960, January 1879, pp. 504 a 508.

15 En un juicio posterior conocido como "Amoco Overseas Oil vs. Compagnie Nationale Algerienne de Navigation (No. 79-7135 No. 1020 (2d. Cir.; July 19, 1979), el Juez expresamente sostuvo que: "In order to apply the Immunities Act retrospectively this court would be required to assess whether such application interested with antecedent rights and if so, whether such interference was the "unequivocable and inflexible import of the terms, and manifest intention of the legislature". Cit. por Beverly May Carl.

antes se exigía el secuestro o embargo previo de un bien inmueble, propiedad del demandado en el territorio sujeto a la competencia del tribunal en cuestión para que se pudiese fincar la misma sobre el estado extranjero (jurisdicción in rem), ahora ya no se exige este requisito pues la jurisdicción es in personam.[16]

Así, juicios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley que no se pudieron substanciar por falta de aseguramiento en bienes del demandado por carecer de ellos en el ámbito de competencia del tribunal o por cualquier otro motivo, presentan la disyuntiva de que a la luz de las disposiciones vigentes, sí puedan substanciarse y llamar a juicio al estado tercero.

Actualmente se veintila un juicio que se halla en estas condiciones en donde se pretende que el Estado Mexicano sea parte, los demandantes "Insurance Company of North America" and 'Crystal Boat Co." (No. 794050 (Alas. Filed Aug. 4, 1976), promovieron ante un juez federal en Alaska un juicio de responsabilidad civil, reclamando daños y perjuicios de los astilleros "Marina Salina Cruz" ya que la embarcación de su propiedad construida en los mismos denominada "Crystal" se hundió en las costas de Alaska en 1974, no habiendo sido posible para el actor lograr la jurisdicción por no haber cumplido la condición entonces exigida de secuestrar previamente un bien raíz propiedad del demandado, ubicado en este territorio, porque ni la Secretaría de Marina ni el Gobierno de México tenía alguno en dicho estado de la Unión.

El juez pretendió evadir este requisito invocando una ley local para fincar competencia personal en contra del demandado, lo que no fue aceptado dando lugar a la apelación que actualmente se ventila en el Noveno Circuito del Tribunal Federal de Distrito en Alaska.

La coincidencia de que actualmente en dos juicios se estudie el problema de la aplicación retroactiva de la Ley en los que nuestro país es parte, resalta la necesidad y la importancia que tiene no sólo conocer a fondo la ley sino seguir muy de cerca sus aplicaciones y en caso necesario, intervenir sin ninguna duda para ir creando una secuela de casos favorables a nuestros intereses que eventualmente constituyan precedentes.

Al parecer de lo dicho, es es factible en nuestra opinión que en ambos casos las resoluciones sean favorables a los intereses de nuestro país.

V. *¿Qué entiende la ley por "estado extranjero"?*

Al definir la Secc. 1603 diversos conceptos que aparecen en las estipulaciones de la misma, incluyen dentro del concepto de estado extranjero no sólo a la entidad política soberana, sino diversas subdivisiones políticas, agencias o entes jurídicos, los que son a su vez perfilados de la siguiente manera:

16 "Suing Foreign Governments in United States Courts: The U.S. Foreign Sovereign Immunities Act in Practice". "Doing Bussines in México". SMU-Matheus Benden-1980, pp. 7 a 34.

a) Cuando se trata de una persona moral diversa o de una sociedad mercantil.
b) Constituye un órgano del estado o bien es una subdivisión política del mismo, o cuando la mayor parte de las acciones o partes sociales de interés son propiedad del estado en sí o de alguna de sus subdivisiones políticas y,
c) Además no es "ciudadano' de los Estados Unidos de Norteamérica tal como lo define la Secc. 1332 (c) y (d) del mismo Título* o no ha sido creado de conformidad con las leyes de un tercer país.

La interpretación correcta o al menos auténtica de esta Sección nos la ofrece la historia legislativa de la misma en la que se establecieron ciertas bases para ello y se explican los propósitos y motivos de su creación.

Así se dice que al referirse a una persona "legalmente distinta" significa que de conformidad con las propias leyes del país en donde se creó la misma, es posible enjuiciarla directamente, puede tener bienes en su nombre y tiene capacidad suficiente para firmar contratos y obligarse por sí, en su propio nombre.

La posibilidad de que una empresa sea de participación estatal y no se exija que la totalidad de las acciones le pertenezcan sino sólo la mayoría, obedece sin duda a una realidad económica que se da en todos los países de economía de mercado.

En cuanto a que no sea creada la empresa en cuestión al amparo de leyes norteamericanas o de terceros países, es obvia la razón, pues en el primero dejaría de ser extranjero y por ende de tener la posibilidad de invocar la excepción. En el segundo porque la empresa o institución oficial al haberse constituido conforme leyes de un estado diverso al que pertenece ya no sería jurídicamente parte de ese —llamémosle así— "segundo" estado.

Los tribunales se han ocupado ya en varias ocasiones de aplicar, interpretando apropiadamente los conceptos mencionados.

Así en los casos G'ittler vs. Germaz Information Center (408 N.I.S. 2d. 600 (Sup. ct. 1978) y Carey vs. National Oil Corp. (453 F. Corp. 1907 (S.D. H.Y. 1978) se identificó a los demandandos como entidades o sociedades públicas amparadas por la protección de la Ley al quedar comprendidos en la Secc. 1603.

En otros juicios cuando se ha tratado de entidades gubernamentales socialistas, la situación ha sido más difícil y compleja, como ha sucedido en el caso Yessenin-Volpin vs. Novosti Press Agency, en donde el concepto de propiedades de la agencia informática Novosti no se ajustaba al concepto capitalista de la misma.

No obstante el tribunal decidió que la realidad económica de la empresa señalaba que el Estado Soviético era el único dueño de sus bienes, por lo

* U.S. Code Annotated Title 28. Judiciary and Judicial Procedure. Seccs. 1446 to 1650, 1977, p. 215.

que cabía considerarla dentro de los conceptos de "agencia o instrumento".

En cambio en el juicio Edlow International Co. vs. Nuklearna Elektrarna Krsko, una empresa yugoslava que operaba una planta de energía nuclear, no podía considerarse como entidad pública de energía nuclear, no podía no podía considerarse como entidad pública (441 F. Supp. 827 (1977), lo que determinó negarle la inmunidad de estado.

Para nuestro país de economía mixta en donde operan aproximadamente 800 empresas de participación estatal, es indispensable conocer con precisión los conceptos y las interpretaciones que las leyes le vayan dando al concepto comentado.

En algunos casos concretos en que nuestro país se ha visto involucrado, se ha ventilado ya el punto como en el de Sugarman vs. AEROMEXICO citado anteriormente o en los de Mary Burt Frates, Carmen Maleno Huerta y otros, en donde fueron demandados el Gobierno de México y las autoridades operadoras del Aeropuerto Central (ASA) y adicionalmente otras dependencias oficiales, promovidos a consecuencia del accidente de la Western Airlines en octubre de 1979 [Case No. vc. 79-4653-RMT (Kx)];[17] [Case No. 79 o 4624 WMB (TX)],[18] o en el del Pozo Ixtoc en donde PEMEX fue demandado [Civil Action No H-79-1880 y No. H-79-1892].[19] Hasta ahora sólo el primero quedó resuelto definitivamente y en él no hubo duda que la demandada es una empresa estatal, pero en razón de la naturaleza del acto, se le negó la inmunidad solicitada como se comentó con anterioridad.

En cuanto al caso del Ixtoc I con fecha relativamente reciente,[20] fue dictada la sentencia en Primera Instancia por el Juez de Distrito para la Región Sur de Texas quien con acuciosidad examinó alguno de los puntos que aquí hemos mencionado habiéndole dedicado el Juez O'Conor un especial cuidado al análisis de la naturaleza del acto comercial pues como ya fue comentado, su definición legal es muy amplia.

De lo dicho por el letrado mencionado, entresacamos que las actividades de PEMEX al perforar el pozo Ixtoc I no tienen el carácter de actividades comerciales pues tienen que ver de manera directa con actos soberanos que solamente el Estado Mexicano puede llevar a cabo como son la explotación, el cuidado y el manejo de los recursos naturales tal es el caso de los hidrocarburos y que dichas actividades fueron de carácter discresional para dicho Estado, mismas que fueron llevadas a cabo en concordancia con un plan de nivel nacional y en el territorio nacional.

Así pues por esto y otras razones el Juez encontró fundada la solicitud de

17 U.S. District Court Central District of California. Dec. 3, 1979.

18 U.S. District Court Central District of California. Nov. 30, 1979.

19 U.S. District Court for the Southern District of Texas. Houston Division.

20 "In the matter of the complaint of SEDCO Inc., as owner of the Mobil Drilling unit SEDCO 135, its engines, tackle, appareal, etc. in a cause of exoneration from or limitation of liability. "Civil Action No. H-79 1880 consolidated with: C.A. No. H-79-1982, H 79 2157, H. 79, 2389; H-79-2436 y H-81-120/U.S. District Court-Southern District of Texas, Houston Division. March 30, 1982.

parte de PEMEX para que no se considerase procedente el caso excepcional que la Ley de Inmunidades Soberanas contempla para negar la inmunidad soberana.

En consecuencia y por lo que toca a PEMEX exclusivamente más no así a PERMARGO otra empresa de nacionalidad mexicana, se concedió acuerdo favorable a su petición de que se le otorgase la inmunidad por tratarse de una entidad pública formando parte integral del Estado Mexicano.

Sin duda que esta resolución enriquecerá todos los antecedentes, precedentes e inclusive la doctrina sobre el tema que venimos tratando.

PALABRAS FINALES

Muchas más son las dudas, las interrogantes, las cuestiones que merecen nuestra atención no sólo por lo particular de la ley y de la trascendencia que su aplicación tiene para México sino por el hecho de que constantemente se ventilan problemas legales en donde los jueces se ocupan de asuntos íntimamente conectados con este ordenamiento legal como aconteció recientemente en el asunto Intrnational Association of Machinists and Aerospace Workers vs. Organization of Petroleum Exporting Contries (OPEC) resuelto en la U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit (649, F. 2d. 1354 (9th. Cir. 1981) en el que se examinaron temas como la Doctrina del Acto de Estado; las actividades monopólicas y la Ley Sherman; la jurisdicción norteamericana sobre estados soberanos y la rebeldía; las actividades comerciales y su íntima conexión con el control de los recursos naturales (actos políticos) y otros más que nos llevaría no una sino varias sesiones más.

Por lo tanto debemos entresacar los elementos más notables de la ley comentada, siendo el primero el que constituye un viraje en la política tradicional seguida por los tribunales en la aplicación de las inmunidades a los estados soberanos, derivado de la comunicación que el Departamento de Estado por voz de su Consejero Legal Jack B. Tate le envió al Procurador General fechada el 19 de mayo de 1952, conocida como la "TATE LETTER", fijando después de concienzudo estudio, la forma en que dicha dependencia trataría las peticiones de inmunidad basando su cambio de actitud en tres razones básicas:

1. Muchos países industrializados, con excepción de la URSS y Gran Bretaña,* aplicaban la teoría de la soberanía relativa.
2. El otorgamiento de inmunidades por parte del Gobierno de los Estados Unidos era incongruente con la actitud del exterior.
3. El incremento de negocios entre ciudadanos norteamericanos y gobiernos extranjeros señalaba la necesidad de que sus derechos obtuviesen una protección judicial.

* Gran Bretaña promulgó en 1978 un ordenamiento legal sosteniendo esta postura jurídico-política. Ver "State Immunity Act. of 1978".

Este documento ha sido un crucero que delineó nuevos caminos en la política para tratar los conflictos entre ciudadanos norteamericanos y estados extranjeros.

La opinión general de los juristas norteamericanos es que los cambios fundamentales son los siguientes:

1. Se adopta la teoría llamada de la soberanía relativa en lugar de la observada hasta entonces y conocida como de la soberanía absoluta.
2. Se modifica el sistema para determinar cuándo procede la inmunidad del estado soberano, facultando únicamente al Poder Jurisdiccional para este efecto, en lugar del Ejecutivo, quien anteriormente lo ejercía a través del Departamento de Estado.
3. De esta manera se consigue que el ciudadano norteamericano pueda llamar a juicio ante un tribunal nacional, bien sea estatal o federal, a un estado extranjero, en las condiciones y mediante los procedimientos legales apropiados logrando así una protección a sus derechos.
4. Se cambia asimismo el sistema para determinar la jurisdicción y competencia del tribunal norteamericano que siendo anteriormente in rem, lo que significaba el aseguramiento previo de bienes inmuebles (competencia territorial) es ahora in personam.
5. Igualmente, se rechaza la inmunidad anteriormente existente sobre los bienes del estado extranjero que impedía ejecutar la sentencia condenatoria.

Los últimos acontecimientos mundiales, en donde el orden internacional se ve seriamente amenazado y en cierta forma sarandado, hacen prever el inicio de múltiples juicios promovidos ante tribunales norteamericanos, en donde estados soberanos o entidades públicas extranjeras se vean demandadas, como lo señaló el Prof. Andreos F. Lowenfeld de la Universidad de New York a propósito del problema de los rehenes en Irán.[21]

La aplicación de la ley ha sido desviada en algunas ocasiones a casos tan ajenos al propósito de la misma, confundiéndose un delito común con un acto de estado como sucedió en el homicidio de Orlando Letelier y otro* lo que permitió que se estableciera expresamente que:

> "1976 Foreign Soverign Immunities Act, which grants foreign states sovereign immunities for tortous acts based on performance o 'discretionary functions" does not shield them for liability for political assasinations commited within United States."

Esto conforma lo dicho en el sentido que las posibilidades de elaborar comentarios y reflexiones en torno a la ley, su aplicación y sus proyecciones en las relaciones bilaterales México-Norteamericanas son múltiples.

21 "International Law and the Hostage Agreement". The Wall Street Journal Tuesday January 27, 1981, p. 30.

* Civil Action No. 78-1477 District Court for the District of Columbia Circuit.

Consideramos asimismo, de gran importancia conocer las otras disposiciones semejantes que existen en terceros países, pues eventualmente también con ellos podemos en alguna ocasión tener algún conflicto.

Nuestro país ha tenido que acudir a defender sus derechos ante tribunales norteamericanos en repetidas ocasiones, encontrándose pendientes algunos casos como se ha comentado a lo largo de este estudio; la defensa ha sido y es encomendada a distinguidos abogados norteamericanos de cuya profesionalidad no dudamos, pero considero con plena convicción que es ya indispensable crear un cuerpo de especialistas mexicanos que trabajen armoniosamente con sus colegas extranjeros en defensa de nuestros intereses y orienten, con un claro sentido nacionalista, sus actuaciones.

Los campos de acción son muchos, los conflictos en comercio exterior, límites y aguas, protección ambiental y explotación de recursos naturales comunes, zona económica, migración, tecnología, energéticos, relaciones financieras y otros exigen contar con un cuerpo de consultores y negociadores de gran capacidad y experiencia, que aprovechando los conocimientos de nuestros funcionarios los enriquezcan con el estudio de nuevas disposiciones y resoluciones, permitiéndoles estar al día, ya que de la información que se tenga dependerá lo acertado de la decisión que se tome.

MARCO INTERNACIONAL Y COMPARATIVO DE LA NUEVA LEY MEXICANA SOBRE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

LEONEL PEREZNIETO CASTRO
VÍCTOR CARLOS GARCÍA MORENO

I. INTRODUCCIÓN

A partir la Primera Guerra Mundial se ha producido una creciente intervención de los Estados Nacionales en la conducción económica de sus sociedades debido, entre otros factores, a los diversos problemas que planteó el gran desarrollo industrial, principalmente en el área laboral, a las regulaciones impuestas por el conflicto armado y por la crisis económica de la década de los años 30. La doctrina alemana fue la primera en conocer y sistematizar este hecho.[1]

En los países en vías de desarrollo, la intervención del Estado se ha producido generalmente, con el objeto de cubrir necesidades impostergables como es el caso de la regulación de precios, producción abasto y distribución de alimentos, servicios de salud pública, vivienda, impulso a la producción nacional, la regulación a la inversión extranjera, etc. Sin embargo, en estos países el conocimiento y sistematización de las leyes en estos campos ha sido parcial ya que al derecho se le ha considerado como un instrumento de con servación del sistema[2] y no como un medio de cambio social.[3]

En latinoamérica, el inicio y desarrollo jurídico-institucional, a partir de las independencias nacionales, período comprendido entre 1810 y 1825, tuvo como objetivo principal, reproducir el modelo de Estado de Derecho liberal burgués, surgido de la revolución francesa. Esta situación prevaleció durante el siglo pasado y la primera parte del presente hasta que, a partir de la década de los años 30, los Estados latinoamericanos se vieron ante la necesidad de fortalecer sus economías, tomando una parte más activa en su manejo.[5]

1 En este sentido c.f.r. Cottely, Esteban, *Derechos Económicos*, en: *Antología de Estudios sobre derecho económico*, Ed. UNAM, 1978, Jorge Witker, Compilador, págs. 22 y sig. Polo, Antonio, *El Nuevo Derecho de la Economía*, Idem, págs. 53 y sig.

2 Trubeck D. M., *Toward a Social theory of Law: an essay on the study of Law and Development*, en: the Yale Law Journal, Vol. 82, No. 1, Nov., 1972.

3 Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Ed. Siglo XXI, México, 1975.

4 White, Eduardo, *El Derecho Económico en los países del tercer mundo; el caso de Latinoamérica*, en: Estudios de Derecho Económico, Ed. UNAM, Vol. II, México, 1980, págs. 45 y sig.

5 Idem.

Entre las características de este movimiento de intervención estatal, son de señalarse: la expedición de un creciente número de regulaciones de carácter territorial basadas por lo general en el principio de 'orden público" o de "interés colectivo"; la ampliación de facultades de la administración pública para conducir el manejo de la economía nacional, la creación y fomento de actividades consideradas prioritarias para el desarrollo nacional, etc., este movimiento por otra parte ha dado lugar a la modificación de conceptos jurídicos tradicionales, por lo que, en algunos sectores ha alterado la sistemática del Derecho.

En el caso de México, las transformaciones económicas, sociales y jurídicas tuvieron un cauce diferente al resto de las transformaciones habidas en los demás países latinoamericanos. La Revolución mexicana (1910-1917) provocó un cambio importante en el esquema institucional de México, cambio que se reflejó en la Constitución de 1917, al quedar plasmados en ella las nuevas relaciones políticas, jurídicas y sociales del México moderno, lo que orientó a la actual posición que, como se ha mencionado, "sentó las bases para el nacimiento de lo que entiende la doctrina, hoy en día, como Derecho Económico".[6]

Con la Constitución de 1917, el Estado Mexicano tuvo la base legal para intervenir sistemáticamente en la conducción política y económica de la sociedad. Entre otros ejemplos, cabe mencionar, la expropiación de los ferrocariles (1937) la regulación de los mercados de abasto y de los precios de alimentos básicos (1938), la expropiación del petróleo (1938) y el establecimiento de las facultades del Poder Ejecutivo en materia económica (1950), etc.

Por ello, cuando a finales de la década de los años sesenta, se gestó en latinoamérica un movimiento tendiente a regular las inversiones extranjeras y la transferencia de tecnología,[7] México se adhirió a dicho movimiento y expidió leyes sobre estos sectores de la economía.

El tema del presente trabajo nos refiere a dos leyes principalmente; a la Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, expedida el 30 de diciembre de 1972 (Ley de 1972) y la nueva Ley que ha derogado a la anterior, expedida el 11 de enero de 1982 (Ley de 1982) y que junto con otras disposiciones,[8] constituyen el régimen jurídico federal de la transferencia tecnológica de México.

En la primera parte de este trabajo, bajo el título, disposiciones generales, nos referiremos a una serie de regulaciones establecidas por la Ley de 1972,

[6] Cuadra, Héctor, *Las Vicisitudes del Derecho Económico en México a partir de 1917*, en: *Estudios de Derecho Económico*, Ed. UNAM, Vol. II, 1980, pág. 113.

[7] Principalmente a partir de la Decisión No. 24 del Grupo Andino y otras disposiciones que desde 1971 constituyeron el régimen jurídico de la inversión extranjera, transferencia de tecnología, patentes, marcas y pago de regalías en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

[8] Básicamente la Ley de Invenciones y Marcas, publicada el 10 de febrero de 1976, la Ley que crea el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, publicada el 29 de diciembre de 1979, los criterios generales de aplicación de la Ley de 1972, publicados en 1974 y otras disposiciones de menor importancia.

que fueron conservadas en la Ley de 1982. En la segunda parte, haremos mención de los principales cambios que se establecieron en la Ley de 1982.

II. DISPOSICIONES GENERALES

México ha participado desde 1900 en la Convención de París sobre Propiedad Industrial y en varios acuerdos internacionales sobre la materia.[9] Asimismo, a nivel nacional se han expedido varias leyes sobre propiedad industrial, la última data de 1976.

Sin embargo, a partir del inicio de los años setenta se consideró que tanto la propiedad industrial como sobre todo el fenómeno tecnológico, representaban factores que incidían de manera importante sobre la economía nacional, además de encontrarse relacionados en muchos casos con la inversión extranjera, de esta manera el Estado Mexicano decidió intervenir en este sector con varias finalidades; regular la transferencia tecnológica entre mexicanos y entre éstos y extranjeros, fomentar la tecnología nacional y promover la asimilación de la tecnología extranjera a las necesidades mexicanas.

De manera general, con la Ley de 1972, se crearon las bases para evitar la evasión fiscal mediante un elevado pago de regalías, se trató de evitar y se logró en buena medida, el establecimiento de prácticas restrictivas que afectaran a empresas mexicanas y se estableció un control indirecto a la inversión extranjera. Estas bases se reflejaron en los diversos apartados de la Ley de 1972 y aún siguen vigentes en la Ley de 1982 y son principalmente los siguientes: la creación de un Registro Nacional de Transferencia de Tecnología (Registro); la obligatoriedad del registro de contratos[10] que tengan por objeto la transferencia tecnológica y el uso o explotación de patentes y marcas; el alcance territorial para este tipo de contratos, tanto en sus efectos jurídicos como en las leyes y tribunales aplicables y, finalmente, el establecimiento de facultades discrecionales de la administración pública sobre el régimen de registro de los contratos.

1. Como órgano principal del sistema, la Ley de 1972, creó el Registro, el que, además de servir de regulador y órgano de control, sirviese de órgano informativo de las necesidades tecnológicas de México, principalmente por la vinculación establecida por la propia Ley de 1972 con el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, que es el órgano del Estado para el fomento del desarrollo tecnológico.

El Registro, con la Ley de 172, fue creado originalmente como dependencia de la Secretaría de Industria y Comercio, pero más tarde, con las reformas a la administración pública federal de 1976 pasó a ser dependencia de

[9] Entre otros, el Acuerdo de Madrid de 1891, relativo al registro internacional de marcas de fábrica o comercio, sus revisiones de Bruselas de 1900, de Washington 1911, La Haya 1925, y las revisiones al Tratado de París de Lisboa 1958 y de Estocolmo 1967.

[10] La Ley no sólo se refiere a contratos sino en general a actos jurídicos y convenios o acuerdos.

la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial (S.P.Y.F.I.). De acuerdo a la organización interna de la S.P. y F.I., el Director General de Inversiones Extranjeras y de Transferencia de Tecnología es quien se encuentra a cargo de dicho Registro.

En la práctica, el estudio de los contratos que se presentan para registro, es realizado por dos oficinas, una jurídica y otra económica y sólo cuando las opiniones coinciden afirmativamente, se autoriza el registro. Normalmente estos estudios duran entre 20 y 30 días, sin embargo, en la Ley de 1982 se establece que, si en un término de 90 días hábiles, el Registro no resuelve, los contratos deberán quedar registrados.

De acuerdo a la Ley de 1972 se establecieron dos listas, una que establece los supuestos conforme a los cuales los contratos deben ser objeto de registro y otra en la que se establecen las causas que impiden el registro de los contratos,[11] algunas de las cuales pueden ser dispensadas por el mismo Registro.[12]

11 Art. 2o. Es obligatoria la inscripción en el Registro a que se refiere el artículo anterior, de los documentos en que se contengan los actos, contratos y convenios de cualquier naturalez que deban surtir efectos en el territorio nacional y que se realicen o celebren con motivo de:

a) La concesión del uso o autorización de explotación de marcas.
b) La concesión del uso o autorización de explotación de patentes de invención, de mejoras, de modelos y dibujos industriales.
c) El suministro de conocimientos técnicos mediante planos, diagramas, modelos, instrucciones, formulaciones, especificaciones, formación y capacitación de personal y otras modalidades.
d) La provisión de ingeniería básica o de detalle para la ejecución de instalaciones o la fabricación de productos.
e) La asistencia técnica, cualquiera que sea la forma en que ésta se preste.
f) Servicios de administración y operación de empresas.

Art. 7o. La Secretaría de Industria y Comercio no registrará los actos, convenios o contratos a que se refiere el artículo 2o., en los siguientes casos:

I. Cuando su objeto sea la transferencia de tecnología disponible libremente en el país, siempre que se trate de la misma tecnología;
II. Cuando el precio o la contraprestación no guarden relación con la tecnología adquirida o constituyan un gravamen injustificado excesivo para la economía nacional;
III. Cuando se incluyan cláusulas por las cuales se permita al proveedor regular o intervenir, directa o indirectamente, en la administración del adquirente de tecnología;
IV. Cuando se establezca la obligación de ceder, a título oneroso o gratuito, al proveedor de la tecnología, las patentes, marcas, innovaciones o mejoras que se obtengan por el adquirente;
V. Cuando se impongan limitaciones a la investigación o al desarrollo tecnológico del adquirente;
VI. Cuando se establezca la obligación de adquirir equipos, herramientas, partes o materias primas exclusivamente de un origen determinado;
VII. Cuando se prohíba o limite la exportación de los bienes o servicios producidos por el adquirente, de manera contraria a los intereses del país;
VIII. Cando se prohíba el uso de tecnologías complementarias;
IX. Cuando se establezca la obligación de vender de manera exclusiva al proveedor de la tecnología los bienes producidos por el adquirente;

La sanción por la falta de registro es la ineficacia de efectos jurídicos dentro de territorio mexicano y por tanto la falta de posibilidad de hacer valer dichos contratos ante tribunales mexicanos; esta posición fue criticada ya que se afirmó que sólo los tribunales judiciales son competentes para decidir en qué casos los contratos pueden dejar de tener efectos jurídicos.[14] Sin embargo, tratándose de una Ley que se inscribe en el proceso de regulación del Estado de la Economía Nacional, como antes se señaló,[14] no se refiere a instituciones del derecho tradicional, principalmente legislación civil o comercial, sino a un tipo distinto de derecho,[15] en el que el Estado establece una reglamentación diferente basada en principios de "orden público o "interés interno", que modifica en muchos casos a las instituciones tradicionales.[16] De esta manera, la falta de registro produce la nulidad del contrato, al menos territorialmente.

2. La obligatoriedad y registro de los contratos se sancionó en la Ley de 1972 con la imposibilidad de deducir fiscalmente los pagos hechos por concepto de pago de regalías sobre la tecnología contratada o el uso o explotación de patentes y marcas, sin embargo, como lo veremos más adelante,[19] en la Ley de 1982 se establecieron penas económicas muy severas.

3. Uno de los aspectos más importantes en la Ley de 1972 es el condicionar territorialmente a los contratos, tanto en la Ley aplicable como en la cláusula de competencia.

De acuerdo a dicha Ley los contratos estarán regidos obligatoriamente por las leyes mexicanas de acuerdo al principio *Lex loci Executionis* ya que se trata de contratos que surten efectos en México y como ya se dijo la Ley tiene efectos de tipo territorial.

En cuanto a la cláusula de competencia, se estableció como obligación para los contratantes el sometimiento de sus contratos a los tribunales mexi-

X. Cuando se obligue al adquirente a utilizar permanentemente personal señalado por el proveedor de la tecnología;
XI. Cuando se limiten los volúmenes de producción o se impongan precios de venta o reventa para la producción nacional o para las exportaciones del adquirente;
XII. Cuando se obligue al adquirente, a celebrar contratos de venta o representación exclusivas con el proveedor de la tecnología, en el territorio nacional;
XIII. Cuando se establezcan plazos excesivos de vigencia. En ningún caso dichos plazos podrán exceder de diez años obligatorios para el adquirente; y
XIV. Cuando se someta a tribunales extranjeros el conocimiento o la resolución de los juicios que puedan originarse por la interpretación o cumplimiento de los referidos actos, convenios o contratos.

12 Las establecidas en las fracciones I, IV, VII, XIII y XIV del Artículo 7o.
13 Vázquez Pando, Fernando, *Notas para el estudio de la Nueva Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología*, en "Jurídica", No. 5, 1973.
14 C. fr. Infra I.
15 El llamado "Derecho Económico", C. fr. Infra, Nota 1.
16 Sin embargo, en contra de la negativa de registro procede un recurso de reconsideración establecido por la propia Ley (Art. 13), y eventualmente, el juicio de amparo.
17 C. fr. Supra, III, 4.

canos, aunque más tarde el mismo Registro interpretó con mayor flexibilidad esta disposición[18] y en la Ley de 1982 se ampliaron los casos.[17]

4. Facultades discrecionales de la administración en la interpretación y aplicación de la Ley. Esta es una característica que anteriormente señalamos,[20] del derecho que genera el Estado para lograr una mayor intervención en la economía del país. En el caso de la Ley de 1972, se estableció que el Registro podría dispensar algunas de las causales que la propia Ley establecía como impedimento de registro de los contratos. En la Ley de 1982, estas facultades se ampliaron totalmente.[29]

III. LA NUEVA LEY

Como lo mencionamos anteriormente, en 1982 se expidió una nueva Ley sobre transferencia tecnológica que sustituyó a la Ley de 1972 y conservó una serie de principios establecidos por ésta a que nos hemos referido en el apartado anterior. La Ley de 1982, expedida diez años después, recoge la experiencia habida en este período y establece algunas cuestiones de interés a las que nos referimos a continuación.

1. La lista de casos objeto de registro fue ampliada[22] y tres de ellos merecen un comentario especial.

a) La concesión del uso o autorización de explotación de patentes y de "los certificados de invención". Conforme a la Ley de Invenciones y Marcas de 1976, se estableció una nueva figura que fue la del "certificado de invención"[23] que cubre invenciones no patentables mediante una patente tradicional,[24] para los que se prevé, al igual que la patente, un plazo de protección

18 En los criterios generales de aplicación publicados por el Registro en 1974, se estableció que las partes en un contrato podían someter sus diferencias al arbitraje, siempre y cuando se ajustaran a lo prescrito por la convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Pronunciadas en el Extranjero (1958) de la que México es parte.

19 En el caso específico de Contratos de Exportación de tecnología nacional y en el arbitraje internacional, siempre que el árbitro aplique sustantivamente la Ley Mexicana a la controversia y cuando dicho arbitraje se haga de acuerdo a los convenios internacionales sobre la materia, suscritos por México (artículo 16, fracción IV).

20 C. fr. Infra I.

21 C. fr. Supra III, 3, a).

22 Aparte de los casos que se comentan la lista fue ampliada con los siguientes casos: Concesión de uso o autorización de explotación de modelos y dibujos industriales; cesión de marcas y patentes; concesión o autorización de uso de nombres comerciales y servicios de asesoría, consultoría y supervisión, cuando se presten por personas físicas o morales extranjeras o sus subsidiarias, independientemente de su domicilio.

23 Figura que fue creada con la Ley de Invenciones y Marcas de 1976.

24 Principalmente: procedimientos de obtención de mezclas de productos químicos, para obtención de aleaciones, invenciones relacionadas con la energía y la seguridad nucleares y aparatos y equipos anticontaminantes.

de 10 años, pero que a diferencia de la patente, en el caso del "certificado de invención", se establece un procedimiento por el cual, un tercero interesado en la explotación de la invención podrá solicitar autorización al titular del certificado y de no llegar a un acuerdo con éste, puede solicitar un arbitraje obligatorio del Registro quien en última instancia puede autorizar dicha explotación fijando los términos en que la explotación debe llevarse a cabo.

b) Concesión de derechos de autor que impliquen explotación industrial. Esta disposición causó desconcierto entre los abogados al campo de la transferencia tecnológica ya que se dijo que, si se trataba de Derechos de autor éstos debían regirse por la Ley correspondiente[25] y si conforme a esta Ley no eran propiamente Derechos de autor, entonces no era técnicamente conveniente llamarlos de esta manera porque provocaba confusiones.[26] Esta observación es jurídicamente válida, pero en la práctica el Registro había constatado la existencia de contratos que si bien eran propiamente Derechos de autor y por tanto no susceptibles de registro, dichos contratos implicaban explotación industrial o bien, representaban un beneficio económico ya que el uso de una determinada obra o su aplicación, resultaba objeto de comercialización. Respecto de los contratos de este tipo, se entiende que los Derechos de Autor que involucran, deben ser registrados previamente ante le Registro de Derechos de Autor[27] para su debida protección y posteriormente ante el Registro para su explotación o uso industrial o comercial.

c) Los programas de Computación. Se trata de un concepto sumamente amplio que involucra una variada serie de cuestiones. En este caso resulta indispensable que el Registro defina caso por caso lo que entiende específicamente por programas de computación susceptibles de registro, sin embargo, pueden mencionarse algunos casos que podrían ser objeto de registro dentro de este sector:

- Los sistemas operativos como elementos de programación relacionados con el equipo que permiten a una computadora comunicarse con el exterior.
- Al conjunto de programas que habilitan a una computadora para efectuar el teleproceso.
- Los programas que llevan al control, estado y administración a base de datos que alimentan a los sistemas de cómputo.
- Los sistemas de lenguaje de cómputo.
- Los paquetes de apoyo al usuario de estos sistemas.
- Los paquetes de aplicación administrativa; y
- Los paquetes de aplicación tecnológica directa.

En cuanto a los contratos propiamente dichos, estimamos que eventualmente deberán ser registrables los que se refieran a la primera compra, los de

25 Ley Federal de Derechos de Autor.

26 Sin embargo la Ley de 1982 excluye de registro los derechos de autor relacionados con las ramas Editorial, Cinematográfica, Fonográfica, de Radio y de Televisión.

27 El Registro de Derechos de Autor depende de la Secretaría de Educación Pública a través de su Dirección General de Derechos de Autor.

compra para actualización de los programas y los de compra de servicio de mantenimiento.

2. Se modificaron las causas que impiden el registro de los contratos;[28] se trata de causas relacionadas con prácticas restrictivas en perjuicio de Empresas Mexicanas o que ayudan al poder de negociación de contratos a dichas empresas y que, en la Ley de 1982, después de la experiencia acumulada, se logró precisarlas, ampliarlas y darles mayor flexibilidad, como se verá a continuación:

a) En la Ley de 1972, se estableció que no eran susceptibles de registro los contratos que establecieran la obligación de ceder u otorgar la licencia para su uso a título oneroso o gratuito al proveedor de la tecnología, las patentes, marcas, innovaciones o mejoras que se obtengan por el adquirente (artículo 7, fracción IV). En la Ley de 1982 se condiciona a que exista reciprocidad o beneficio para el adquirente en el intercambio de información.

b) En la Ley de 1972 se estableció como causa de no registro, la obligación de adquirir equipos, herramientas, partes o materias primas exclusivamente de un origen determinado (artículo 7, fracción VI). En la Ley de 1982 se aclara esta disposición adicionándole que, siempre y cuando existan otras alternativas de consumo en el mercado nacional e internacional.

c) En la Ley de 1972 se estableció como causa de no registro la obligación de vender de manera exclusiva *al proveedor de la tecnología* los bienes producidos por el adquirente (artículo 7, fracción IX). En la Ley de 1982, se perfecciona el dispositivo al sustituir la frase "proveedor de la tecnología" por "cliente exclusivo", con lo que se amplían las posibilidades para evitar las prácticas restrictivas.

d) En la Ley de 1972, se estableció que no eran susceptibles de registro los contratos que establecieran la obligación del adquirente a celebrar contratos de venta o representación exclusiva con el proveedor de la tecnología en el territorio nacional (artículo 7, fracción XII). En la Ley de 1982 se amplía, especificando, a esta disposición al agregársele que la representación exclusiva puede ser válida en materia de exportación, siempre y cuando, el adquirente lo acepte y pueda ser demostrado que el proveedor cuenta con los mecanismos adecuados para que el adquirente lleve a cabo sus ventas al extranjero en mejores condiciones mediante ese representante exclusivo.

e) Se adicionaron tres nuevos conceptos, por los cuales se puede rechazar el registro en contratos:

- Cuando se obligue al adquirente a guardar en secreto la información técnica suministrada más allá de la vigencia del contrato o de lo establecido por la Ley.
- Cuando no se establezca en forma expresa el proveedor asumirá la responsabilidad en caso de que invada derechos de propiedad industrial de terceros, y

28 C. fr. Infra, Nota 11.

- Cuando el proveedor no garantice la calidad y resultados de la tecnología contratada.

3. Se otorgaron mayores facultades a la administración pública, principalmente en los siguientes aspectos:

a) En la Ley de 1972 se facultó de manera general a la administración pública (antes Secretaría de Industria y Comercio ahora S.P. y F.I.)[29] a "verificar en todo tiempo el cumplimiento de la Ley, en cambio en la Ley de 1982 se le confieren facultades específicas, entre las que cabe señalar las siguientes:

- Fijar las políticas conforme a las cuales deba regularse o administrarse la transferencia tecnológica en México,
- Promover el desarrollo tecnológico nacional a través de mecanismos de política industrial,
- Cancelar la inscripción de los contratos cuando se modifiquen o alteren en contra de la Ley,
- Se le faculta para que pueda en cualquier caso, dispensar cualquiera de las causas de no registro de los contratos, con lo cual se establece un régimen de máxima flexibilidad.

4. Se facultó a la S.P. y F.I. a imponer sanciones económicas. En la Ley de 1972 las sanciones por la falta de registro de los contratos eran básicamente la falta de efectos jurídicos y la falta de otorgamiento de beneficios fiscales.[30] Con la Ley de 1982 se otorgaron facultades a la S.P. y F.I. y específicamente al Registro para imponer, además, sanciones económicas dándoles así un carácter estricto de Órgano de Control y regulación. Estas sanciones pueden ser muy severas ya que la falta de registro de un contrato puede ocasionar hasta "10,000 veces el salario mínimo en el Distrito Federal".[31]

IV. ENTORNO INTERNACIONAL Y COMPARATIVO DE LA NUEVA LEY MEXICANA SOBRE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Para comprender el ordenamiento tecnológico mexicano es menester realizar su encuadramiento en las relaciones económicas internacionales; en otras palabras, es imprescindible tener nociones de qué es lo que está sucediendo en estos momentos en los mercados tecnológicos internacionales, cuáles son las características de dicho mercado y, sobre todo, tener una idea de los costos asociados al flujo tecnológico.

El principal problema que se detecta a nivel mundial es que la mayoría de los países son importadores netos de tecnología, lo que quiere decir que son

29 C. fr. Infra, II, 1.

30 C. fr. Infra, II, 2.

31 Actualmente (junio de 1982) el salario mínimo establecido para el Distrito Federal es de 364 pesos mexicanos que equivalen a 7.42 dólares estadounidenses, lo cual implica que las sanciones podrán ascender hasta 74,200.00 dólares estadounidenses.

muy pocos los países que poseen tecnología y muchos los Estados que la necesitan, de lo cual se deriva el carácter monopólico, u oligopólico para algunos autores, de la comercialización tecnológica internacional, es decir, son mayoría los países que la necesitan, y en virtud de lo cual se está pagando un alto precio, un costo demasiado elevado por dicha tecnología indispensable, inevitablemente, para el desarrollo, para el despegue de carácter económico de los países en vías de desarrollo; lo anterior quiere decir, pues, que existe una alta concentración en manos de unos cuantos países y empresas transnacionales quienes detentan la tecnología en tanto que son una abrumadora mayoría los que tienen necesidad de importarla. Como consecuencia de su carácter monopólico los países y empresas que detentan los conocimientos tecnológico son quienes imponen una serie de condiciones bastante leoninas además de un precio excesivamente alto, por lo que se constituye un círculo vicioso: el país que recibe tecnología es sangrado por una enorme fuga de divisas a través de honorarios y regalías, especialmente, país que a su vez tiene que estar solicitando empréstitos en los mercados financieros internacionales para más o menos equilibrar su balanza en cuenta corriente, lo que significa que los países de desarrollo tienen que pagar enormes sumas de dinero por recibir tecnología, lo que les crea grandes huecos de tipo financiero, y la necesidad permanente y constante de estar pidiendo dinero a la banca internacional, pública y privada. Ahora bien, al detentar los países ricos la tecnología y al requerir los países en desarrollo dichos conocimientos, se crea un gran desequilibrio entre el poder de negociación que tiene el que detenta la tecnología y el que guarda el país o empresa que recibe dicha tecnología. De lo anterior se concluye que las condiciones bajo las cuales se celebran los contratos a nivel internacional sobre adquisición de tecnología son condiciones de completo, de absoluto desequilibrio entre las partes contratantes, derivándose que uno de los problemas fundamentales para los países pobres receptores de la tecnología es el relativo a los altísimos costos asociados al flujo tecnológico, problema que ha sido denunciado y analizado en diversos foros internacionales, tales como la UNCTAD, la OMPI, entre otros.

Precisamente los países en desarrollo que asisten a las reuniones internacionales en foros como los antes mencionados han logrado introducir en el debate y análisis la tesis de que los costos que están asociados a la transferencia tecnológica no nada más son los llamados costos directos, es decir, las regalías y honorarios que se pagan por la misma, sino que existen otros costos que se han denominado indirectos, implicando unos flujo financiero en tanto que otros no lo implican. Es decir, si se suman los costos indirectos a los costos directos se observa que el costo total que pagan los países en desarrollo por adquirir tecnología es sustantivamente alto.

Otra de las características que presenta el mercado tecnológico internacional es que los países pobres, en muchos casos, están recibiendo conocimientos tecnológicos obsoletos, inadecuados e inapropiados para su estadio económico, recordando que dichos países tienen una necesidad vital de tecnologías intensivas en mano de obra y no aquellas que engendran desempleo o subocupación. Repetidamente se ha dicho en los foros internacionales que, dado el grado de

desarrollo económico en que se encuentran los países pobres, a menudo se han convertido en "basureros tecnológicos" de los países altamente desarrollados y las empresas transnacionales.

Cabe mencionar otro hecho: generalmente la tecnología se contrata en un solo paquete, es decir, no es simplemente una marca o una patente aislada la que es objeto de un contrato, sino que dicho complejo contractual está integrado por una serie de factores o elementos que vienen aunados. Es más, se puede afirmar que tanto la inversión extranjera como la transferencia de tecnología están indisolublemente unidas. Otro de los elementos que suele aparecer con cierta frecuencia en los paquetes contractuales tecnológicos es lo relativo a la publicidad, con el consiguiente mensaje transculturizante y que involucra el desplazamiento de los artistas, intépretes o ejecutantes nacionales.

Dado el cuadro anterior que intenta retratar el mercado tecnológico internacional, analicemos ahora los orígenes de los diversos ensayos por regular dicho flujo.

Como afirmábamos antes, desde la década de los 60's los países en vías de desarrollo se han preocupado hondamente por tratar de establecer determinados controles al flujo de conocimientos tecnológicos que les llega desde el extranjero. Precisamente cuando se emitió la ley sobre transferencia de tecnología mexicana, en 1972, algunos empresarios protestaron enérgicamente aduciendo que se les estaba violando algunas garantías individuales al restringírseles su libertad de comercio, industria o actividad y que nadie mejor que el empresario sabía qué tecnología contratar, cómo contratarla, en qué condiciones, etc. Si lo anterior fuera cierto, naturalmente que no habría necesidad de una ley de transferencia de tecnología, pero ya es un hecho aceptado universalmente, y fehacientemente comprobado, que la recepción de tecnología extraña no es simplemente un problema microeconómico, es decir que solamente afecta a la empresa recipiendaria, sino que es un fenómeno que afecta a toda la sociedad, en virtud que incide en la balanza de pagos, al escapar grandes remesas de divisa hacia los países desarrollados, por estar llevándose a cabo contratos en condiciones leoninas o desventajosas; por estarse contratando tecnología que no es ni la apropiada, ni la adecuada para el país receptor y para la empresa recipiendaria. Afortunadamente consideramos que la concepción contractualista individualista del fenómeno de transferencia de tecnología ha sido completamente superada para dar paso a la concepción de que dicho fenómeno tiene repercusiones sociales o macroeconómicas. Retomando la idea, decíamos antes que fue a partir de la década de los 60's en que se presentó una gran preocupación, especialmente en los foros internacionales, de establecer un límite a determinados abusos que se estaban dando, y que en muchos casos se siguen dando, en la comercialización internacional de la tecnología. Seguramente el primer país que estableció un cierto tipo de control a la tecnología extranjera fue precisamente la India, quien después de la Segunda Guerra Mundial y recién adquirida su independencia, a finales de la década de los 40's, empezó dicho control como un problema de control de cambios derivando inmediatamente después a un problema de

deducciones fiscales. Es decir, el objetivo a resolver era si las regalías transferidas al extranjero con motivo de la recepción de tecnología extranjera eran o no deducibles de la renta anual que las empresas manifestaban al fisco hindú. Naturalmente que dicha política de control de la transferencia de la tecnología en la India pasó por una serie de instancias o estadios para concluir, en las últimas décadas, en una política que pretende controlar directamente el flujo tecnológico en su sentido integral. Después de la experiencia hindú ha habido otros países que han legislado expresamente sobre el fenómeno, tales como Brasil, Argentina y México. A excepción hecha de la ley mexicana recientemente emitida, el 11 de enero de 1982, probablemente la ley más novedosa en la materia lo represente la ley filipina de 1978 que consolida bastantes logros.

Se tiende a generalizar la preocupación entre los países del Tercer Mundo por emitir leyes para el control del flujo tecnológico; precisamente en América Latina han emitido leyes sobre la materia México, Argentina y Brasil, ya mencionados, así como también Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú y Venezuela. También han legislado sobre transferencia de tecnología países de otras latitudes tanto de economía en desarrollo, como la India y Filipinas, como algunos países catalogados como altamente desarrollados. Sin embargo, aún son pocos los países que han legislado sobre el fenómeno tecnológico.

La estrategia de los países en vías de desarrollo relativa a la transferencia de tecnología se ha dividido en una doble vertiente: la emisión de leyes y reglamentos nacionales para controlar, de una u otra manera, el flujo tecnológico y así evitar las condiciones leoninas que se presentan a través de las llamadas cláusulas restrictivas así como los precios onerosos que dichos países tienen que pagar por recibirla. Además del nivel nacional anterior, dichos países han acudido al nivel internacional, es decir, a los foros internacionales, tales como la UNCTAD y la OMPI, ya mencionados, para tratar de reformar y reestructurar el estadio internacional actualmente vigente, es decir los países en vías de desarrollo intentan modificar la actual estructura internacional con el propósito de sacar mayores beneficios y condiciones más justas y equitativas en el flujo tecnológico, así, por ejemplo, desde hace algunos años, los países en desarrollo han presionado a la OMPI para tratar de modificar el Convenio de París sobre Propiedad Industrial. Precisamente hace aproximadamente un año los países miembros de la Unión de París se reunieron en Nairobi, Kenia, con el propósito de establecer un trato preferencial para los países en vías de desarrollo recipiendarios de patentes y marcas, y otros derechos industriales, habiendo sido los resultados obtenidos bastante magros, si no es que nulos.

Los países en desarrollo también han presionado para tratar de establecer patentes y marcas, y otros derechos industriales, habiendo sido los resultados un Código Internacional de Conducta en Materia de Transferencia de Tecnología, que aunado a un Código de Conducta sobre Transnacionales, integrará una estrategia global acometida por dichos países en el seno de los diversos foros internacionales. Lo anterior obedece al hecho de que por muy

buena legislación nacional que se tenga, si ello no se complementa con algunas acciones de tipo internacional toda acción se verá sumamente reducida en sus logros obtenidos; de ahí la insistencia y la necesidad ineludible de los países en desarrollo en implementar la doble estrategia: la nacional y la internacional.

V. MARCAS, PATENTES, KNOW HOW, ETC.

Ahora bien, todos los países que hemos mencionado que han emitido leyes sobre el fenómeno han establecido también un órgano institucional, una autoridad que se encargue de aplicar la ley y de controlar el flujo tecnológico; de revisar los precios asociados al proceso tecnológico. Una de las cuestiones que tanto a la Ley como al órgano aplicador de la misma preocupan más es lo relativo al pago de los derechos de la llamada propiedad industrial, especialmente los signos marcarios y las patentes de invención y de mejoras.

Las dos instituciones mencionadas anteriormente, marcas y patentes, son los derechos industriales que con mayor frecuencia son objeto de contrato en los acuerdos tecnológicos.

En una muestra que se realizó en México hace ya algunos años apareció que la marca se presentaba en más de un 60% de los contratos en tanto que la patente aparecía entre un 30 y 40% de los contratos, lo que significa que en un paquete contractual tecnológico los signos marcarios son a veces más importantes que la patente misma, no obstante de que la mayoría de los economistas y juristas están plenamente convencidos de que la marca no transfiere tecnología, sino prestigio, reputación, u otras cosas. No obstante pues que las marcas no son vehículos para la tecnología suelen aparecer con mayor frecuencia en los contratos. Otra figura que suele aparecer también con mucha frecuencia en los contratos sobre transferencia de tecnología es lo que se llama "know how", es decir la serie de conocimientos técnicos indispensables para la elaboración de un producto o de un proceso. El "know how" está representado por la tecnología no patentada, y suele aparecer en los contratos tecnológicos casi con una frecuencia igual a la de los signos marcarios. También es objeto de un contrato de transferencia de tecnología lo que se suele llamar asistencia técnica.

VI. LO QUE SE EXCLUYE DE LAS LEYES

Algunas de las leyes mencionadas excluyen del campo de la ley, es decir, no existe obligación de presentarlos para su registro, los llamados servicios técnicos y reparaciones de emergencia; también se suelen eliminar de la cobertura de la ley aquellos conocimientos tecnológicos de los organismos públicos o empresas paraestatales. En la ley mexicana de 1982, se menciona expresamente a dichos organismos y empresas descentralizadas como sujetos obligados por la misma. Cuando se emitió la ley anterior, 1972, algunas personas

interpretaron que las empresas paraestatales no estaban obligadas a presentar sus contratos sobre transferencia de tecnología, afortunadamente dicha interpretación errónea fue corregida por la entonces Dirección General de Transferencia de Tecnología, con el argumento legal de que si la ley no las excluía expresamente no tenían por qué constituir una excepción a la regla, además de que el sector público es el primero y más obligado por un ordenamiento jurídico. En muchos casos se ha comprobado que el peor comportamiento en materia tecnológica se presentaba en el seno de las paraestatales, es decir, las mayores disfuncionalidades y distorsiones al respecto se presentaban en los contratos que celebraba el sector paraestatal en materia tecnológica; la ley actual expresamente menciona la obligación de las empresas descentralizadas de presentar sus contratos al registro nacional de transferencia de tecnología para su aprobación. Decíamos antes que algunas leyes de determinados países suelen excluir también de la cobertura de la ley a ciertos sectores económicos, por ejemplo, el petróleo, la minería, la banca y el turismo, para mencionar nada más algunos casos. Los sectores que suelen excluirse con mayor frecuencia del ámbito del control tecnológico son el petróleo y la banca, y con menor frecuencia, la minería y el turismo.

VII. TIPOS DE EVALUCIONES

Veamos ahora el tipo de evaluaciones que hace el Estado cuando se le presenta un contrato sobre transferencia de tecnología para su aprobación. Generalmente el aparato gubernamental realiza tres tipos de evaluaciones: una de carácter económico, una de carácter legal y una de carácter tecnológico. Precisamente observamos que tanto en la ley anterior como en la ley de 1982 se verifica una doble evaluación, es decir, solamente se prevé la evaluación de tipo legal y la de tipo económico, sin que se mencione para nada en ninguno de los dos ordenamientos la evaluación de tipo tecnológico, que, según nuestro entender, es donde radica el quid del problema. En lo concerniente a la evaluación legal lo que al Estado le preocupa cuando se presenta un contrato sobre transferencia de tecnología es que el mismo se apegue a las leyes sobre la materia, que existan los elementos esenciales a todo contrato de transferencia de tecnología, que se revise cuidadosamente lo relativo a las cláusulas restrictivas, es decir, aquellas cláusulas leoninas que solían aparecer en los contratos antes de la existencia de este tipo de ordenamientos en los diversos países; cuida el Estado, también, que se garantice, de alguna manera, por parte del proveedor su cumplimiento y que la tecnología que está transfiriendo sea de una calidad igual a la del país en que proviene; otra cuestión que en lo jurídico le inquieta al Estado es el punto relativo a la ley aplicable y tribunal competente. Tanto la ley anterior como la nueva ley establecen que deben ser las leyes mexicanas las que se apliquen a este tipo de contratos y los tribunales mexicanos los competentes, sin embargo, se dejaba y aún se deja la puerta abierta para el arbitraje privado comercial internacional siempre

y cuando el árbitro aplique al fondo la ley sustantiva mexicana para evitar el fenómeno que ha sido llamado por algunos tribunales, especialmente europeos, "contratos sin ley" es decir aquellos contratos que libremente pactan las partes, que no se apegan a ninguna ley nacional sino a una "lex mercatoria" internacional. En lo anterior creemos que lo dispuesto por la ley fue acertado. Reiteramos, pues, que la ley mexicana admite la posibilidad de arbitraje privado extranjero siempre y cuando se aplique la ley mexicana al fondo de la controversia, lo que quiere decir que el ordenamiento mexicano es un tanto cuanto flexible en lo relativo al tribunal competente más no en el problema de la ley sustantiva aplicable.

En lo que se refiere concretamente a la evaluación de tipo económico que realiza el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, el Estado mexicano vigila las incidencias negativas o positivas del contrato en la balanza de pagos y cuestiones de carácter económico por el estilo.

Decíamos antes que en cierta forma el aparato gubernamental mexicano contralor no lleva a cabo ninguna evaluación de carácter tecnológico ya que nuestras oficinas nacionales carecen de recursos humanos y técnicos para saber con precisión si la tecnología que se nos está enviando es exactamente la adecuada para la empresa mexicana y para el país. Por otro lado, los contratos que suelen presentar las partes al gobierno mexicano para su aprobación no se refieren para nada a cuestiones tecnológicas, simplemente son un clausulado de tipo legal con nula información para efectos de que el aparato administrativo pudiera realizar un examen a fondo de tipo tecnológico. Además subyace el problema del seguimiento, es decir, una vez que es aprobado el contrato de transferencia de tecnología por el órgano público éste ya no tiene posibilidades de verificar si su contenido en lo legal, en lo económico, pero sobre todo en lo tecnológico se está o no cumpliendo cabalmente. Nuestras oficinas nacionales no tienen posibilidades ni recursos humanos ni financieros para hacer dicho seguimiento.

Otro obstáculo que imposibilita la evaluación técnica es que la ley mexicana contiene una serie de conceptos un tanto cuanto difíciles de llevar a la práctica, por ejemplo, "tecnología adecuada", "tecnología apropiada", difíciles de precisión, especialmente desde el punto de vista tecnológico.

VIII. ALGO DE ESTADÍSTICAS

Para darnos una idea acerca de los problemas de la transferencia de tecnología en la América Latina quisiéramos mencionar unas cifras al respecto.

Del total de países de la América Latina que cuentan con un ordenamiento tecnológico, Brasil y México son los países que reciben el mayor número de contratos sobre la materia. Por ejemplo en el caso de México, en los casi diez años de vigencia de la ley anterior, se han aprobado y registrado cerca de diez mil contratos, es decir, un promedio de mil por año. Brasil junto con México, son, pues, los países latinoamericanos que reciben un volumen ma-

yor de tecnología del extranjero y son, por ende los países que pagan más divisas por regalías.

IX. TECNOLOGÍA E INVERSIÓN EXTRANJERA

Una cosa que se escucha frecuentemente, pero especialmente en los medios académicos de los países altamente desarrollados, es que aquellos Estados que han emitido leyes sobre transferencia de tecnología indefectiblemente han sufrido un decremento en la inversión extranjera. Lo anterior, decíamos, no es correcto ya que por el contrario los países de América Latina que cuentan con leyes de transferencia de tecnología, son aquellos que precisamente reciben una mayor afluencia de inversión extranjera. No se afirma aquí que las leyes sobre transferencia de tecnología sean un atractivo para la inversión extranjera en América Latina, lo cual sería mucho simplismo, pero tampoco es cierto que las leyes sobre transferencia tecnológica espanten a la inversión extranjera privada directa.

X. COSTOS

Se ha detectado a nivel internacional que el problema de los costos es, junto con las cláusulas restrictivas, la cuestión principal que hay que atacar por parte de una ley sobre transferencia de tecnología. Los costos revisten generalmente la forma de regalías que se pagan por los llamados derechos industriales, o la forma de honorario. Los dos rubros anteriores son, si no los únicos, si los fundamentales en relación a los costos de transferencia de tecnología

Es indudable que uno de los problemas pivote de los países en vías de desarrollo es evaluar cuanto cuesta cada tecnología; allí es donde está uno de los problemas fundamentales: que el aparato administrativo decida si determinada tecnología cuesta un 3% sobre ganancias líquidas o un 10%, o un 1%. Recordemos que el cosmos de la tecnología es muy amplio, su espectro es muy grande ya que va desde los alimentos y cuestiones agrícolas hasta los muy sofisticados procesos químico farmacéuticos. Para realizar una evaluación justa de los costos de cada tecnología se tiene que analizar producto por producto, proceso por proceso, por lo que consideramos que es un tanto difícil calcular un parámetro universalmente válido para todos los países, para todas las tecnologías. No obstante lo anterior, la mayoría de las leyes sobre transferencia de tecnología han establecido un límite para el pago de regalías y honorarios relativos al flujo tecnológico. En el caso de México, dicho límite no está establecido por la ley sino que ha sido establecido a nivel de práctica por el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, manejándose una cifra estándar del 3%. Es lógico suponer que existirán ciertas tecnologías que sean indispensables para el desarrollo de México, sobre todo tecnologías sociales" (contaminación, salud pública) o prioritarias (alimentos, energéticos) en las

cuales si se exige el 10 o el 15% podrá eventualmente autorizarse. De lo anterior colegimos que el legislador mexicano no quiso deliberadamente establecer un límite, sino que dicho límite se dejará a la práctica, como ya lo habíamos mencionado. También se observa que en muchas de las legislaciones mencionadas el límite se fija con base en una discriminación para las diversas tecnologías, así, por ejemplo, las regalías pagadas por concepto de marcas, y en virtud del consenso universal de que las marcas no transfieren tecnología, se establece un límite de un 1% o de un 2%, como máximo. Para otros rubros, vg. el know how y la asistencia técnica se suelen establecer límites hasta de un 5% sobre ganancias netas, pero también observamos que en todas las leyes hay un cierto grado de flexibilidad en cuanto a los límites mencionados, ya que no se pueden encerrar en una camisa de fuerza a todas las tecnologías. La ley mexicana no establece un límite con respecto al pago de regalías por lo que se advierte una política flexible por parte del órgano aplicador de la ley.

Desde que México estableció su anterior ley, es decir desde 1972, se ahorró, entre los años de 1973 y 1975, doscientos dieciséis millones de dólares, calculándose que representa un 26% de ahorro de lo que se pagaba antes del primer año mencionado. De acuerdo a la prensa mexicana, México pagó en 1981 más de quinientos millones de dólares por concepto de transferencia de tecnología, habiéndose ahorrado durante el mismo año alrededor de un 30%.

XI. FLUJO INTRAFIRMA

Una cuestión muy importante que no es contemplada en el nuevo ordenamiento tecnológico mexicano es lo relativo al flujo tecnológico que se da entre una matriz y una agencia o sucursal de dicha matriz; es decir, lo que se ha dado en llamar el flujo tecnológico intrafirma. Estamos plenamente convencidos de que una cosa es la transferencia tecnológica que se da entre un proveedor extranjero y un recipiendario nacional y otra cosa muy distinta es el antes llamado flujo intrafirma, es decir, el que se da en el seno de la misma empresa. También estamos convencidos de que mientras no se haga una clara y nítida distinción entre los dos flujos anteriormente descritos el supuesto de la ley es una ficción.. En algunas de las legislaciones recientemente emitidas sobre la materia se prohíbe el llamado cobro de regalías por la tecnología intrafirma, en virtud de que es un flujo que se da dentro de la misma empresa, sólo que su ámbito de acción es internacional. Lamentablemente la nueva ley mexicana no realiza dicha distinción, por lo que el efecto práctico es que la matriz hace un cobro dos veces: una vez por concepto de regalías por transferencia de tecnología y una segunda vez por concepto de dividendos o ganancias sociales. Las nuevas leyes tecnológicas mencionadas que prohíben el cobro de regalías intrafirma lo hacen sobre la base de que si al final de un año social la matriz recibe sus dividendos, en los mismos están implícitos los pagos por transferencia de tecnología por lo que no hay razón alguna para duplicar, para sumar dos veces la misma cantidad y por el mismo objeto, lo

cual es bastante oneroso para una economía tan débil como lo es la de un país en vías de desarrollo. Sin embargo, ante la omisión antes descrita de la anterior y de la vigente ley sobre transferencia de tecnología, a nivel de práctica, y a través de criterios de carácter administrativo, el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología ha tratado de prohibir o, cuando menos, obstaculizar el pago de regalías que se da entre una sucursal y su matriz. Para evitar cualquier duda e incertidumbre consideramos que dicha prohibición debiera constar en el texto de la ley en forma clara y precisa.

XII. DURACIÓN CONTRACTUAL

En relación a la duración de un contrato sobre transferencia de tecnología la nueva ley sobre la materia mexicana prescribe que no se admitirán períodos que excedan de diez años. Lo anterior consideramos que constituye un lamentable error, ya que se parte de una premisa falsa: el hecho de que un período máximo de diez años es el plazo de duración establecido por la Ley de Invenciones y Marcas de 1976. El error estriba, pues, en el hecho de que se liga indebidamente el contrato de transferencia de tecnología con la patente, y según hemos analizado anteriormente, no en todos los contratos tecnológicos aparece como constante una patente; si acaso aparece entre un 30 y 40% de los mismos. En un buen número de los nuevos ordenamientos se establece un plazo máximo de duración de cinco años para los contratos sobre transferencia de tecnología ya que está comprobado empírica y científicamente que la tecnología es un fenómeno extremadamente cambiante y vertiginoso es decir, que un proceso para realizar determinado producto es posible que a la vuelta de dos, tres, cuatro o cinco años, se torne obsoleto y en ese caso el recipiendario de la tecnología sufrirá pérdida ante la competencia que cuenta con tecnologías más novedosas. De lo anterior se colige, que el período de vida de un contrato tecnológico no debe exceder de cinco años, salvo en aquellos contratos en donde esté de por medio un derecho de la llamada propiedad industrial y cuyo término de vigencia sea mayor a los cinco años. Consideramos que en el caso de México la única excepción que se podría hacer es en aquellos casos en cuya tecnología esté involucrada una patente que, por disposición de la ley, su período es precisamente de diez años.

XIII. TECNOLOGÍA Y CONTROL DE CAMBIOS

Mucho se ha especulado y reflexionado acerca de que cualquier ley controlista en materia de transferencia de tecnología su eficacia será relativa hasta en tanto cuanto no se implemente con una política económica de control de cambios. Incluso afirmamos arriba que los primeros intentos de controlar el flujo tecnológico surgieron en la India en forma asociada a problemas de control de cambios. Es decir, en aquellos países en vías de desarrollo en donde

se haya adoptado una política de control parcial o total de cambios será más sencillo verificar la fuga de divisas por concepto de regalías y honorarios tecnológicos. Así pues, en dichos países, una vez que el órgano competente ha aprobado el contrato sobre transferencia de tecnología lo remite a la banca central para efectos de control de cambios y, consiguientemente, la remisión de divisas hacia el extranjero.

XV. CONCLUSIONES

Quisiéramos, a manera de conclusiones, presentar una serie de reflexiones e ideas acerca de la transferencia de la tecnología y de la nueva Ley sobre el control y registro de la transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas, de 1982.

De acuerdo a una tendencia generalizada, el Estado interviene cada vez más en sectores que anteriormente sólo eran ámbito de las relaciones privadas. Esta intervención se ha dado principalmente en sectores de la economía que se consideran de importancia y que directa o indirectamente afectan la conducción de la economía en su conjunto. Esta intervención además, ha dado lugar al cambio de conceptos e instituciones establecidos por el derecho tradicional. En este contexto se inscribe la regulación de la transferencia tecnológica en México.

Con la Ley de 1972 se establecieron las bases para una adecuada regulación de la transferencia tecnológica y con la experiencia acumulada durante un período de diez años se ha expedido una nueva Ley en la que se amplían, complementan y precisan los diferentes supuestos jurídicos establecidos anteriormente en beneficio de los adquirentes de la tecnología y de la economía nacional. Se observa asimismo, una tendencia marcada hacia una máxima flexibilidad de las autoridades administrativas en la aplicación de la Ley con lo cual se pretende una rápida resolución de los casos que se prentenden. Finalmente, se le otorga a la S.P. y F.I. y especialmente al Registro un carácter de verdadero órgano de regulación, formato y control a la transferencia tecnológica en Méx¿co.

Estimamos que la nueva ley mexicana sobre tecnología es un buen ordenamiento sobre la materia, no obstante que los cambios que presenta no son muy radicales; es decir, sigue la misma tónica que la ley anterior; los cambios habidos son muy pocos, especialmente la adición de tres o cuatro cláusulas restrictivas y lo relativo a la obligación de registrar lo que se refiere a administración y servicios, derechos de autor y programas de computación.

Consideramos que se pudo haber aprovechado la ocasión de emitir una nueva ley para introducir ciertos cambios que han probado su eficacia en otras latitudes, en otros países.

De la práctica de los diversos países que han legislado sobre el fenómeno se puede concluir que en dichos países desde la emisión de las leyes sobre tecnología han hecho enormes ahorros de divisas, especialmente aquellos que asocian el control de la tecnología con el control cambiario, en los cuales sus logros han sido impresionantes.

Otro logro obtenido es que una gran cantidad de las cláusulas leoninas, llamadas cláusulas restrictivas, se han abatido en cuanto a su número y que, incluso, algunas de ellas se han llegado a erradicar totalmente. Como consecuencia de lo anterior podemos asegurar que las empresas a quienes han beneficiado la prohibición de las cláusulas restrictivas han optimizado sus ganancias y dividendos.

Es, pues, obvio y evidente que aquellos países que han establecido algún tipo de control a la libre transferencia de tecnología, por medio de leyes o por medio de órganos institucionales, han logrado grandes ahorros; también es obvio que en algunos casos, concretamente el de México, no se ha podido lograr el control de los pagos que se realizan intrafirmas, así como tampoco evitar una serie de prácticas viciosas, tales como los dobles contratos llamados también "gentlemen's agreements", mismos que se celebran y cumplen bajo palabra de honor, y que no son presentados para su aprobación por el órgano contralor gubernamental.

Por otro lado consideramos que a la evaluación legal y económica que actualmente se practica en la oficina mexicana debe añadirse la evaluación de carácter tecnológica advertidos de todos los problemas que esto implicaría: falta de personal técnico capacitado, falta de recursos financieros, etc. Ya hemos asentado arriba que en aquellos países donde se practica la evaluación tecnológica ha rendido óptimos resultados. Se debe implantar un sistema de seguimiento eficaz y aprovechar la renovación de los contratos sobre transferencia de tecnología para intentar realizar la evaluación tecnológica antes aludida. Sin embargo, el seguimiento debe realizarse con un carácter constante y permanente y no esperar el vencimiento de los contratos para verificar el cumplimiento de los mismos así como su impacto económico y social.

Es menester, también, buscar la forma de atacar los problemas de los llamados costos indirectos: evitar la transferencia de costos a otros rubros con mecanismos tales como la subfacturación de exportaciones, la sobrefacturación de importaciones, la subfacturación o sobrefacturación en compras de insumos, de maquinarias de componentes, etc.

Es también indispensable tener un control riguroso y estricto de aquellos pagos que se realicen intrafirma, lo cual se lograría mediante una ayuda eficaz de la sección que maneja todo lo relativo a inversiones extranjeras. Hoy por hoy se cuenta con la gran ventaja de que tanto lo relativo a inversiones extranjera como lo concerniente a transferencia de tecnología se encuentran en una sola Dirección General, por lo que el flujo de información entre ambas secciones, si es recíproco, puede ser altamente beneficioso para las mismas. En otras palabras, para realizar una buena e integral evaluación de un contrato sobre transferencia de tecnología es indispensable la información que proporciona la sección de inversiones extranjeras.

En lo relativo a la compra de tecnología que realiza el sector público o las empresas paraestatales es urgente que dicho flujo se acomode a lo dispuesto por la ley. Asimismo, es necesario que el flujo tecnológico que se da en el interior de las maquiladoras, es decir, de la subcontratación internacional, sea

regulado y controlado por la oficina nacional. Recordemos que el ordenamiento vigente establece en forma expresa la obligación de que las maquiladoras presenten sus contratos tecnológicos para su aprobación o rechazo, lo cual es un enorme avance, ahora es menester hacer funcionar dicha obligación.

Para terminar con estas breves reflexiones sobre transferencia de tecnología, es indispensable que los países en vías de desarrollo promuevan la adopción y la aprobación del Código Internacional de Conducta en Materia de Transferencia de Tecnología, mismo que se está negociando actualmente en el seno de la UNCTAD. Sabemos y entendemos que existen una serie de obstáculos interpuestos especialmente por los países altamente desarrollados para evitar su aprobación y funcionamiento, casi todos ellos de carácter político, eminentemente. Sin embargo es menester tener plena conciencia de que en la transferencia de la tecnología es imprescindible la colaboración que se establece en el Código mencionado.

Agosto de 1982

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MÉXICO A LA LUZ DEL CONTROL GENERALIZADO DE CAMBIOS

ANTONIO PRADO NÚÑEZ

En México existe ya el control generalizado de cambios.

Propiamente se inició con el "Decreto que establece reglas para atender requerimientos de divisas a tipos de cambio especiales", así como con el "Decreto para proveer a la adecuada observancia del Artículo 8o. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, en los casos a que hace referencia", publicados en el Diario Oficial de la Federación del miércoles 18 de agosto de 1982, y suscritos por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Señor Licenciado José López Portillo.

El segundo de estos decretos, en su Artículo Único estableció:

"Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, a que se refiere el artículo 8o. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional de la moneda extranjera adeudada, al tipo de cambio que para este efecto fije el Banco de México atendiendo a la situación que guarden los mercados de cambios dentro del país, tanto el preferencial como el general, a la evolución de los precios y de las tasas de interés internos y externos, así como a otros elementos económicos cuya consideración sea pertinente para determinar el referido tipo de cambio.

Las operaciones de compraventa de moneda extranjera, las situaciones o transferencias de fondos en moneda extranjera hacia o desde el exterior y las operaciones análogas a las anteriores, continuarán rigiéndose por las disposiciones que les son aplicables atendiendo a su naturaleza. El banco de México determinará cuáles de las operaciones que las instituciones de crédito pueden celebrar con divisas sean de considerarse análogas para los efectos de este artículo."

Posteriormente, en el Diario Oficial de la Federación del 1o. de septiembre del mismo año y también bajo la firma del Presidente de la República, apareció el "Decreto que establece el control generalizado de cambios".

El artículo 3o. de este decreto prácticamente repite lo expresado en el diverso precepto que se dejó anteriormente transcrito en el sentido de que las obligaciones de pago en moneda extranjera o divisas, contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago, pero añadiendo que esto se hará de conformidad con lo que disponga el Banco de México.

Todo esto significa que a los ahorradores e inversionistas, mexicanos o extranjeros, ya no se les pagarán en dólares los intereses ni los principales de sus inversiones, sino siempre en pesos mexicanos, al tipo de cambio que fije el Banco de México.

La Comisión Intersecretarial creada por el Artículo Decimoquinto del Decreto que establece el Control Generalizado de Cambios, fijó dos tipos de cambio para el Dólar norteamericano: un tipo ordinario a setenta pesos por dólar y uno preferencial a cincuenta pesos por dólar de los E.U.A.

El espíritu del decreto se inspira en razones de evidente orden público.

El país se estaba quedando sin las divisas necesarias para atender a las necesidades más urgentes de pagos en el exterior y para cumplir con el Art. 18 de la Ley Orgánica del Banco de México que obliga al Instituto Central a mantener una reserva adecuada para sostener el valor del peso.

Las restricciones de cambios no constituyen una novedad absoluta. Las varias prohibiciones que existían en la era mercantilista y pre-mercantilista concernientes a monedas y lingotes, especialmente la prohibición de exportar metales preciosos y las consiguientes medidas de orden administrativo y punitivo implicaban medidas similares. El "Statute of Staple" de Eduardo III de Inglaterra, permitía a los comerciantes extranjeros retirar del país el mismo monto de moneda con el que habían entrado, siempre que tuvieran una constancia escrita de esta cantidad otorgada por un "searcher" (inspector). La prohibición de importar ciertas monedas extranjeras —decretada como medida de protección a la prerrogativa del soberano de acuñarlas— y la práctica corriente de la cotización (rating) de las monedas extranjeras admitidas en el país, constituyen otros tipos que pueden consignarse como ejemplos de las antiguas reglamentaciones.

En la era postmercantilista, sin embargo, y especialmente en la centuria que precediera a la primera guerra mundial, las restricciones desaparecieron. La postguerra de la primera conflagración mundial y sus consecuencias, trajeron un conjunto de restricciones relativamente suaves, pero con el estallido de la crisis monetaria mundial el panorama cambió radicalmente en 1931. Desde entonces, prácticamente la totalidad de los países del mundo han sido víctima, en una forma o en otra de las restricciones de cambios. Sólo México, los Estados Unidos, Suiza y Tanger, habían mantenido hasta estos días la absoluta libertad de la convertibilidad cambiaria.[1]

A partir de la promulgación del Decreto que establece el control generalizado de cambios, todos los depósitos en dólares, pagaderos en México se convirtieron en "Mexdólares". El Banco de México, en su Telex-Circular Númeor 46/82 definió los Mexdólares como sigue: "1. Definiciones. Cuando en el presente Télex-Circular se mencione la palabra 'Mexdólares", se entenderá referida a obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, a cargo o a favor de esas instituciones de crédito y de este Instituto Central. Los términos 'Divisas', 'Moneda

[1] Arthur Nussbaum, *Derecho Monetario Nacional e Internacional*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 614.

Extranjera' y 'Dólares de EE.UU.A.' no serán utilizados como sinónimos de 'Mexdólares' ".[2]

Por otra parte, ya no sólo los bancos, sino cualquier deudor de moneda extranjera, obligados a solvertar su deuda en México, ya no podrán obtener divisas, el llamado "dólar verde", para pagar a sus acreedores precisamente en esa especie monetaria. Ahora el deudor, no sólo puede, sino que está obligado a acogerse al Artículo 8o. de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos que dice: "La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la Repúbliac para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago". Es muy importante destacar que el anterior precepto es de orden público, y que la contratación es ineficaz para destruir sus efectos, ya que el siguiente artículo de la misma Ley Monetaria, el 9o. determina que "Las prevenciones de los dos artículos anteriores (el 7o. y el 8o.) no son renunciables y toda estipulación en contra será nula".

El artículo 8o. de la Ley Monetaria, en su actual redacción, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del día seis de marzo de 1935. Su autor fue el Presidente Lázaro Cárdenas actuando en uso de facultades extraordinarias. La fecha del decreto así publicado es de 22 de febrero de 1935. Este decreto reformó al primitivo artículo 8o. publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de julio de 1931.

Es importante tener en cuenta los anteriores datos, porque en publicaciones periodísticas se ha sostenido, que la devolución de los depósitos bancarios de moneda extranjera no se rige por la Ley Monetaria, sino por el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el cual ordena que "...El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie...".

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de agosto de 1932, es decir con anterioridad al actual texto reformado del Artículo 8o. de la Ley Monetaria, y por tanto, este último artículo, como ley posterior priva sobre el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Debe observarse que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito también fue promulgada en uso de facultades extraordinarias; las concedidas al Presidente Pascual Ortiz Rubio para legislar en las materias de comercio y de derecho procesal mercantil así como de crédito y moneda, por leyes de 31 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1932.

Ambos dispositivos legales, adolecen por tanto del mismo vicio constitucional, esto es, haber sido promulgados en uso de facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República con violación del texto original del artículo 49 de la Constitución General de la República, el cual antes de ser

[2] Telex Circular el Banco de México, Núm. 46/82. 18 de agosto de 1982, p. 1.

reformado en 1938, rezaba: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial."

"No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29".

En tales condiciones, el argumento constitucional no nos resulta de utilidad para dilucidar cuál de los dos preceptos legales debe privar sobre el otro.

Se ha sostenido también que el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es un precepto legal especial, mientras que el artículo 8o. de la Ley Monetaria corresponde a una Ley General, y que en todo caso la ley especial priva sobre la ley general.

Este último argumento probablemente tampoco es válido o cuando menos es muy difícil precisar en dónde radica la especialidad del mandato.

En favor de la primacía del artículo 8o. de la Ley Monetaria milita con gran fuerza el argumento de que este último precepto es de marcado orden público, como lo demuestra la referencia que a él hace el ya citado artículo 9o. de la Ley Monetaria, es decir, que el artículo 8o. es irrenunciable e inderogable a través de la contratación privada, mientras que el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es un precepto meramente dispositivo que sólo tutela intereses privados, y que por tanto es de menor entidad de el otro precepto, o sea el artículo 8o. de la Ley Monetaria.

Debemos concluir por tanto, que para el pago de obligaciones en moneda extranjera, en México, no habrá la posibilidad de obtener físicamente divisas, ni habrá tampoco la posibilidad de situarlas al exterior mediante una transferencia bancaria. La única posibilidad será obtener el valor de cambio en pesos mexicanos.

Pero el único deseo del acreedor extranjero que pudiera obtener en México la ejecución de una sentencia, será precisamente llevar al exterior los fondos líquidos resultantes de la ejecución. Ninguna utilidad representaría para la parte ejecutante extranjera, el contar en México con el resultado del remate, en pesos mexicanos; su próximo movimiento será precisamente el convertir estos pesos Mexicanos en divisas, para llevarlos al exterior.

Tampoco resultará de utilidad al ejecutante extranjero recibir, a través de la ejecución de la sentencia, pesos mexicanos, ya que de acuerdo con la regla Octagésima Sexta de las Reglas Generales Para el Control de Cambios, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 14 de septiembre de 1982, no podrá sacar del país más que cinco mil pesos mexicanos. En todo este contexto, la ejecución de una sentencia extranjera que tenga por objeto sumas de dinero resultará inútil para el acreedor.

De esta inutilidad resulta clara su falta de acción ejecutiva, ya que carecerá de interés jurídico. Recordemos que la fracción IV del artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que: "Falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aun suponiendo favorable la sentencia."

Por otra parte, del conjunto de disposiciones que regulan el control de cambios, resulta que es vital para el Estado mexicano, que no salgan divisas del país. En otras palabras, impedir por todos los medios jurídicos dicha salida es una cuestión de evidente orden público.

Varias corrientes doctrinarias existen en nuestro país para tratar de establecer dos importantes cuestiones, a saber: La primera consiste en determinar cuál es la legislación competente para dictar las condiciones o requisitos de acuerdo con los cuales la sentencia judicial extranjera puede ejecutarse en cualquiera de los Estados de la República; la segunda, determinar si los jueces competentes para ejecutar la sentencia extranjera, son los jueces federales o bien los del orden común.

Con respecto a la primera de las cuestiones, el Maestro José Luis Siqueiros opina que debe ser el Código Federal de Procedimientos Civiles, teniendo en cuenta que la materia de las relaciones internacionales es de la exclusiva competencia de la federación, ya que de conformidad con el artículo 73 fracción XVI de la Constitución General de la República y el texto del artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, este último ordenamiento y las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal tienen el carácter de federales y son obligatorias en toda la Unión, sosteniendo también que dentro de esta corriente de pensamiento y en estricta lógica debiera ser el Código Federal de Procedimientos Civiles el ordenamiento que regulara esta materia.[3]

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la materia de ejecución de sentencias extranjeras debe ser regulada por cada uno de los Estados de la Federación, es decir que esta regulación será la que esté contenida en los Códigos Procesales Civiles de cada uno de los Estados.

El maestro Siqueiros nos da noticia de los amparos en los que la Suprema Corte adoptó esta última interpretación:

"En el amparo promovido por William C. Greene, fallado en 1956, el máximo tribunal adoptó la posición de que la legislación procesal del Estado de Sonora que regula esta materia no tenía relación alguna con la 'condición jurídica de los extranjeros', de exclusiva competencia del Congreso de la Unión. La Suprema Corte precisó que los requisitos procesales que deben cumplirse para que una sentencia extranjera tenga eficacia en cualquier entidad federativa, es materia reservada a los Estados de la Federación de conformidad con el artículo 124 de la Constitución; es decir, que está incluida en la órbita de sus facultades internas. Esta tesis se repite en otros amparos relacionados con las legislaciones procesales de Coahuila y Veracruz".[4]

Los amparos a que se refiere el Maestro Siqueiros son los siguientes: Amparo Willim C. Greene, Semanario Judicial, VI Época, 4a. Parte, v.v. Pág. 121. A.D. 6434/1956. El amparo relativo a la legislación de Coahuila es visible en

[3] José Luis Siqueiros, "Ejecución en la República Mexicana de Sentencias Dictadas por Tribunales Extranjeros en materias civiles o comerciales", en Estudios Jurídicos n memoria de Alberto Vázquez del Mercado, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 798.

[4] José Luis Siqueiros, *op. cit.*, p. 799.

el Semanario Judicial de la Federación, V Época, No. 51 (5) Pág. 28882 (1938), y el relacionado con la legislación de Veracruz puede consultarse en el Seminario Judicial No. 114, V Época, Pág. 153 (1953).[5]

En mi opinión, con base precisamente en el Artículo 124 de la Constitución General de la República, la ley competente para regular la ejecución de las sentencias extranjeras, debe ser la que de acuerdo con la Constitución Federal resulte materia local o federal, es decir, si la litis versa sobre una materia que de acuerdo con el artículo 73 sea materia federal, la ley competente para regular la ejecución será el Código Federal de Procedimientos Civiles, y en caso de que la litis verse sobre una materia que en México sea local, la ley competente para regular la ejecución será el Código de Procedimientos Civiles del estado al que corresponda el domicilio de la parte ejecutada.

Por lo que respecta a cuál será el Juez Competente, resultan muy ilustrativas las ideas de Siqueiros:

"La interpretación federalista en cuanto a la ley aplicable parecería colegir la competencia exclusiva de los tribunales federales. Esta presunción se fortalece con la lectura de los textos constitucionales. El artículo 104, Fracción I de nuestra ley fundamental, establece que corresponde a los tribunales federales conocer de las controversias del orden civil (comercial) o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

Sin embargo, como ya se ha indicado, varios de los Estados de la república legislan en esta materia y la competencia de sus tribunales ha sido respaldada por algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia; sin perjuicio de lo anterior, el conflicto competencial se resuelve en virtud del principio de la llamada jurisdicción concurrente. (Transcribe a pie de página el Art. 104 Fracc. I de la Constitución Federal.) De conformidad con esta última, tratándose de controversias del orden civil o comercial que sólo afecten intereses particulares, los jueces federales y los del orden común podrán conocer de aquellas indistintamente. En resumen, tratándose de la ejecución de sentencias extranjeras, pueden ser jueces competentes los federales o los del orden común a elección del actor."[6]

No podemos compartir esta opinión. Si la materia de acuerdo con la determinación de la ley competente para la ejecución resultó ser federal, el juez competente para ejecutar será un Juez de Distrito; si la materia es local de acuerdo con las leyes mexicanas, el competente para ejecutar, será un Juez del Orden Común, y solamente en materia mercantil y bajo la calificación mexicana, podrá darse el caso de competencia concurrente para ejecutar, basándose en la fracción I del Artículo 104 de la Constitución General de la República. A este respecto es muy claro el artículo 606 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. "Es competente para ejecutar una sentencia dictada en el extranjero el juez que lo sería para seguir el juicio

[5] José Luis Siqueiros, *op. cit.*, p. 799 Notas de pie de página, núms. 10, 13 y 14.
[6] José Luis Siqueiros, *op. cit.*, p. 800.

en que se dictó conforme al título tercero." El Título Tercero es el que regula la competencia de los tribunales comunes del Distrito Federal.

Cualquiera que sea la solución final que se dé a estas cuestiones de competencia legislativa y de competencia judicial, el órgano jurisdiccional mexicano ante el que sea planteada la petición para ejecutar la sentencia extranjera deberá resolver previamente si la sentencia a ejecutarse es o no contraria a las leyes de la República.

En materia federal, según el artículo 428 del Código Federal de Procedimientos Civiles. "En los casos en que deban ejecutarse, por los tribunales mexicanos, las sentencias dictadas en país extranjero, el tribunal requerido resolverá previamente si la sentencia es o no contraria a las leyes de la República, a los tratados o a los principios de derecho internacional. En caso afirmativo, se devolverá el exhorto, con la expresión de los motivos que impidan la ejecución de la sentencia." El Juzgado de Distrito resuelve de plano sin dar intervención al ejecutado.

En el Distrito Federal, de acuerdo con el artículo 607 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal "Traducida la ejecutoria en la forma prevista por el artículo 330, se presentará al juzgado competente para su ejecución, pero previamente se formará artículo para examinar su autenticidad y si conforme a las leyes nacionales deba o no ser ejecutada. Se substancía con un escrito de cada parte y con audiencia del Ministerio Público. La resolución, que se dictará dentro de tercero día, contesten o no las partes y el Ministerio Público, será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución y en el efecto devolutivo si se concediere. La apelación se substanciará sumariamente.

Ahora bien, toda sentencia que provenga del extranjero, que tenga como materia obligaciones de dar, y que pretenda ejecutarse sobre bienes muebles o inmuebles que se hallen en la República, tiene en su contra la grave presunción de que el ejecutante, de una manera u otra pretenderá convertirla en divisas extranjeras para llevarse a su país las cantidades que erroje el remate judicial.

El mismo objeto de la ejecución de una sentencia extranjera, implica por sí mismo la transferencia de fondos, en moneda extranjera o raramente en pesos mexicanos, hacia el exterior. Luego, el resultado último que producirá la ejecución de la sentencia extranjera sobre obligaciones monetarias, será la contravención del control de cambios y más aún, el actual orden público nacional que en esta materia dicta que no deba salir del país moneda mexicana ni mucho menos moneda extranjera.

Es cierto que la regulación mexicana sobre controles generalizados de cambios aun no se halla plasmada en leyes formales y materiales expedidas por el Congreso de la Unión, pero en tratándose del orden público, por leyes debemos entender a la ley considerada materialmente, es decir como una norma general y abstracta, aunque formalmente se contenga en un Decreto del Poder Ejecutivo. Al respecto debe observarse que la fracción III del ar-

tículo 605 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal prohíbe la ejecución de sentencias extranjeras, no cuando sean contrarias a las leyes formales y materiales de dicho Distrito, sino de una manera general, cuando... "la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en la República."

La ilicitud es un concepto jurídico más amplio que la simple ilegalidad. Ante la angustiosa situación económica que vive el país es ilícito todo aquel acto que tienda a desestabilizarlo, aunque no se encuentre comprendido en leyes formalmente expedidas por el Congreso de la Unión.

El párrafo segundo del artículo 131 de la Constitución General de la República previene que El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso y para crear otras; así como para restringir y prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país.

Las facultades en materia de importación o exportación ya las tenía concedidas el Presidente de la República por el artículo 9o. de la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica; el Ejecutivo ya estaba facultado por el Congreso para "... imponer restricciones a la importación o exportación, cuando así lo requieran las condiciones de la economía nacional..." Al tenor del artículo 639 del Código de Comercio los billetes de banco extranjeros son una mercancía.

Después del Decreto Que Establece el Control Generalizado de Cambios las unicas sentencias extranjeras que podrán ejecutarse en la República, serán las que no tengan contenido económico.

Las sentencias extranjeras en materia civil o mercantil cuyo fin último sea extraer del país moneda extranjera, o mexicana por más de cinco mil pesos, a partir del citado decreto, han devenido inejecutables.

UNA RESOLUCIÓN QUE SIENTA PRECEDENTES EN LAS INVESTIGACIONES SOBRE DUMPING DE ESTADOS UNIDOS

VICENTE QUEROL

El 28 de marzo de 1980 se publicó en el Federal Register, Diario Oficial de Estados Unidos, la resolución final en el procedimiento investigatorio sobre dumping sustanciado desde octubre de 1978, inicialmente por el Departamento del Tesoro y luego por el Departamento de Comercio, sin perjuicio de la participación de la Comisión de Comercio Internacional en la pesquisa del perjuicio eventual, respecto de las hortalizas frescas de invierno, importaciones primordiales de México, resolución que hace análisis y declaraciones de categórica importancia para el comercio futuro de estos productos, tema que presentamos.

En el pasado, las exportaciones de México se han visto procesadas ante la autoridad americana en renglones de significación para su comercio exterior. Tal es el caso del azufre elemental, cuya investigación se inició en marzo de 1971 y aún persisten diligencias pendientes, pese a haberse aplicado impuestos especiales de dumping a dos empresas. Así también, del cemento que entre los años 1974 y 1976, luego de la declaración del Departamento del Tesoro que establecía la existencia de ventas a precio de dumping, la Comisión de Comercio Internacional informó que las industrias americanas no habían sido perjudicadas a causa de esas ventas, con lo que el caso terminó favorablemente a las exportaciones mexicanas.

No obstante lo anterior, el caso de las hortalizas frescas de invierno ha sido el que mayor inquietud ha causado en los productores mexicanos que colocan sus mercancías en el mercado de E.U.A., a raíz de la importancia de los renglones incluidos, porque de sancionarse a esas hortalizas, se habría afectado a extensas zonas de la producción de México, áreas agrícolas de gente muchas veces de pocos recursos y por otras múltiples razones que más adelante analizaremos.

La resolución mencionada puso término, a lo menos momentáneamente, a una larga trayectoria, posiblemente una década, de pugnas y litigios sobre hortalizas de invierno que se importan a la zona americana de Florida que controla ese tipo de productos que proceda del exterior y que compite con la producción de esa zona. Las hostilidades han revestido tal categoría que

* Director de Comercio Internacional de la Academia de Arbitraje y Comercio Internacional del I.M.C.E.

algunos las han llamado "guerra del tomate", aunque el problema no abarque sólo a este producto.

Se ha planteado que, en lo substancial, este tema radica en relaciones que se refieren a una división internacional del trabajo, más que en relaciones comerciales entre dos naciones, pero no intentamos referirnos en esta oportunidad a ese dilema, sino netamente a los antecedentes y a la resolución que inicialmente aludimos. Aún así, no hay duda que el caso transciende más allá de una simple investigación sobre dumping, lo que evidencia la necesidad de revisar la forma de relaciones entre México y E.U.A., que en procedimientos de otra naturaleza, como son los de subsidios e impuestos compensatorios, han llegado a la cúspide de riesgo para las exportaciones mexicanas.

Asimismo, el tema en referencia permitiría examinar el aspecto relativo al control del mercado de hortalizas de invierno de EUA y Canadá, su expansión, que sólo tocamos tangencialmente, en lo que atañe al objetivo de este documento.

Podría considerarse, también, la circunstancia de que México es un gran consumidor de productos agrícolas americanos, que en el año fiscal de 1980 compró en ese mercado 2 billones de dólares, lo que le constituye en el segundo mayor cliente de EUA en ese área, tras Japón, lo que permitiría negociar sobre tales barreras, en aras de la reciprocidad. Pero, sólo citando este elemento de negociación, dejamos para otro estudio las implicaciones de este poderoso argumento de relaciones comerciales más equitativas.

Los productos afectados

El procedimiento sobre dumping, cuya resolución final comentamos, se refirió a las hortalizas frescas de invierno, esto es, al tomate, pepino, calabacita, pimiento y berenjena, embarcadas desde México a E.U.A. en la estación invernal, en el período que transcurre entre el 1o. de noviembre hasta el 30 de abril del año siguiente.

La producción de México de tomate, la hortaliza más importante afectada por el procedimiento investigatorio en referencia, ascendió en 1981 a 210 000 toneladas métricas, que significa más o menos un 4% de la producción americana de la misma naturaleza. En el año 1978, en que se inició dicha investigación la producción mexicana fue algo más alta de 220 000 toneladas métricas, siendo mayor, también, la producción de E.U.A., por lo que la relación entre ambas producciones fue similar.

México fue en el año 1981 el 7o. productor mundial de tomate. EUA produjo más o menos un 40% del total mundial y le siguieron Italia, Grecia, Turquía, Canadá, España y Francia. Salvo algún descenso de España, la relación ha sido la misma desde 1978.

México figuró en 1981 en el 7o. lugar en el mundo como productor de subproductos de tomate, y en particular con importante participación en la producción de tomate en pasta y salsa de tomate, aunque sus exportaciones

a E.U.A. en estos renglones fue muy baja, tal como en 1978, si bien esta materia carece de importancia para nuestro análisis que se refiere sólo a productos frescos.

México es un importante importador de E.U.A. de tomate envasado, en pasta, en salsa, de catsup, en puré, con la misma consideración anterior.

La producción de tomate de México radica fundamentalmente en Sinaloa, Guanajuato y Morelos y en menor cuantía, Baja California e Hidalgo.

Las exportaciones de tomate mexicano mayores se realizan en marzo de cada año (27%), seguidas de abril (19%) y febrero (17.8%)).

En el período de invierno las exportaciones de México son: en noviembre 1.40%, en diciembre 3.20%, enero 14.40%, febrero 17.80% marzo 27.30% y abril 19.00%, aunque este porcentaje es sólo una aproximación.

Se estima que hay evidencias que la ventaja en costos, que ha significado en el pasado una amplia competitividad del tomate mexicano en E.U.A., ha disminuido considerablemente, aunque no en el tomate procesado, con motivo de la elevación de los costos de producción, la tasa de inflación, la política de regadío.

Para la región de Florida, las importaciones de México representan la cuarta parte de las ventas totales de la región en el período anual cumbre de ellas. No obstante, esas importaciones se concentran en las zonas del oeste y medio oeste de Florida, en que el tomate de ese Estado americano es menos competitivo, a causa de los costos y problemas de transporte. En realidad, el tomate de Florida no se ha visto afectado en los precios por la afluencia del producto mexicano.

Aproximadamente, unos mil cultivadores de esas hortalizas mexicanas exportan sus cosechas de invierno a E.U.A. A raíz de ello se llevan a efecto cientos de miles de operaciones de venta en el curso de un período estacional.

Los abastecedores de México que se ubican principalmente en el estado de Sinaloa, al noroeste del país, son aproximadamente unos dos mil. Surten de su hortaliza fresca de invierno a E.U.A. y Canadá. A aquel mercado le abastecen en alrededor de un 50%.

Características del mercado importador

La producción de los cultivadores mexicanos se comercializa y distribuye en E.U.A., como también en Canadá, aproximadamente por unos cincuenta intermediarios que ofician de consignatarios de la mercancía y perciben una parte del precio. La mayoría de ellos radican en Nogales, Arizona. Son éstos los responsables exclusivos en la concertación del precio de los productos y no los productores mexicanos que ignoran los términos de esta venta y al propio comprador americano, aunque estos intermediarios denominados "brokers", hacen que permanezca la calidad de vendedor en el producto de México, que por este conducto aparece como exportador.

Así lo ha declarado el Departamento de Comercio de E.U.A. que aún ha expuesto que el productor mexicano ha carecido de capacidad para controlar su producción, su almacenaje, y la cosecha se ve afectada por factores al margen de su control, como el clima y las plagas. Lo perecedero del producto impide mantener un rendimiento previsible permanente y, en oportunidades, la sobreproducción deprime los precios por debajo del costo de producción.

Además de que E.U.A. ha establecido, desde noviembre de 1979, las tasas arancelarias que se mencionan en el cuadro I de este ensayo, hay para estos productos en ese mercado diversas barreras no arancelarias de carácter tecnológico. Sobre ellos se requiere permiso especial de importación, están afectos a cuarentena e inspección y, en ocasiones, se ha detenido embarques por haberse detectado contenidos residuales de plaguicidas. Para el tomate rigen requisitos de madurez, tamaño y calidad. Entre el 25 de noviembre de 1975 y el 20 de junio de 1976, se prohibió la importación de tomate al mercado en referencia, salvo de algunos tipos. En 1981 el Departamento de Agricultura fijó nuevos requisitos de grado, tamaño y empaque, todo lo que revela la condición de este importante renglón comercial.

Un aspecto de suma importancia en el mercado de Florida es que el precio de las hortalizas sufre una fluctuación diaria significtiva, a causa de determinados factores que fueron considerados por el Departamento de Comercio y son el grado de madurez, el color, la calidad y la hora de la venta en el día. En las actas de inspección levantadas en la investigación en referencia, quedó constancia del impacto en el precio de venta de las variaciones en la madurez, en la calidad, en las expectativas de subsistencia del producto. Sólo ese primer factor puede significar un descuento de un 50% en el precio de la mercancía típica de alta calidad. Además, el precio es ajustado tomando en consideración las magulladuras y manchas de la mercancía y otros factores de calidad que afectan a lo perecedero y a sus términos de deseable por el comprador. Por estas razones se hace muy difícil la comparación para determinar el valor justo del mercado, que es necesaria dentro del contexto de la ley antidumping americana, y aún la individualización de tales factores en idéntica mercancía de igual calidad vendida en las mismas circunstancias, es muy dificultosa.

Un convenio y reanudación de la investigación

Este cúmulo de elementos concurrentes en un solo caso de dumping fue objeto de un intenso debate y de gran actividad del gobierno de México, para obtener que la autoridad de Estados Unidos y los recurrentes ante ella, es decir, la Asociación de Cultivadores de Hortalizas de Invierno de Florida, el Comité de Agricultores de Palm Beach para Activación Legislativa, Inc., y los Cultivadores de Hortalizas y Tomates de Florida del Sur, Inc., favorecieran un arreglo del asunto. Los propios funcionarios del caso se sentían incli-

CUADRO I

HORTALIZAS FRESCAS DE INVIERNO EXPORTADAS POR MÉXICO
ARANCEL ADUANERO DE E.U.A.

S.G.P.	Fracción	Producto	Tasas arancelarias: Columna 1	Columna 2	Incremento máximo permitido
		Vegetales, frescos, congelados, (pero no reducido en tamaño, ni preparados o preservados).			
A*	135.90	PEPINO si entra en el período de diciembre 1o. y el último día de febrero del siguiente año, inclusive.	2.2 ¢ por libra	3 ¢ por libra	4.5 ¢ por libra, o 2 ¢ por libra. + 20% advalorem.
	136.20	BERENJENA, si entra en el período del 1o. de abril a noviembre 30, inclusive, en cualquier año.	1.5 ¢ por libra	1.5 ¢ por libra	2.25 ¢ por libro, o 1.5 ¢ por libra + 20% advalorem.
	137.10	PIMIENTO	2.5 ¢ por libra	2.5 ¢ por libra	3.75 ¢ por libra, o 2.5 ¢ por libra + 20% advalorem.
	137.50	CALABACITA	1.1 ¢ por libra	2 ¢ por libra	3 ¢ por libra; o 1.1 ¢ por libra + 20% advalorem.
		TOMATES:			
	137.60	Si entra en el período de marzo 1o. a julio 14, inclusive, o en el período de septiembre 1o. a noviembre 14, inclusive, en cualquier año.	2.1 ¢ por libra	3 ¢ por libra	4.5 ¢ por libra o 2.1 ¢ por libra + 20% advalorem.
	137.63	Si entra durante el período de noviembre 15 al último día de febrero del año siguiente, en cualquier año, inclusive.	1.5 ¢ por libra	3 ¢ por libra	4.5 ¢ por libra o 1.5 ¢ por libra + 20% advalorem.

* PEPINOS, producto mexicano, establecidos bajo la fracción arancelaria 135.90, no tienen derecho a la franquicia, para los países en desarrollo bajo el S.G.P., por la Fórmula de Necesidad Competitiva.

FUENTE: The Tariff Schedules of the United States Annoted.

nados a favorecer un avenimiento. El Embajador de E.U.A. en México instaba a una resolución favorable a la posición de México que era muy defendible con base en los elementos de juicio que exponemos.

Por su parte, los cultivadores de Florida apremiaban con el apoyo de los miembros del Congreso y en la Cámara de Representantes lograban con este respaldo que se rechazara un proyecto de ley para declarar que los productos perecederos que en determinado momento tienen un precio al margen de la voluntad del vendedor, estén exentos de las sanciones de la ley antidumping. El Departamento del Tesoro prorrogó en tres meses la investigación para dar

CUADRO II

ÁREA Y PRODUCCIÓN DE TOMATES PARA LA EXPORTACIÓN EN MÉXICO
1970-71 a 1977-78

Año	Hectáreas	Rendimiento (Tons. por Ha.)	Producción (tons.)	Exportación (tons.)
1970-71	62,079	14.68	911,353	264,780
1973-74	72,208	16.48	1,190,626	284,413
1975-76	58,514	14.82	867,193	314,907
1977-78	65,767	17.34	1,140,054	426,607
Promedio anual:	69,285	15.46	1,071,652	320,773

FUENTE: Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, Dirección General de Economía Agrícola. (México-1979).

oportunidad al arreglo de la controversia y se llevaron a efecto numerosas reuniones propiciadas por ese Departamento en que operó una Comisión Mixta destinada a lograr un entendimiento de las partes. A raíz de estas pláticas surgió la propuesta de una cuota arancelaria, que partiría de un arancel cero para las importaciones inferiores a una cifra tope. En julio de 1979, los Cultivadores de Florida estuvieron de acuerdo en retirar su petición sobre dumping, bajo ciertas condiciones señaladas al Departamento del Tesoro, en tanto que el gobierno de México se aprontaba a negociar. Los peticionarios de dumping expusieron tres condiciones para el arreglo: 1) que el retiro de la petición no les provocase perjuicio alguno; 2) que, si procediese, la petición pudiera ser reingresada en el plazo de 90 días y el Departamento del Tesoro pudiera pronunciarse dentro de siete días contados desde ese reingreso; y 3) que el Departamento del Tesoro pudiese utilizar el expediente existente con los antecedentes de la investigación, como base para su pronunciamiento.

Cuando los razonables titubeos del gobierno de México evidenciaron las dificultades en alcanzar un acuerdo, los cultivadores de Florida se resolvieron

a reactivar el procedimiento antidumping dentro del plazo restrictivo que habían convenido con el Departamento del Tesoro y reingresaron su petición el 1o. de octubre de 1979. La resolución definitiva posterior había de dar la razón al gobierno y a los exportadores de México.

Normas Jurídicas

La Sección 737 de la Ley de Convenios Comerciales de 1979 de Estados Unidos establece, en síntesis, que constituye dumping la venta efectiva o posible de una mercancía en ese país a menos de su justo valor, si por esa causa se provoca un perjuicio material a su industria o se retarda materialmente la instalación de una industria en él. En este caso se impone a la mercancía respectiva un impuesto, en un monto igual a la suma en que el valor en el mercado extranjero exceda el precio en Estados Unidos de la mercancía.

En la Ley de Convenios Comerciales de 1979 el "valor justo" es un concepto complejo que debe ser estimado con base en una comparación entre "el valor en el mercado extranjero" y el "precio en los Estados Unidos".

El valor en el mercado extranjero puede establecerse:

– Con base en el precio del país de exportación, que es la modalidad más ordinaria y que debe corresponder al precio que prevalecía al tiempo de la exportación y respecto de idéntica o similar mercancía vendida;

– En ausencia de esas ventas, pueden servir de base las ofertas para la misma finalidad en los principales mercados del país desde el cual se exporte, en las cantidades del mayoreo usual y en el curso ordinario del comercio;

– Cuando hecha la investigación de un período representativo, las ventas de igual o similar mercancía para el consumo sean insuficientes, esto es muy escasas y, en cambio la cantidad exportada a otros países (entre los que no esté E.U.A.), puedan constituir base adecuada para determinar "el valor en el mercado extranjero" de las mercancías, ese valor será determinado, bien en relación al precio en que la mercancía o su similar se venda o se ofrezca vender para la exportación a países distintos de E.U.A., bien en relación al llamado "valor constituido".

El precio en los Estados Unidos es el segundo factor para configurar el "valor justo", y es el precio de venta del exportador de la mercancía bajo investigación, el precio en que la mercancía se vende o se acuerde vender antes de la fecha de la importación, por el fabricante o productor de ella, para su exportación a E.U.A.

Por otra parte, es necesario destacar que bajo la Ley Antidumping de 1921, el impuesto especial de dumping podía imponerse siempre que una nueva Ley de 1979 cambió esta norma exigiendo que las importaciones bajo dumping sean una fuente o amenaza de perjuicio material a una industria o de establecimiento de una industria, antes de que se imponga el impuesto

CUADRO III

VOLUMEN Y VALOR DE LA PRODUCCIÓN DE TOMATES DE FLORIDA
1970-1978

Año	Acres cosechados	Producción (1000 cajas)	Valor (tons. dólar)	Valor total (1000 dólares)
1970-71	40,700	19,437	4.01	77,942
1973-74	34,700	23,020	5.27	121,315
1975-76	38,300	29,293	5.51	161,404
1977-78	41,500	28,550	6.43	181,083

FUENTE: Elaborado por G. A. Zeep and R. L. Simmons. "Producing Fresh Winter Vegetables in Florida and México: (Costs and Competition", USDA Economics, Statistics and Cooperatives Service (ESCS-72), November, 1979.

industria se viere afectada por un perjuicio superior al "de minimus". La especial de dumping. En los términos de la definición del Congreso de E.U.A., el perjuicio material es un daño que no es inconsecuente, inmaterial o sin importancia.

La Comisión de Comercio Internacional debe considerar, al pronunciarse sobre el perjuicio:

1. El volumen de la mercancía bajo dumping supuesto;
2. El efecto de tales importaciones en los precios de productos semejantes en E.U.A. y
3. El impacto de las importaciones para los productores de mercancía semejante.

El dumping constituye una competencia desleal inseparable del perjuicio.

Por otra parte, en varios títulos la ley americana se califica al dumping entre las formas de competencia desleal y esta titulación hace necesario precaver que, si en los hechos en calificación no hay participación voluntaria en la determinación del precio, si no hay deslealtad, no puede haber dumping, aunque se reúnan los otros requisitos.

La determinación del "valor justo"

Tanto de lo que tocó investigar al Departamento del Tesoro, como al Departamento de Comercio, se concluyó que, bien sea por la debilidad del mercado mexicano o por otra causa, no existía una estructura separada adecuada de precios en el mercado de México, para las hortalizas frescas de invierno, en la calidad de exportación, y por lo tanto, no había esa base de apoyo en el mercado mexicano para el cálculo del "valor justo".

De la misma manera que ocurre con la carne de res, cuya producción radica en el norte de México, las necesidades del mercado nacional quedan superadas por la exportación, con base a la alta calidad tecnológica de la producción, lo que beneficia obviamente, también a E.U.A.

Se ha expuesto, en este sentido, que la producción mexicana está organizada en términos internacionales de un aparato integrado por México y E.U.A., apoyado en contratos, y que abarca la producción, el consumo, el intercambio y la distribución de las exportaciones de hortalizas. Esto vendría a significar la creación de un mercado sectorial que haría inaplicables las normas antidumping de E.U.A. que están concebidas para el comercio exterior.

Con motivo de que virtualmente toda la producción de hortalizas frescas de invierno, en la calidad de exportación, es consumida en los mercados externos, la autoridad americana, esto es, el Departamento de Comercio, hubo de establecer "el valor justo" de esas hortalizas con base en los precios comparativos de venta al Canadá, ya que las ventas en el país exportador, es decir México, eran insuficientes, muy escasas.

En estos términos y para la finalidad de considerar si las mercancías respectivas se vendían efectiva o probablemente a menos del "valor justo", la comparación apropiada entre el precio de compra de ellas debió hacerse con el precio de ese tercer país, puesto que los precios del mercado mexicano no podrían haberse usado para la comparación que exige el cálculo del "valor justo", como se ha dicho, ya que las hortalizas de los tipos y calidades en investigación no se venden en México en suficientes cantidades como para estimarse aptas de acuerdo a la ley de E.U.A. En consecuencia, esa comparación se basó en los precios a los cuales las hortalizas frescas de invierno de México se vendían a Canadá.

Siendo así y también, la investigación se limitó a los cultivadores que tenían suficiente número de ventas al Canadá, para hacer una comparación válida.

Para los propósitos de la comparación en referencia, se calculó el "valor justo" con base en el volumen del peso promedio de las ventas diarias de un cultivador de una determinada hortaliza.

Los datos para los fines de calcular el precio de compra se reunieron seleccionando días diferentes de las semanas en investigación, para cada cultivador en análisis y la información se basó en todas las operaciones ejecutadas en tales días por un determinado cultivador. El día tomado en cada semana varió entre los cultivadores. A lo largo de la estación, un determinado cultivador informó sobre operaciones en cada día hábil de la semana.

Durante la secuela de la investigación se planteó si las ventas a un tercer país, en el caso a Canadá, a menos del costo de producción, podían constituir una base válida de comparación para determinar el 'valor justo". El Departamento del Tesoro resolvió que esas ventas podían utilizarse si no constituían más del 50% del total de las ventas.

Aún, los peticionarios insistieron en que la base para determinar el "valor

justo" debió ser el "valor constituido" para las mercancías en cuestión, sistema que consiste en determinar con base a la información disponible en el país exportador, el costo de los materiales y su fabricación o procesamiento, los gastos generales y las utilidades, así como el costo de los empaques y embalajes, si los hubiere, de la mercancía. No obstante, se prefirió el método anteriormente citado, porque la Ley de 1979 le da preferencia frente al sistema del "valor constituido", cuando los precios del mercado doméstico no pueden ser empleados.

El muestreo de movimientos de precios en la estación de invierno, tanto en E.U.A. como en Canadá, determinó una coincidencia.

La supuesta disminución de precios

El Departamento de Comercio fue terminante: la investigación no produjo evidencias de que hubiere existido disminución de precios, intencionales o de otra naturaleza, en las ventas de hortalizas de invierno a E.U.A. y Canadá. Esto aún considerando la conducta de los consumidores americano y canadiense frente al producto, las que eran coincidentes. En ambos mercados las condiciones de la demanda y del abastecimiento agregado coincidían. Del mismo modo que en el mercado americano, en el canadiense se presentan las fluctuaciones diarias de precios a causa de los factores ya analizados. Asimismo, Canadá no es un mercado viable para ventas de producto de baja calidad o excedidos en madurez, por ejemplo, y si así lo fuere, es mínima la incidencia de esa mercancía en las ventas totales. En ambos mercados la hora de las ventas, durante el día, tiene un impacto significativo en el precio. Las variaciones en los precios dependen del horario en que hay mayor demanda y tienden a bajar al finalizar el día, en tanto que los vendedores tratan de minimizar los costos y no incurrir en almacenaje de la mercancía no vendida que pernocte en bodegas.

Los productores mexicanos resultaron no ser responsables de los actos imputados. Aún más, no existió el dumping, porque no hubo precios discriminatorios en las ventas de hortalizas frescas de invierno a los mercados comparativos de E.U.A. y Canadá, a que, en los términos de la ley, se remitió el Departamento de Comercio. El ánimo predatorio que se configura al imponer un precio inferior al que las consideraciones de una legítima utilidad determinan, para implantar un poder monopólico que logre abatir al competidor, no se presentó.

Todo lo anterior, sin considerar que los productores mexicanos fueron ajenos a toda determinación de precios que dependió efectivamente de las fuerzas del mercado, de la oferta y la demanda, o en su caso, de la participación de los "brokers" americanos que prescinden de la voluntad de aquéllos, para establecer los términos de la compraventa.

Otra consideración

A pesar de que la Ley Antidumping de Estados Unidos no excluye a los productos perecederos de sus normas, al aplicar la ley la autoridad no puede prescindir de la situación concreta que afecta a estos productos y que determina las variaciones en sus precios incluso durante un mismo día. En todo caso, la ley otorga suficiente flexibilidad para que el Departamento de Comercio considere los factores que emergen en el caso de productos agrícolas perecederos, al determinar si estos productos son o probablemente sean vendidos a menos del "valor justo". El Departamento de Comercio es facultado por la ley para interpretarla en términos que reflejen la realidad económica y su consecuencia con esa legislación. En relación a ello es que en el caso ese Departamento ha actuado tomando en consideración las características particulares de las hortalizas frescas de invierno en la producción y colocación en el mercado.

La resolución

Con ese mérito, se pronunció la resolución final en este caso, la que se publicó en el Federal Register del 28 de marzo de 1980. En ella el Departamento de Comercio declaró que en la investigación sobre antidumping respecto de las hortalizas frescas de invierno producidas por México se ha establecido que éstas no se venden a menos del "valor justo", dentro del sentido de la Sección 735 de la Ley de Aranceles de 1930 y sus modificaciones.

El resultado así obtenido fue producto del empleo de los criterios ya señalados, de los que se concluyó que el precio de venta en E.U.A. no fue inferior al precio en un tercer país, para el caso Canadá, de esas mercancías.

Toda la verificación de los hechos fue cumplida por los funcionarios del Servicio de Aduanas de E.U.A., los que tuvieron acceso al total de la documentación de los cultivadores mexicanos incluidos en la investigación.

Cuando la información específica no pudo verificarse, se utilizó la más veraz.

Los cultivadores de Florida no han aceptado esa resolución final y el caso se encuentra aún en revisión, la que debe ser evaluada próximamente.

Conclusión

1o. Puede preverse, existiendo recursos pendientes al fallo comentado, que ya no podría ser modificado su pronunciamiento apoyado en tan elementales y justas apreciaciones, salvo que se considere otros fundamentos, no presumibles, de mayor valor.

2o. Para las hortalizas frescas de invierno y los otros productos perecederos que se venda a E.U.A., aunque la ley americana no los excluya de las

investigaciones sobre antidumping, en los hechos siempre aparecerán circunstancias que hagan inaplicable su penalización, salvo que no haya influencia alguna de la hora de la venta en el día, de aspectos tales como el grado de maduración progresiva de los productos, y, en general, de la oferta y la demanda en el precio de la mercancía, cosa que parece imposible, en este tipo de operaciones.

3o. Ha quedado en evidencia para el mercado de Canadá la existencia de triangulación, hecha por los "brokers" americanos, de las hortalizas frescas de invierno de México, lo que significa una verdadera tutela comercial que impide al producto mexicano controlar los precios de sus mercancías en el mercado de Canadá (si bien tampoco los controla en este caso en el mercado de E.U.A.), así como cultivar el cliente y significa, a la vez, la pérdida de una parte substancial del precio.

4o. Se hace necesario mantener el mercado americano de estos productos y analizar los factores de competitividad disminuidos, sin perjuicio de la diversificación de mercados que permite, entre otros beneficios, no quedarse con la producción en casa cuando posteriormente surjan otras barreras comerciales.

Doctrina III

Sección especial de Historia del Derecho

GREGORIO CASTELLANOS Y LOS ORÍGENES DE LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

I. *Introducción.*

Muy oscura ha sido, y poco clara queda aun en nuestros días, la cuestión relativa a los orígenes de la enseñanza de la Historia del Derecho en nuestro país. Ciertamente sabemos que en la Escuela Libre de Derecho a partir del año de 1917, y a iniciativa de D. Manuel Herrera y Lasso (1890-1967) y de D. Carlos Díaz Duffo Jr. (1888-1932), se implantó por primera vez ,de manera permanente en el Distrito Federal, la cátedra de Historia del Derecho como disciplina autónoma.[1] Ya antes en los Colegios de San Gregorio y San Juan de Letrán de México se intentó establecer, por decreto de 12 de noviembre de 1834, la cátedra de *Historia del Derecho civil romano canónico patrio y del derecho natural*,[1 bis] y años después, en 1854, se había establecido en la capital federal el estudio de la *Historia de los Tratados*;[2] en 1861 la *Historia del Derecho Natural*;[3] y en el *Plan de Estudios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* de 1889 se estableció, transitoriamente sólo por cinco años, —en tanto se implantase la cátedra de Filosofía del Derecho— para los alumnos del sexto año, la *Historia general del Derecho*.[4] El *Plan* de 1907 para la misma Escuela Nacional contempló las cátedras de *Historia de las Instituciones Civiles, Historia de las Instituciones Penales* e *Historia de las Instituciones Constitucio-*

[1] *Cfr.* Manuel López Medina. "La Escuela Libre de Derecho y el Derecho Romano", ponencia presentada en el *Primer Coloquio italo-mexicano de Derecho Romano* en agosto de 1982. En Prensa. "Dos proyectos de Plan de Estudios para la Escuela Libre de Derecho", en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho,* Tomo II, núms. 15 y 16, de 24 de enero y febrero de 1917.

[1 bis] Lucio Mendieta y Núñez. *Historia de la Facultad de Derecho.* 2a. ed., México, UNAM. p. 126.

[2] "Plan general de estudios", de 19 de diciembre de 1854; en *Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República.* Ordenada por los licenciados Manuel Dublán y José Ma. Lozano. México, Imprenta del Gobierno, a cargo de Dublán y Lozano Hijo, 1876 y ss. Tomo VII, pp. 344-369.

[3] "Decreto sobre el Arreglo de la Instrucción Pública", en Dublán y Lozano, *op. cit.,* Tomo IX, 1878, pp. 150-158.

[4] En *Revista de Legislación y Jurisprudencia,* publicada por Emilio Rabasa y Víctor Manuel Castillo, enero-julio de 1889, p. 76.

nales, para la formación de los especialistas en Derecho Civil, Penal y Constitucional, respectivamente.[5]

En los estados de la federación el panorama fue distinto, siguiéndose un camino más o menos independiente a lo ocurrido en la enseñanza jurídica de la ciudad de México. Poco se han estudiado los planes de estudio para la carrera de Abogado elaborados por los gobiernos estatales a lo largo del siglo XIX, pero creemos que, al menos por lo que a algunos Estados se refiere, y a reserva de encontrar nuevos datos respecto de otros, introdujeron la enseñanza de la *Historia del Derecho* antes que el Distrito Federal.

Hacia 1872, en el *Instituto Científico y Literario del Estado de México,* existió la materia de *Historia de los Derechos,* aunque posteriormente fue suprimida.[6] En el plan de estudios elaborado para el *Primitivo y Nacional Colegio de San Nicolás* de Morelia, de 1877, se señaló la *Historia del Derecho* para el cuarto año de estudios.[7] La *Ley de Instrucción Pública del Estado de Guanajuato* de 1882, estableció la enseñanza del *Derecho histórico, romano y español,*[8] y en Puebla, la *Ley de Instrucción Pública* de 1893, determinó que los alumnos del tercer año cursarían *Historia del Derecho en la Antigüedad,* los de cuarto *Historia del Derecho en la Edad Media y en los tiempos modernos*; y los del quinto año, *Historia del Derecho Patrio.*[9] En algunos de estos lugares la enseñanza de la Historia del Derecho no pasó más allá del papel, pero en otros alcanzó plena efectividad, logrando, inclusive, producir los primeros textos de una literatura histórico-jurídica nacional destinada a servir a los estudiantes de la carrera del Foro, escrita por unos hasta ahora ignorados pioneros de la enseñanza de la Historia del Derecho en nuestro país. Este es, precisamente, el caso de Tabasco y de D. Gregorio Castellanos Ruiz.

II. *La literatura histórico-jurídica mexicana durante el siglo XIX*

Cuando Castellanos dio a la luz su *Compendio Histórico sobre las Fuentes del Derecho* probablemente pudo percibir en su magnitud, aun alejado como

5 *Vid.* "Plan de estudios de la Carrera de Abogado y de las de Especialistas en ciencias Jurídicas y Sociales", en *Diario Oficial. Estados Unidos Mexicanos,* de 19 de enero de 1907.

6 "Plan de estudios profesionales de las carreras de jurisprudencia y profesorado de instrucción primaria establecidas conforme al decreto de 19 de octubre de 1872", en Elizabeth Buchanan. *El Instituto de Toluca bajo el signo del positivismo.* Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 1981, p. 108.

7 "Ley de instrucción pública del Estado", de 2 de julio de 1877; en *Recopilación de Leyes, Decretos, reglamentos, y circulares expedidas en el Estado de Michoacán.* Formada y anotada por Amador Coromínas... Morelia, Imprenta de los hijos de I. Arango, 1886 y ss. Tomo XXIV, pp. 77-78.

8 *Vid. Decretos expedidos por el 9o. Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Guanajuato 1880-1882.* Guanajuato. Imprenta del Estado a cargo de Rafael Martínez, 1886.

9 "Ley de Instrucción Pública, orgánica del Título XI de la Constitución", de 27 de marzo de 1893. En *Periódico oficial del Estado de Puebla,* Sección de Leyes y demás disposiciones obligatorias expedidas por el Gobierno Federal y por el del Estado. Tomo I, año de 1893, Puebla, Imprenta de José Ma. Osorio.

estaba en aquel provinciano San Juan Bautista de 1896, el verdadero estado en que se encontraban los estudios acerca de la Historia del Derecho en el resto del país en relación al existente en Europa. El enfrentó una situación local que en su concepto requería urgente remedio, pero ante la carencia de uno en el país, se decidió por emprender la fabricación del mismo, y al hacerlo estaría editando, sin darse clara cuenta de ello, lo que hasta este momento parece ser el primer libro de texto más o menos sistemático que sobre Historia del Derecho se escribió en nuestro país.

Poquísimas referencias tenemos de una literatura histórico-jurídica producida con anterioridad al libro de Castellanos:

El pasante de Abogado, D. Francisco León Carbajal, había leído en varias sesiones ante la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica, un *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos* durante el año de 1863,[10] que, al decir de D. Miguel S. Macedo, no debía ser "considerada obra de mérito y autoridad" por no ocurrir al examen de las fuentes directas,[11] pero que indudablemente tiene el mérito de iniciar en nuestro país los estudios en torno al Derecho indígena precortesiano.

Durante junio de 1873, un jurista que recientemente Beatriz Bernal ha desempolvado del anonimato, Luis Castañeda, escribió, como colaborador de la revista *El Foro,* una serie de interesantísimos artículos referentes a la historia de la recepción del Derecho Romano en Europa, dando a conocer al público mexicano, en forma elegante, amena y elemental, los razgos más sobresalientes de las distintas escuelas jurídicas desde los glosadores hasta Savigny.[12] Un año más tarde, Manuel M. Ortiz de Montellano, concluyó una *Génesis del Derecho Mexicano,* que no fue publicada sino hasta 1899, muerto ya su autor.[13] Y en 1897 D. Isidro Rojas publicó su elemental *Evolución del Derecho en México.*[14]

10 *Discurso sobre la Legislación de los Antiguos Mexicanos,* por D. Francisco León Carbajal, pasante de abogado y socio correspondiente de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, leído en la Academia de Jurisprudencia teórico-práctica en varias sesiones del año de 1863. México, Tipografía de Juan Abadiano, 1867.

11 *Vid.* la *Advertencia* de Miguel S. Macedo al libro de J. Kohler. *El Derecho de los Aztecas,* traducido del alemán por Carlos Rovalo y Fernández. México, Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Compañía Editorial Latino-Americana, 1924, p. VI.

12 Ponencia presentada en el *Primer Coloquio italo-mexicano de Derecho Romano,* celebrado en la Ciudad de México, en agosto de 1982. En Prensa. *Vid. El Foro, Periódico de Jurisprudencia y de Legislación.* Los artículos principiaron en el No. 14 correspondiente al 18 de junio de 1873.

13 Manuel M. Ortiz de Montellano. *Génesis del Derecho Mexicano. Historia de la legislación de España en sus colonias americanas y especialmente en México.* México, Tipografía de T. González Sucs., 1899. *Vid.* especialmente las "Dos palabras al lector" escrita por D. Pablo Macedo y Emilio Pardo Jr.

14 Isidro Rojas. "La evolución del Derecho en México", en *Boletín de la Sociedad de Geografía y Estadística de la República Mexicana,* México, cuarta época, tomo IV, 1897, pp. 290-307.

Ninguno de estos escritos tuvo el propósito de sistematizar pedagógicamente y de forma más o menos completa la exposición de la Historia del Derecho; ni mucho menos, relacionar entre ellos, ni con la Historia del Derecho mexicano, los elementos integradores y formativos de éste. Sus características, derivadas del fin informativo para el cual fueron elaborados, les impidieron analizar con mayor detenimiento, sistema, y profundidad, los orígenes de las fuentes y las fuentes mismas de los derechos que influyeron en el Derecho mexicano. El libro de Castellanos representa, por el contrario, el primer intento por lograr una exposición sistemática de esas fuentes; su indudable carácter pedagógico, determinado por la existencia en el "Instituto Juárez" de San Juan Bautista de un curso de Historia del Derecho, obligaban a ello, aunque fuera —como lo fue— de una manera imperfecta, elemental, incompleta, y con una grandísima falta de originalidad en su contenido. Y es que las condiciones culturales del país, y concretamente las de Tabasco, aunadas a la ausencia de buenos textos europeos, no permitían otra cosa que el abuso de los pocos que se hallasen, sumando las partes más importantes de unos y otros para completar una exposición ordenada.

III. *Un Estado ansioso de cultura*

Si bien Gregorio Castellanos nació en Campeche su vida pública y académica habría de transcurrir en el vecino estado de Tabasco, en cuya capital, San Juan Bautista —hoy la agraciada Villahermosa— habría de morir.

El Tabasco posterior al triunfo de la República era, en opinión de D. Joaquín Casasús (1858-1916), el "Estado de la República más atrasado, el que menos había hecho por el avance de la civilización, el único donde se vivía entre sombras, a pesar de sus poderosos elementos, a pesar de que él era uno de los que debían progresar más".[15] Con un territorio feraz, bello y cruzado de ríos, con 'sabanas inmensas como las pampas argentinas";[16] verde todo el año por aquello de que "seis meses son de aguas y seis de aguaceros",[17] sin embargo la cultura no tenía en él su mejor acogida. Sin mayores vías de comunicación con los centros culturales del país, atrapado en una geografía que predisponía al éxodo constante de una escasa población interesada por la ciencia y los estudios, se entiende que durante muchos años careciese de establecimientos educativos superiores y que se malograran los reducidos intentos por fundarlos, llevados a cabo por algunos inquietos ta-

[15] "Discurso pronunciado por el C. Joaquín D. Casasús en la solemne instalación del Instituto Juárez en San Juan Bautista de Tabasco", el 1o. de enero de 1879. En *Documentos para la historia de la cultura en Tabasco*. Villahermosa, Gobierno del Estado de Tabasco, 1976, p. 125. También en *Instituto Juárez de Tabasco (Primer Centenario de su Fundación)*. Villahermosa, Tab. Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1979, p. 68.

[16] Rafael Domínguez. *Añoranzas del Instituto Juárez*. Vilahermosa, Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1979, p. 21.

[17] *Idem*, p. 33.

basqueños. Además, "la eterna rémora de todo progreso, nuestras disensiones políticas", eran consideradas por el Doctor Simón Sarlat Nova (1839-1906) como las causas que impedían a Tabasco contar con los colegios e institutos en los que su juventud se cultivase en las ciencias o en las artes.[18]

Sin embargo, el triunfo de la República sobre el Imperio y la consolidación del liberalismo federalista provocaron que los mexicanos creyesen en una paz duradera y en el desarrollo de una instrucción pública que debía de ser controlada o dirigida por el Estado, por lo que a su logro se encaminaron los esfuerzos de las mentes más ilustradas de todo el país. Pero en Tabasco, durante los años posteriores a la victoria liberal, los "habitantes todos del Estado veían con pesar sucederse las administraciones pasadas y discurrir con ellas, los días, los meses y los años, sin esperanzas de que se estableciese una casa de estudios, en donde aquéllos fuesen convenientemente educados",[19] hasta que una vez ganada "la voluntad de obrar", provocado "el deseo de mejorar la condición del pueblo tabasqueño",[20] el 1o. de enero de 1879, bajo el segundo gobierno del Dr. Sarlat Nova (1877-1880), se inauguró solemnemente el Instituto Juárez en la capital tabasqueña. Esta institución habría de ser con el tiempo un importantísimo foro de la cultura del sureste de la República, dentro del cual habría de formarse una serie de profesionistas en los más diversos campos del conocimiento que darían lustre a la cultura nacional.[21] A la formación de aquellos a los que su vocación inclinó hacia el estudio del Derecho contribuyó D. Gregorio Castellanos por muchos años con las cátedras que impartió en el Instituto.

IV. *La enseñanza de la Historia del Derecho en Tabasco*

El primer plan de estudios que rigió la vida académica del Instituto no incluyó la instrucción superior.[22] Fue hasta el año de 1882 en que ésta se inició, al aprobarse por el Congreso local un nuevo *Reglamento y Plan de Estudios del Instituto Juárez*.[23] Se establecieron, entre otros, los estudios ne-

[18] "Discurso pronunciado por el C. Simón Sarlat, Gobernador del Estado de Tabasco". En *Documentos...*, p. 71. *Instituto...*, p. 18.

[19] "Discurso pronunciado por el C. Lic. Serapio Carrillo, Prefecto y Catedrático del Instituto Juárez". En *Documentos...* p. 96. *Instituto...* p. 40.

[20] "Discurso pronunciado por el C. Manuel Foucher, en la inauguración del Instituto Juárez". En *Documentos...* p. 107. *Instituto...* p. 52.

[21] Félix Fulgencio Palavicini, Belisario Becerra, Francisco J. Santamaría, Nicanor Gurría Urgell, Andrés Iduarte, Justo Cecilio Santa Anna, Querido Moheno Tavares, etc.

[22] *Vid. La Reforma. Órgano oficial del Gobierno del Estado de Tabasco*, de 4 de enero de 1879, y de 7 de enero de 1880. El Instituto se inauguró el 1o. de enero de 1879; su primer *Plan de estudios y Reglamento interior* se promulgó el 12 de noviembre de 1878, bajo el gobierno del Dr. Sarlat.

[23] Decreto del 17 de octubre de 1881. *Vid.* "Reglamento y Plan de Estudios del Instituto Juárez", en *La Reforma* de 4 de febrero de 1882. Se aprobó bajo el gobierno de D. Manuel Foucher, vice-gobernador de Tabasco. El proyecto de reformas del anterior plan de estudios se había puesto a discusión del Congreso desde el 7 de febrero de 1881,

cesarios para ejercer la carrera del Foro, mismos que se integraron con los conocimientos preparatorios forzosos; latín, elementos de lógica, estética e ideología; y los "principios de la ciencia jurídica por el libro de texto que oportunamente se determine, precedidos por la *historia del Derecho patrio desde la consumación de la independencia*".[24] Tempranamente comprendía Tabasco la importancia que representaba el estudio de la Historia del Derecho para el cabal entendimiento de la ciencia jurídica. Pero además, aunque otros estados de la República manifiesten posterior interés en la Historia del Derecho, será Tabasco desde aquel año, el estado que destaque, precisamente, la necesidad de estudiar específicamente el Derecho habido en nuestro país desde su nacimiento como Estado independiente. El *Plan* aprobado no contuvo una concreta regulación de los estudios jurídicos indispensables para el ejercicio de la profesión de Abogado, pero aún en la forma genérica en que los contempló no pudo negarse a mencionar expresamente la Historia del Derecho mexicano.

Dos años después, en uso de facultades concedidas por el Congreso local, el Gobernador D. Manuel Mestre expidió un tercer plan de estudios en el cual ya se detallaron las materias de la carrera de jurisprudencia. En las relativas al primer año –y en primer lugar– encontramos la *Historia del Derecho* junto con los primeros cursos de Derecho Natural y de Derecho Romano.[25] Esta vez la Historia del Derecho no se refería, al menos en la letra de la ley, concretamente al Derecho mexicano. Los textos para estas disciplinas –disponía el artículo 19 del plan– se fijarían por la junta general de catedráticos, cada dos años, durante las vacaciones, dándosele cuenta al Ejecutivo estatal para su aprobación. No sabemos qué texto se usó durante estos primeros años para la enseñanza de la Historia jurídica en el Instituto Juárez, pero hacia 1890 el libro aprobado era el de "Lerminces" [sic], impartiendo la materia el Licenciado Rodolfo Prieto,[26] quien, sin embargo, al

y la parte relativa a los estudios jurídicos no fue modificada por el plan definitivo. *Cfr. La Reforma* de 9 de abril de 1881.

24 *Vid. La Reforma*, 4 de febrero de 1882. Artículo 15 del plan.

25 *Vid. La Reforma*, de 31 de diciembre de 1883. Decreto de 28 de diciembre de 1883.

26 "Cuadro sinóptico del Instituto Juárez en el año fiscal de 1889 a 1890". En *Memoria sobre el estado de la Administración Pública de Tabasco presentada a la H. Legislatura por el Gobernador Constitucional C. Simón Sarlat*. Diciembre 8 de 1890. 2a. edición facsimilar. México, Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1979, p. 124.

Seguramente por un error de impresión Lerminier fue sustituido por "Lerminces", autor del cual no tenemos noticia alguna. En cambio la presencia de Jean Louis Eugene Lerminier (1803-1857) aparece en forma constante en Tabasco: Castellanos lo menciona como una de las fuentes de su libro (*Vid. Compendio*... p. 3), y en los "Textos aprobados por la Junta de Catedráticos del Instituto para el año escolar de 1895 a 1896" para la carrera de abogado se señaló la *Introduction Générale á l'histoire du droit* de este autor, editada por primera vez en Bruselas y París en 1829, y que alcanzó varias ediciones a lo largo del siglo XIX, si bien no conocemos que haya sido traducida al castellano (*Vid. The National Union Catalog Pre-1956, Imprints*. Mansell Information Publishing Limited, 1970, T. 100. *Cfr.* con *Manual del Librero Hispanoamericano*. 2a. ed. Barcelona-Madrid, Antonio Palau, 1950). Profesor de la Historia de las legislaciones comparadas del

año siguiente prefirió a Heineccio y al *Sala Mexicano* para los exámenes finales del curso.[27] En 1887, había sido el Licenciado Domingo León el profesor de la materia, y probablemente su primer expositor, aunque no sabemos qué texto eligió para su curso.[28]

La Historia del Derecho continuó incluyéndose en los planes de estudios promulgados por el gobierno tabasqueño. El 20 de septiembre de 1888, D. Simón Sarlat expidió uno nuevo que ubicó la enseñanza histórico-jurídica en el cuarto año de la carrera de jurisprudencia; lugar que no abandonaría por años.[29] Este plan fue sustituido por el de 9 de agosto de 1892, que no hemos localizado pero que no debió de introducir modificación alguna en

Colegio de Francia, Lerminier escribió, además, *De possessione analytica Savignianeae doctrinae expositio; Philosophie du Droit; De l'influence de la Philosophia du dix-huitième siècle sur la législation et la sociabilité du dix-neuvième*, etc. La *Introduction* constituye un factor importantísimo para explicar la recepción de las ideas de Savigny y de su Escuela Histórica en América; concretamente en Argentina fue determinante para la elaboración del *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, del ilustre jurista y diplomático Juan Bautista Alberdi (1810-1884) quien confiesa que: "Abrí a Lerminier y sus ardientes páginas hicieron en mis ideas el mismo cambio que en las suyas había operado el libro de Savigny" (citado por Federico A. Torres Lacroze. "Influencia del positivismo en la Historia del Derecho"; en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, No. 11, 1960, p. 177). En México, en 1857, Florentino Mercado recomendaba ya la *Introduction Générale*, en su segunda edición parisina de 1835, misma que hemos manejado nosotros en un ejemplar que perteneció al ilustre chiapaneco, maestro de la Escuela Libre de Derecho, D. Nicanor Gurría Urgell, también propietario de la edición original del *Compendio* que hemos usado. (*Vid.* Florentino Mercado .*Libro de los Códigos ó prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*. México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857, p. 112). Principal divulgador de la obra de Savigny en lengua francesa, Lerminier estructuró su libro en base a la exposición doctrinal de los autores que desde el siglo XII fueron conformando la ciencia jurídica occidental de tradición romanista. En sendos apéndices de su *Introduction* analizó brevemente la *Histoire du droit romain pedant le moyen age*, de Savigny. (*Vid.* Lerminier. *Introduction générale a l'histoire du Droit*, Seconde edition, París, Chamerot Libraire-editeur y Alex-Gobelet, libraire, 1835). Para más datos sobre la vida de Lerminier, *Vid. Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, etc.*, Londres, W. M. Jackson editor, s/a., Tomo XII; y *Novissimo Digesto Italiano*. Tomo IX, p. 741. *Vid. Periódico Oficial*... de 27 de julio de 1895.

27 *Vid.* "Programa de los exámenes generales del Instituto Juárez" en *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tabasco*, de 13 de junio de 1891. El texto de Heineccio utilizado era, en 1887, las *Recitaciones* que habían sido traducidas al castellano por D. Luis Collantes. [*Vid.* J. Gottl. Heineccio. *Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta*. Traducción de D. Luis de Collantes. Revisada de nuevo por D. Vicente Salvá. 2a. ed., París, Librería de Don Vicente Salvá, 1847, 3 vols. Una "nueva edición muy mejorada en lo tocante al derecho español" apareció posteriormente, aunque sin especificar el año, en París, Librería de Garnier Hermanos. Estas ediciones fueron precedidas de un *Compendio histórico del Derecho Romano hasta nuestros días*, escrito por M. Dupin]. *Vid. Sala Mexicano ó sea: la ilustración al Derecho Real de España que escribió el Doctor D. Juan Sala*... México, Imprenta de la Calle de Chiquis, dirigida por Luis Vidaurri, 1845-1849, 4 tomos. [Fué editada por Mariano Galván Rivera]. *Periódico Oficial*..., de junio de 1887.

28 "Programa de los exámenes generales del Instituto Juárez, que comenzarán el día 16 y terminarán el 30 del presente junio", en *Periódico Oficial*..., de 11 de junio de 1887.

29 *Vid. Periódico Oficial*..., de 26 de septiembre de 1888.

lo relativo a la disciplina que nos ocupa, toda vez que en el siguiente *Plan de Estudios del Instituto Juárez,* de 13 de junio de 1895, figura como materia obligatoria en el programa de estudios correspondiente al cuarto año de estudios.[30] En este mismo año, y sólo un mes después, se aprobó el libro de Eugenio Lerminier, *Introduction générale á l'histoire du droit,* como texto de la materia para el año escolar de 1895 a 1896.[31] Pero para el curso siguiente fue aprobado ya el *Compendio histórico* por la junta de catedráticos del Instituto;[32] texto que habría de utilizarse por más de diez años en la formación de los abogados tabasqueños.

En 1899 D. Abraham Bandala (1838-1916), gobernador constitucional del Estado, promulgó una reforma al plan de estudios del Instituto que no significó mayor cambio para la enseñanza de la Historia del Derecho.[33] Tampoco sufrió alteraciones en el nuevo plan de estudios aprobado por el Congreso local, promulgado el 22 de mayo de 1902;[34] ni en el plan de 30 de agosto de 1907, promulgado por el perpetuo gobernador Bandala.[35] Para esta fecha Don Gregorio Castellanos había ya muerto. Su libro le sobreviría pocos años más como texto en la cátedra de Historia del Derecho, hasta que en el año escolar de 1908-1909 fuera sustituido por la exposición histórica del *Curso* de D. Jacinto Pallares (1841-1904).[36] La enseñanza de la Historia del Derecho en Tabasco continuó impartiéndose desde las aulas del Instituto Juárez aun después de la Revolución Maderista. Todavía la encontramos en 1913, en el XXXV año escolar de esta institución, pero tal parece que después desapareció de su plan de estudios, perdiéndose de la memoria tabasqueña Castellanos y su *Compendio histórico* hasta el año de 1978.[37]

30 *Vid. Periódico Oficial...,* de 15 de junio de 1895.

31 *Vid. supra,* nota 25.

32 *Periódico Oficial...,* de 29 de agosto de 1896.

33 "Reforma al Plan de Estudios del Instituto Juárez", en *Periódico Oficial...,* de 30 de agosto de 1899. Decreto de 15 de agosto de 1899.

34 "Plan de Estudios del Instituto Juárez", en *Periódico Oficial...,* de 24 de mayo de 1902.

35 "Plan de Estudios del Instituto Juárez", en *Periódico Oficial...,* de 31 de agosto de 1907.

36 *Curso completo de Derecho Mexicano, ó Exposición Filosófica, Histórica y Doctrinal de toda la Legislación Mexicana,* por el Lic. Jacinto Pallares... México, Imprenta, litografía y encuadernación de I. Paz, 1901. *Vid. Periódico Oficial...,* de 22 de agosto de 1908.

37 *Vid.* "Cuadro que manifiesta el resultado general de los Exámenes ordinarios verificados en el Instituto Juárez, en el mes de junio próximo pasado, correspondiente al XXXV año escolar", en *Periódico Oficial...,* de 16 de julio de 1913. Respecto de la supresión de la cátedra de Historia del Derecho en el Instituto *cfr.* la *Introducción* a las ediciones facsimilares del *Compendio,* México, 1978 y 1979. No fue, sin embargo, esta supresión la causa de que el libro de Castellanos dejara de ser usado en el 'Juárez" sino la aparición de una obra que en opinión de los catedráticos resultaba más idónea para la enseñanza de la historia jurídica nacional.

V. *Su vida*

Don Gregorio Castellanos Ruiz nació en Campeche el año de 1854. Cursó sus estudios en el Instituto Campechano, habiendo obtenido en él los títulos de Bachiller en Ciencias y en Jurisprudencia, "recibiéndose como abogado en 1874".[38] Por motivos políticos emigró al vecino estado de Tabasco en 1887, residiendo en éste hasta que la tuberculosis lo llevó a la tumba, a los 52 años de edad, el 5 de mayo de 1906.[39] Su vida profesional transcurrió en la no tan apacible vida provinciana de San Juan Bautista, dividida entre el ejercicio de una profesión liberal; la judicatura y la magistratura; la enseñanza de diversas disciplinas jurídicas en las aulas del Instituto Juárez; la redacción de algunos de sus alegatos, discursos y de su *Compendio* y, durante breve tiempo, la labor periodística.

Al año de su llegada a la capital tabasqueña pronunció un discurso en el teatro de la ciudad en honor a los héroes de la Independencia nacional, como orador oficial nombrado por la Junta Patriótica encargada de organizar los festejos conmemorativos del mes de la Patria.[40] El 18 de julio de 1889, ya como juez de primera instancia de lo civil del Partido del Centro, habló en la velada fúnebre organizada en honor de D. Benito Juárez. De las palabras que pronunció en aquella ocasión podemos deducir el carácter liberal y positivista del pensamiento de D. Gregorio; en efecto, al referirse al Benemérito, lo llamó primero "hijo predilecto de la moderna filosofía", para después destacar su labor en pro de una libertad contraria al Trono y al Altar:

> "En su basto cerebro iluminado por la ciencia, abrazó la grandiosa idea que la reforma y la revolución francesa lanzaran a la humanidad, y que ha venido desarrollándose aún en el seno de las sociedades más envilecidas: la libertad individual y política en todas sus manifestaciones".[41]

La llegada a Tabasco y la actuación pública de Castellanos coincide con el tercer ejercicio del poder ejecutivo del Estado del Doctor Sarlat (1887-1894), fundador del Instituto Juárez. Fue quizá este pro-hombre de Tabasco

38 Francisco J. Santamaría, *Bibliografía general de Tabasco.* México, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores. MCMXXX, Tomo I, p. 369. (Monografías Bibliográficas Mexicanas, No. 16). En esta obra se aportan los principales datos sobre la vida de Castellanos, recabados por el autor, del sobrino de aquél, V. Castellanos Q., y se acompaña un dibujo del busto del autor del *Compendio.* Santamaría señala como año del nacimiento de Castellanos 1848, pero al ocurrir su muerte en 1906 se dijo que tenía 52 años, por lo que habría nacido en 1854. *Cfr., infra* nota siguiente. Queda, pues, esta cuestión sujeta a discusión. Manuel A. Lanz, *El Instituto Campechano, Ensayo histórico,* 3a. edición, Campeche, Talleres de Offset Golfo de Campeche, 1981, p. 216.

39 *Periódico Oficial...,* de 9 de mayo de 1906, y Santamaría, *loc. cit.*

40 *Periódico Oficial...,* de 19 de septiembre de 1888.

41 "Discurso pronunciado por el Sr. Juez de primera instancia Lic. Gregorio Castellanos", en *Periódico Oficial...,* de 20 de julio de 1889. El discurso también se publicó por separado, *Vid.* Santamaría, *op. cit.,* p. 290.

el protector y promotor de aquél, que bien debió mostrarse agradecido si atendemos a que en diciembre de 1894 lo encontramos formando parte de la "Junta de Amigos del Dr. Sarlat", integrada para organizar las fiestas con que Tabasco homenajeó al impulsor de su cultura.[42] Durante este gobierno de Sarlat, Castellanos fue nombrado juez de primera instancia del Partido del Centro del Estado, cargo que conservó hasta mayo de 1891. Este año fue electo magistrado de la 3a. Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado, siendo gobernador interino Don Calixto Merino.[43] Como juez intervino en la Comisión revisora del Código de Procedimientos Penales de Tabasco que se promulgó el 15 de enero de 1890, y cuyo autor fue el Lic. Francisco Pellicer.[44] Antes, a principios de 1889, había sido elegido para integrar el Ayuntamiento Constitucional de San Juan Bautista, correspondiéndole entonces la "Comisión de cárcel" y, junto con el licenciado Gustavo A. Suzarte, la "Comisión de instrucción pública" de dicho Ayuntamiento.[45]

Su amistad con Suzarte debió ser estrecha y ella lo debió llevar a impartir clases en el Instituto que éste dirigía desde mayo de 1888,[46] y a dedicarle, en su oportunidad, precisamente el *Compendio*. Hacia 1890, Castellanos impartía las materias de Derecho Mercantil, llevando como texto el *Código de Comercio*; Derecho Constitucional, basándose en Eduardo Ruiz;[47] y Economía Política, en Garnier.[48] Al año siguiente lo vemos figurando como sinodal en los jurados integrados para examinar en los cursos de Historia del Derecho, Derecho Internacional y Legislación Comparada, si bien no figuró ese año entre los profesores del Instituto por no impartirse en éste las cátedras que él dirigía.[49]

Fue en esa época cuando tuvo una, al parecer, efímera incursión en el

42 *Periódico Oficial...*, de 31 de diciembre de 1894.

43 *Periódicos Oficiales*, de 13 de febrero de 1889, 3 de agosto de 1889, 11 de diciembre de 1889, 15 de marzo de 1890, 27 de diciembre de 1890, 3 de junio de 1891 y 27 de junio de 1891.

44 Así lo menciona el propio Castellanos en la página 226 de su *Compendio*. Los otros miembros de la Comisión revisora fueron los licenciados Gustavo Suzarte y Manuel S. Piñero, quien trabajaron de manera constante, "celebrándose diarias conferencias en la casa del segundo".

45 *Periódico Oficial...*, de 5 de enero de 1889. Poco habrá durado el ejercicio de su cargo en el Ayuntamiento pues ya en febrero de ese mismo año lo tenemos firmando como juez de primera instancia.

46 *Periódico Oficial...*, de 6 de junio de 1888.

47 Eduardo Ruiz. *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo*. México, Tip. de la Secretaría de Fomento, 1888.

48 Joseph Garnier. *Traté d'economie politique sociale ou industrielle. Exposé didactique des principes et des applications de cette science...*, Septiéme édition revue et augmentée, París, Garnier Fréres-Guillaumin et cie., 1873. Hay traducción castellana de un compendio: *Elementos de Economía Política*. Traducidos por D. Eugenio de Ochoa, Madrid, Librería de la viuda de Hernando y Ca., 1891. Estos elementos debieron ser los usados en Tabasco. Curiosamente el ejemplar existente en la biblioteca de la E.L.D., también perteneció a D. Nicanor Gurría.

49 *Periódicos Oficiales...*, de 11 de junio de 1890 y 13 de junio de 1891. Las cátedras se impartían en forma discontinua, atendiendo a las necesidades del Instituto.

periodismo. Junto con los señores Villacorta, Sánchez Ábalos y Becerra Fabre, fundó el *Diario Tabasqueño*, de cortísima duración[50] El ejercicio de la magistratura —a la cual accede, recordemos, en 1891— probablemente truncó esta incipiente labor periodística, pero no así la académica que continuó por años.

Entre los años de 1891 y 1896 empezaría a impartir el curso de Historia del Derecho, pues como catedrático de éste y del curso de Derecho Mercantil se ostenta ya en la portada del *Compendio*. Seguramente por su experiencia en la cátedra de Historia del Derecho en estos años, y como antiguo sinodal en los exámenes de la misma disciplina, percibió las deficiencias que un texto como el de Lerminier tenía para la enseñanza adecuada de la materia en Tabasco, provocándolo a redactar un texto que si bien no fuese del todo original, cuando menos sirviese mejor a los propósitos de la cátedra. Escrito en estos años, y en plena labor como magistrado,[51] Castellanos publicó el texto que habría de darle cierta fama en 1896.

En diciembre de 1895 había pronunciado un nuevo discurso fúnebre, esta vez en memoria del "patriota y distinguido ciudadano" León Alejo Torre, Secretario General del Despacho de Gobierno del Estado.[52] Un año después, Castellanos dejó la magistratura para ejercer la abogacía, profesión que no dejaría hasta su muerte.[53] En 1899 lo encontramos promoviendo un amparo en defensa de los intereses del Sr. Francisco R. Herrera contra actos del juez 2o. del Ramo Penal;[54] defendiendo a varios comerciantes de San Juan Bautista en un juicio promovido contra ellos en un asunto sobre salvamento

50 Francsisco J. Santamaría. *El Periodismo en Tabasco* (1825-1935), 2a. edición, México, Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1979, p. 64. Santamaría no vuelve a mencionar este diario aparecido en 1890, ni a Castellanos como colaborador de algún otro periódico tabasqueño posterior. En el *Periódico Oficial....*, de 2 de enero de 1892 aparece un artículo acerca de "La Prensa en Tabasco" que ya no hace referencia a *El Diario Tabasqueño*. *Vid. El Periodismo*, pp. 81-82.

51 Véanse los *Periódicos Oficiales* correspondientes a 27 de junio de 1891, 23 de septiembre de 1893, 13 de julio de 1894, 13 de marzo de 1895, 18 de abril de 1896, y 23 de diciembre de 1896.

52 *Vid.* Santamaría. *Bibliografía*. Tomo I, pp. 372 y 373. Menciona en la *Corona Fúnebre consagrada a la memoria del patriota y distinguido ciudadano León Alejo Torre, fallecido en esta capital el 11 de diciembre de 1895, siendo Secretario General del Despacho del Gobierno del Estado*, San Juan Bautista, Tabasco, Tipografía del Gobierno, 1896, el "Discurso por el ciudadano licenciado Gregorio Castellanos".

53 *Vid. Periódico Oficial....*, de 2 de enero de 1897.

54 *Vid.* Santamaría. *Bibliografía*, Tomo II, p. 111. Menciona el *Alegato producido ante el juzgado de Distrito del Estado por el licenciado Gregorio Castellanos; en el Amparo que pidió en representación de D. Francisco R. Herrera contra actos del juez 2o. del Ramo Penal*. San Juan Bautista, Tabasco. "La Universal". Talleres de Tipografía, Encuadernación y Rayado de M. Gabucio M., 1899.

55 Santamaría, *Bibliografía*, Tomo I, p. 395 y Tomo II, p. 125. Menciona el *Alegato producido por el Lic. Gregorio Castellanos, ante el Juzgado de Distrito, como apoderado de varios comerciantes de San Juan Bautista de Tabasco, en el juicio promovido contra ellos sobre indemnización de salvamento de mercancías, que cobra la empresa de Vapores de*

de mercancías,[55] y al señor Narciso F. Gumbau, director y administrador de "The Tabasco Electrical and Improvement Company" en el juicio de amparo seguido en contra del gobernador del Estado y del ayuntamiento de San Juan Bautista, por actos relativos al servicio de alumbrado eléctrico.[56] En 1903, junto con el licenciado Adolfo Alomía G. representó los intereses de la Sra. Petrona Rosani y de sus hijas en un sonado juicio.[57] Algunas de estas actuaciones fueron el origen de otros tantos impresos publicados en vida del autor que nos ocupa, cuyo prestigio a nivel nacional debió de ser considerable hacia el novecientos dado que se le pidió su colaboración en la obra colectiva *Comentarios Breves sobre la Legislación Patria*, escrita por distinguidísimos juristas mexicanos de ese entonces en honor del Presidente de la República, Gral. Porfirio Díaz (1830-1915).[58]

Los últimos años de la vida de Don Gregorio Castellanos estarían afectados por la tuberculosis que le causaría la muerte, y si bien en los exámenes generales del Instituto de junio de 1903 ya no aparece como profesor ni como sinodal en ninguna de las materias que se impartieron en ese año escolar —incluida la Historia del Derecho—, su texto continuó siendo utilizado por el licenciado Ricardo B. Castro, su probable sucesor,[59] hasta el año de 1908.[60] En esta última etapa de su existencia, además de ejercer la abogacía, fue albacea de algunas sucesiones[61] y miembro de algunas sociedades científicas

"Romano y Barreteaga". San Juan Bautista, Talleres de Tipografía, Encuadernación y Rayado de M. Gabucio M., 1900. Está fechado el 30 de noviembre de 1899.

56 *Vid.* la sentencia a favor de las autoridades demandadas en el *Periódico Oficial...*, de 10 de febrero de 1900.

57 *Vid.* Santamaría, *Bibliografía*. Tomo I, p. 425 y 426. Menciona las *Principales constancias del juicio ordinario seguido por el doctor Fernando Formento sobre adición de partición de los bienes de la señora Ana María de Laz de Formento y rescisión de una escritura de donación otorgada por don Félix Formento a doña Petrona Rosani e hijas*. San Juan Bautista, Tabasco, Talleres de Tipografía, Litografía, Encuadernación y Rayado de M. Gabucio M., 1903.

58 *Comentarios breves sobre la Legislación Patria, en obsequio del Benemérito General de División D. Porfirio Díaz. Presidente de la República, y a iniciativa de la Junta que se encargó de la dirección de los trabajos*. Periódico Legislativo de 1876 á 1900. México, Tip. y Lit. "La Europea", de J. Aguilar Vera y Ca., 1900. En esta obra aparecen colaboraciones de los licenciados Manuel Mateos Alarcón, Ricardo Rodríguez, Pablo Zayas, Isidro Rojas, Genaro García, Francisco L. de la Barra, Manuel Cruzado, Agustín Verdugo, José María Gamboa, Joaquín D. Casasús, etc. Desgraciadamente no hemos encontrado esta obra por lo que no podemos saber sobre qué tema escribió Castellanos. *Cfr.* Manuel Cruzado. *Bibliografía Jurídica Mexicana*. México, Tip. de la Oficina Impresora de Estampillas, 1905, p. 162. Salvo esta obra que se imprimió en la Ciudad de México, los demás impresos de Castellanos lo fueron en la capital tabasqueña.

59 "Programa para los exámenes...", en *Periódico Oficial...*, de 30 de mayo de 1903. Ahí se mencionan los licenciados Ricardo B. Castro, José C. Sastré y L. Caballero como sinodales en la materia de Historia del Derecho. Parece lógico pensar que fuera el primer mencionado el titular de la materia.

60 *Vid supra*, nota 36.

61 *Cfr. Periódico Oficial..*, de 24 de octubre de 1900. Consta la citación del albacea G. Castellanos a la práctica de avalúos e inventarios de los bienes que dejó la Sra. Atala Cuba.

y comerciales.[62] Su actividad no cesó sino con la muerte, pues todavía dos meses antes de que acaeciera firmó como albacea de la sucesión de D. Gerónimo Prieto la citación a la práctica de avalúos e inventarios de los bienes.[63]

La personalidad de Castellanos Ruiz se nos presenta, atentos exclusivamente a lo que su biografía nos dice, como la del típico abogado mexicano del Porfiriato. Truncada involuntariamente una vocación política desde muy temprano, sus intereses se ven desplazados hacia el ejercicio de su profesión, a una actividad pública tan amplia como la que le permitió su calidad de exiliado, y a la docencia en uno más de los institutos o colegios que a lo largo del país las condiciones económicas permitieron establecer. Juez, magistrado, postulante, miembro de una comisión codificadora, orador liberal, catedrático, incipiente escritor, periodista y político frustrado, las actividades de Castellanos son las del abogado-jurista mexicano de su época. Sus años habrán transcurrido serenamente, entre la lectura de sentencias y alegatos, y de unos libros que representan la cultura media que poseyó su dueño. Conocedor del francés podía darse el gusto de traducir obras que le ayudasen en sus cátedras, a las cuales se entregó, y en su esfuerzo por dotar a sus alumnos de un texto que ampliase sus lecciones. Un buen testimonio de este esfuerzo nos lo dejó uno de sus alumnos, Francisco J. Santamaría (1886-1963), quien además nos legó dos retratos del autor del *Compendio*. Uno de éstos, gráfico, nos lo presenta como un hombre grueso, de lacio pelo y frente muy amplia, ojos hundidos y nariz recta; con un bigote largo y abundante que cae sobre ambos labios, pero sin aquellas barbas tan comunes a los hombres del siglo pasado. Otro, es el resultado de la memoria de un discípulo agradecido que sale a la defensa recia del autor del libro en el cual se nutrió de los conocimientos de una Historia del Derecho ignorada en nuestro país:

> "¡Yo, que en ese libro me nutrí como alumno y que persisto también en la malhada y peor recompensada tarea de escribir y publicar cosas que puedan ser un tributo de buen hijo para mi Estado natal, ofrendo mi gratitud en nombre suyo al *maestro laborioso y abnegado* que compiló en un texto lo que hasta hoy seguramente fuera materia de disertaciones vagas entre profesores y alumnos en la escuela profesional de abogacía".[64]

Periódico Oficial.., de 20 de enero de 1906, aparece firmando a ruego de D. Cástulo Hernández, albacea de Doña Flavia Suárez de Hernández.

62 *Vid. Periódico Oficial...*, de 8 de diciembre de 1900. Aparece firmando como vocal de la Junta Directiva de la "Sociedad de Concursos", las Bases de organización del Congreso Agrícola Local de Tabasco. *Periódico Oficial...*, de 28 de febrero de 1906. Como Vicepresidente de la "Compañía Industrial de Transporte, S. A.", firma el 26 de febrero la Convocatoria a la Asamblea General ordinaria. *Vid. Periódico Oficial...*, de 28 de febrero de 1906.

63 *Vid. Periódico Oficial...*, de 7 de marzo de 1906.

64 Santamaría, *Bibliografía*. Tomo I, pp. 368-369. El subrayado es nuestro.

VI. El *Compendio histórico*

La primera edición del *Compendio histórico sobre las fuentes del Derecho* salió de las prensas de la Tipografía y Encuadernación de M. Gabucio M., en San Juan Baustista de Tabasco, después de julio de 1896. Se trata de un pequeño volumen en 8o., de 380 páginas pésimamente impresas, en las cuales Castellanos compiló una serie de obras que manejaba para formar de todas un texto idóneo para la enseñanza de la Historia del Derecho en el Instituto Juárez. De su carácter de *compilación* no es puede dudar. Los ataques que por esto recibió resultan injustificados cuando su propio autor es quien lo confiesa:

> "La falta de un compendio para el estudio histórico de las fuentes principales de nuestra legislación patria que se acomodase al poco tiempo de que los alumnos pueden disponer en un año, y que estuviese al alcance de los recursos de cada uno, me ha sugerido la idea de formar este pequeño tratado, reuniendo en él lo que he podido tomar de diferentes autores que han estado a mi alcance".[65]

Ya vimos que Santamaría también afirmó esa característica y nosotros nos sumamos a su criterio.

Pero no estriba tanto el valor del *Compendio* en la originalidad de su contenido como en el hecho mismo de su publicación. Hasta este momento parece ser que se trata del primer libro de texto sobre Historia del Derecho escrito en nuestro país. Santamaría también destacó esta carcterística como la principal cualidad del libro:

> "Para gloria del licenciado Castellanos, ninguno de estos críticos ha escrito un tratado de Historia del Derecho...
>
> "...Es la única obra que trata especialmente de la Historia del Derecho, escrita, no sólo en Tabasco, sino en la República...".[66]

Si pensamos que el *Curso* de Pallares no se publicó sino hasta 1901, los *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*[67] de Miguel S. Macedo en 1931, y los *Apuntes para la Historia del Derecho en México* de Esquivel Obregón en 1937,[68] tendríamos en Castellanos un precursor de la literatura histórico-jurídica en nuestro país. Por este hecho se explican las evidentes deficiencias del *Castellanos*, pero por lo mismo resalta más el encomiable esfuerzo de su autor.

El contenido del *Compendio* se ubica, en cuanto a su modo de entender y explicar la Historia del Derecho, dentro de la corriente historiográfico jurídica dominante en su época. Por lo mismo, Castellanos lo reduce a una simple exposición histórica de las fuentes jurídicas —historia externa— para mejor comprender el proceso de formación de un Derecho reducido a la ley de un Código promulgado por un legislador popular. De esta manera, el libro se dirige desde el principio a la explicación de este proceso, llevándolo inclusive a la esfera de la legislación local de Tabasco en donde encontrará su cabal culminación. Pero un análisis así de las fuentes del Derecho no llevaría a la esclavitud de la Historia del Derecho a la Dogmática jurídica. La presencia en el *Compendio* de Tarde y de Viollet inclinan a pensar que Castellanos se encuentra más cerca de la tendencia historiográfica francesa de ese entonces que de la alemana, urgida desde Savigny por dar los presupuestos de la codificación germana. La superación de la dispersión jurídica en Francia desde principios del siglo XIX, permitió a los franceses, según Tomás y Valiente, rodear a sus estudios histórico-jurídicos de una "preocupación por el entorno social de las instituciones jurídicas", y distinguirse "por el estudio sistemático y crítico de las fuentes y por la atención a las instituciones sociales y políticas, con o sin especial preocupación por su revestimiento jurídico".[69] Tendencias, ambas, que aparecen en algunos de los capítulos del *Compendio*,[70] pero que por las características elementales del mismo no son desarrolladas en detalle, salvo la relativa al "estudio sistemático" de la fuente que sí constituye la característica dominante.

El método seguido por Castellanos en la elaboración de su libro quedó trazado desde la *Advertencia* dirigida al lector. Su objetivo, en la dedicatoria dirigida a su amigo Suzarte. El primero consistió en la exposición de los diferentes elementos integradores de la legislación mexicana a través de sus respectivas fuentes, basándose para ello en los autores que en aquella pobre biblioteca del Instituto[71] o en la suya propia encontró y pudieron servirle. Lo segundo —nos queda ya muy claro— fue el primordial de ser "útil a la juventud tabasqueña"[72] que recibía instrucción en el Instituto Juárez, proporcionándole

65 G. Castellanos, *Compendio histórico sobre las fuentes del Derecho que comprende la codificación romana, canónica, germánica, goda, francesa, española y mexicana, con un tratado especial sobre la legislación mercantil y una monografía sobre la abogacía entre los romanos.* Por el Lic.... , Catedrático de Derecho Mercantil y de Historia del Derecho en el Instituto Juárez de San Juan Bautista de Tabasco. Primera edición. 1896. San Juan Bautista de Tabasco. México, Tip. y Encuadernación de M. Gabucio M., Constitución 8, p. 3.

66 Santamaría, *Bibliografía*, Tomo I, p. 368.

67 Miguel S. Macedo. *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano.* México, Editorial Cultura, 1931.

68 Toribio Esquivel Obregón. *Apuntes para la Historia del Derecho en México.* México, Editorial Polis y otras, 1937 y ss. 4 Tomos.

69 Ambas citas de Francisco Tomás y Valiente. "La Historiografía jurídica en la Europa Continental (1900-1975)", en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo.* México, UNAM, 1979, Vol. VI, p. 13.

70 Los dedicados a los elementos romano, bárbaro y francés.

71 *Cfr.* el "Catálogo general de las obras existentes en la Biblioteca del Instituto Juárez formada por el Secretario del Establecimiento por acuerdo del Director", en *Periódico Oficial...*, de 14 de mayo de 1902.

72 Castellanos, *Comprendio...*, p. 3.

una "*compilación* abreviada de datos históricos que pueden llenar las condiciones de un compendio histórico".[73]

De un valor inestimable resulta el hecho que el propio Castellanos nos haya dejado mención expresa de los autores que utilizó para elaborar su texto. Ello nos permite conocer con exactitud el nivel de conocimientos de Don Gregorio y, por lo mismo, el que pudo transmitir a sus alumnos. Además, aquéllos nos permiten darnos cuenta del tipo de literatura jurídica utilizada y leída en nuestro país hacia finales del siglo pasado. Autores franceses en su mayoría; obras de segunda categoría casi en su totalidad, resultaban muy propias para formar de manera elemental y sencilla, la mentalidad de los Abogados mexicanos, debido a que recogían las ideas de los grandes doctrinarios europeos, las sintetizaban y las divulgaban en forma comprensible al gran público, interesado más por explicarse la legislación que por abundar en los principios de una ciencia reducida a la sumisión del legislador.

El *Compendio* comprende el análisis de cinco *elementos* formativos del Derecho mexicano, el de éste y el del Derecho Mercantil en general; una traducción de la "Excelente monografía de Mr. Grellet Dumazeau sobre las *Investigaciones* de la abogacía entre los romanos",[74] y como parte final, un interesante y bien planteado "Cuestionario sobre las materias anteriores". De esta manera Castellanos exponía en un sólo tratado una sumarísima *Historia general del Derecho en occidente*, y de forma aún más elemental analizaba la *Historia del Derecho mexicano*. La inclusión de una parte destinada al estudio del Derecho Mercantil se explica si recordamos que al mismo tiempo de ser profesor de Historia del Derecho lo era de Derecho Mercantil. La traducción de la monografía de Grellet Dumazeau era imprescindible en un curso de Historia que servía a los fines pedagógicos del Instituto —y en general de la instrucción jurídica nacional—: la formación de Abogados. Por último, la inclusión de un cuestionario final dirigido a los alumnos destinatarios del texto resulta obvia.

Los cinco *elementos* formativos del Derecho mexicano que Castellanos estudió en sus fuentes fueron: el romano, el cristiano, el elemento bárbaro, el Derecho francés y el español. Para el desarrollo de cada uno de ellos tomó lo que consideró conveniente de diversos autores. El elemento *romano* lo dividió para su mejor exposición en cinco capítulos; división que obedece bien a criterios políticos o a jurídicos. De esta manera los capítulos tratan de lo siguiente: el I: *Desde la fundación de Roma, hasta el establecimiento de la República*; el II: *Desde el establecimiento de la República, hasta la promulgación de la ley de las Doce Tablas*; el III: *Desde la promulgación de la ley de las Doce Tablas, hasta el establecimiento del Imperio*; el IV: *Desde*

[73] *Idem*, p. 4. El subrayado es nuestro.

[74] *Idem*, p. 4. Etienne André Théodore Grellet-Dumazeau (1804-1877). *Le barreau romain; recherches et études sur le barreau de Roma, depuis son origine jusqu'a Justinien, et particulièrement au temps de Cicerón*. París, Moulins, 1851 [2a. ed., París, Durand, 1858].

el establecimiento del Imperio, hasta el Código Teodosiano; y el V: *Desde el Código Teodosiano, hasta las Basílicas*.

El *cristiano* fue analizado en siete capítulos no sólo desde el punto de vista de sus fuentes, sino de sus instituciones y elementos principales: I: *De los primeros tiempos del cristianismo*; II: *Sínodo-Jerarquías —Nombramientos— Bienes*; III: *Disciplina —Jurisdicción— Sistema penitenciario*; IV: *Elementos primitivos del derecho canónico*; V: *Compilaciones del derecho Canónico Antiguo*; VI: *Derecho canónico nuevo*, y VIII; *Derecho Canónico novísimo*.

La exposición del elemento *bárbaro* descansó en la explicación de las instituciones sociales, políticas y jurídicas de los pueblos germánicos, más que en el análisis de las fuentes de su Derecho. Tres capítulos dedicó a este elemento, basándose fundamentalmente en Tácito: I: *Elementos primitivos de la nacionalidad francesa*; II: *Los galos*; III: *Los germanos*.

Para el estudio de estos tres primeros elementos Castellanos dijo basarse en la *Revue de Legislation y Jurisprudence*;[75] en el *Manual* de M. Eugenio Lagrange,[70] que en 1899 se utilizaría como texto en los dos cursos de Derecho Romano que se impartirían en el Instituto;[77] en Tácito, seguramente en la traducción de Carlos Coloma;[78] en Mariano de Caldas y Castillo,[79] en las *Instituciones* de Domingo Cavalario;[80] y en Paul Viollet.[81] Seguramente para

[75] *Revue de Législation et de Jurisprudence*. Publiée sous la direction de M. L. Wolowsky..., par una réunion de Magistrats, de Professeurs et d'Avocats français et étrangers. París, Bureau de Rédaction, 1835 y ss. Varios tomos.

[76] *Manuel de Droit Roman ou explication des Institutes de Justinien par demandes et réponses, précedé d'una introduction historique a l'étude du droit Romain, et d'une Bibliothèque choisie de ce Droit*, par E. Lagrange, docteur en droit. Douzième édition revue par J. Lagrange, substitut du procureur impérial. París, J-B Mulot Libraire, 1869. [Su primera edición castellana data de 1870; la 2a. de 1889: *Manual de Derecho Romano, ó explicación de las Institutas de Justiniano por preguntas y respuestas. Precedido de una introducción histórica al estudio del Derecho Romano, y de una biblioteca escogida de este Derecho*, por... Doctor en Derecho de la Universidad de París. Traducido al Castellano de la undécima edición francesa y adicionado con nuevas notas y apéndices en vista de los programas para esta asignatura de la Universidad de Madrid, y de las principales obras de Derecho Romano escritas con posterioridad á la presente por D. José Vicente y Caravantes, Doctor en Jurisprudencia. Segunda edición, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1889].

[77] "Lista de Textos para el XXII año escolar en el Instituto Juárez de Tabasco", en *Periódico Oficial...*, de 27 de septiembre de 1899.

[78] Cornelio Tácito. *Los Anales*. Son múltiples las ediciones impresas en España durante el siglo XIX de la traducción de Carlos Coloma. En 1879 se imprimió una en Madrid, Imprenta a cargo de Víctor Sáiz, 2 vols. *Cfr.* Palau, *op. cit.* Tomo XXII, p. 376. En el "Catálogo General de las obras existentes en la Biblioteca del Instituto Juárez...", formado en 1902, aparecen "Los Anales de Cornelio Tácito por Carlos Coloma". *Vid. Periódico Oficial...*, de 14 de mayo de 1902.

[79] *Examen histórico-filosófico-político de la Legislación antigua, y de la Legislación de la Revolución*, Madrid, Montero, 1871. [Hay otra edición anterior: Madrid, 1856.]

[80] *Institutiones Iuris Canonici in tres partes ac sex tomos distributae...* Editio novissima Hispana..., Matriti, Typis Societatis, 1821. [Editio tertia, Neapoli, 1771] Traducida al castellano con el título de *Instituciones del Derecho Canónico*. Trad. de Juan Tejeda y Ramiro, 3a. ed., 1841, 3 vols. [4a. ed., París, 1846.] Trad. de José Antonio de Ojea, París, 1852; [s/traductor, 2a. ed., Madrid, 1843.]

[81] Paul Marie Viollet (1840-1914), autor de *Précis de l'histoire du droit français, accom-*

el elemento romano se basó principalmente en Lagrange y en Tácito; para el cristiano en Caldas y en Cavalario, y para el bárbaro, en la *Revue*, en Tácito y en Viollet.

Mientras que para los anteriores elementos Castellanos tomó en cuenta los aspectos socio-políticos que rodean la aparición de la fuente jurídica, en el siguiente elemento –el francés– se concretó más al análisis externo de las distintas fuentes. Aportó, sin embargo, valiosas noticias de antiguos juristas franceses precursores de la codificación, como Antonio Loirel, Domat, Daguesseau, Pothier, etc. Su exposición dice basarla en la *Revue*, en los *Précis* de Viollet, en Lerminier, y en Tarde[82] y la desarrolló en cuatro capítulos: I: *La Francia antigua*; II: *La Francia en la edad media*; III: *Derecho francés moderno*; IV: *El Código Civil o Código Napoleón*. Este último capítulo es tomado textualmente del libro de Viollet.

Al Derecho español le dedicó menos espacio que a los anteriores, aunque lo desarrolló en siete capítulos; I: *Breviario de Alarico*; II: *Del Forum Judicum o Fuero Juzgo*; III: *Dominación de los Sarracenos*; IV: *De la legislación de los reyes españoles, hasta Alfonso el Sabio*; V: *De las reformas de Alfonso X*; VI: *Colecciones posteriores a las Partidas – Disposiciones relativas al derecho romano y a sus intérpretes*; y VII: *De las Universidades*. Es interesante observar que a la par que le interesó el estudio externo de la fuente, Castellanos, en este capítulo, dio especial relevancia al examen de las obras que determinaron la recepción del Derecho romano en España, y al de la confusión que se generó con este motivo al coexistir un Derecho del Rey y un Derecho extranacional; confusión que no terminó sino con la serie de disposiciones de que nos da cuenta el autor, promulgadas por diversos reyes españoles desde Juan II. Así mismo, conviene destacar la importancia que Castellanos dedicó al estudio de las Universidades. El capítulo VII, relativo a este tema, fue dividido en cuatro interesantes partes: 1o. *De las Universidades bajo la dominación árabe*; 2o. *Universidades italianas y su influencia sobre la legislación española*; 3o. *Universidades españolas desde la restauración* y 4o. *Principales glosadores y comentadores de los códigos españoles*. Su interés, pues, por los problemas de la recepción resulta evi-

pagné de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques, par... Sources-droit privé... París, L. Laroze et Forcel, 1886. [2a. ed., 1893: *Droit privé et sources Histoire du droit civil français, accompagnée de notions de droit Canonique et d'indications bibliografiques*; par.... 2a. ed.: du *Précis de l'histoire du droit français*, cor. et augm... París, L. Laroze et Forcel, 1893, 3a. ed., 1905]. También escribó *Droit public. Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, par.... París, L. Laroze et Forcel, 1890-1903, 3 vols.

82 Gabriel Tarde (1843-1904). Autor de *Les transformations du droit. Etude sociologique*. París, F. Alcau, 1893. Obra que fue con seguridad la utilizada por Castellanos. Hay traducción, sin año, de Adolfo Posada: *Las transformaciones del Derecho*. Traducción, prólogo y ciento veinte notas por.... Profesor de la Universidad de Oviedo, Madrid, La España Moderna. Nos parece poco probable que haya utilizado otras obras de Tarde, como *Les lois de l'imitation; étude sociologique* par... París, F. Alcan, 1890; o *La Logique sociale...*, París, F. Alcan, 1895.

dentes. Las fuentes utilizadas para desglosar el elemento que nos ocupa fueron el *Examen* de Caldas, y en forma más abundante, la *Historia del Derecho Español* de Sempere.[83]

A otros autores que Castellanos no menciona en su *Advertencia* hace alusión en diversas partes del libro. Caseneuve y Savigny son mencionados en el capítulo V del *Elemento Romano*;[84] del Canciller Daguesseau toma una cita al referirse a los juristas franceses[85] y Lucas de Tuy es nombrado en el tema de las Universidades españolas.[86] No parece probable que las obras de estos autores estuviesen en poder de Castellanos sino más bien que fueran citados de las obras mencionadas.

Hecho el examen de los presupuestos del Derecho mexicano, el autor del *Compendio* pasó al estudio de sus fuentes inmediatas, específicamente de los Códigos mexicanos. Del simple capitulado de esta parte del libro podemos percibir cuál fue la preocupación de Castellanos. Dividida en ocho capítulos, siete de ellos se dedican al fenómeno de la codificación en México. Con esto lograba la culminación de una exposición histórico-jurídica dirigida a la explicación de los orígenes de los Códigos, ya que la ideología de la época urgía a los abogados a convertirse en meros aplicadores de aquéllos.

El capítulo uno se refirió a la *Época Colonial*; el dos, a la *Época independiente, hasta los primeros Códigos*; el tercero trató *Del Código Civil del Distrito Federal*; el cuarto, *Del Código de Procedimientos Civiles; Del Código Penal del Distrito y Territorios Federales se ocupó* el capítulo cinco; el siguiente del *Código de Procedimientos Penales, para el Distrito y Territorios Federales*; el séptimo analizó la codificación *De los Estados*; y en el último –y quizás el más importante del *Compendio*– se estudió la codificación en el *Estado de Tabasco*.

No obstante que al Derecho mexicano le dedicó poco menos de ochenta páginas, consideramos que ésta es la parte más débil del *Compendio*, si exceptuamos lo relativo a la codificación tabasqueña. El capitulado promete más de lo que uno halla en su contenido, y verdaderamente sorprende que un contemporáneo y actor de la codificación mexicana desconociera los trabajos previos de la misma, así como los avatares del proceso codificador en nuestro país, y que no aportase mayor número de datos que los que las diversas memorias oficiales y exposiciones de motivos de los Códigos contenían.

No muestra preocupación Castellanos por abundar en el estudio de la His-

83 Juan Sempere y Guarinos. *Historia del Derecho Español*, 3a. ed., Madrid, Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, 1846. [1a. ed., Madrid, 1822-23.]

84 *Compendio...*, p. 38. Luis de Caseneuve (1799-1853). Autor de *Del Diritto constituzionale*. Lezioni, Genova, 1859-60, 2 vols. Savigny no requiere presentación.

85 *Idem.*, p. 108. Henri Francois D'Aguesseau (1668-1751). Canciller de Francia, y autor de varias *Ordenanzas* que dieron origen a varios artículos del Código de Napoleón. *Vid. Compendio...*, p. 109.

86 *Idem*, p. 128. Lucas, obispo de Tuy, autor de *De Altera vida, fideique controversiis adversus Albigensium errores libri III*. Notis ilustrati á Io, Mariana, Lugduni, 1677.

toria del Derecho de su país. Parece conformarse con lo que se encuentra a la mano, y únicamente interesarle uno que otro dato, que de aislado e inconexo, provoca la desarticulación de toda la exposición. Lo mismo le da transcribir largas citas de Payno, relativas a la propiedad territorial, que dividir por undécima ocasión las castas novohispanas; copiar el *Acta de Independencia del Imperio Mexicano,* que olvidarse de las *Leyes de Reforma* o de los antecedentes del juicio de amparo. Esto sin contar que de la literatura jurídica nacional sólo no pasa por alto la productora de obras de recopilación legislativa. ¿Qué más podría interesarle a un Abogado decimonónico mexicano que conocer la suprema expresión del Derecho: la Ley? Este manifiesto contraste entre las primeras partes del libro y la relativa al Derecho mexicano se explica, sencillamente, por la carencia de un buen estudio acerca de la evolución jurídica en México. Para aquellas partes Castellanos contaba con buenas o medianamente buenas fuentes; para ésta era él, precisamente, quien estaba realizando el primer intento de ese tipo de estudios. No nos debe extrañar, por lo tanto, que el intento resultase fallido.

Para sobreponerse a la falta de una bibliografía idónea, Don Gregorio acudió a un material por demás dispar y elemental: "el pequeño tratado histórico puesto al principio del primer tomo del Novísimo Sala Mexicano del Sr. Lic. J. M. Lacunza;[87] algo del Barón de Humboldt,[88] del Sr. Payno, la parte relativa a la propiedad territorial[89] y de lo que he podido recoger de documentos sueltos".[90] Para el estudio de la codificación nacional se valió ampliamente del *Dictamen* de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados de 28 de noviembre de 1883,[91] relativa a las reformas al Código Civil de 1870; de la *Memoria* del Ministerio de Justicia de 15 de septiembre de 1873[92] para tratar la formación del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal; de la *Exposición de Motivos* del Código Penal del Distrito Federal de 1871, escrita por D. Antonio Martínez de Castro;[93] de la *Nota* del Secretario de Justicia, de 26 de mayo de 1884, con la que se acompañó la iniciativa de reformas del mismo Código;[94] de la *exposición* que el Ministro de Justicia, D. Ignacio Mariscal, dirigió a la Cámara de Diputados

87 *Novísimo Sala Mexicano, o Ilustración al Derecho Real de España.* Con las notas del Sr. Lic. D. J. M. Lacunza. Edición corregida y considerablemente aumentada por los Señores Don Manuel Dublán y Don Luis Méndez. México, Imprenta del Comercio, de N. Chávez, a cargo de J. Moreno, 1870, 2 Tomos.

88 Alexander Von Humboldt. *Ensayo político sobre el Reyno de la Nueva España.* Varias ediciones en París durante el siglo XIX (1822, 1827, 1836); Barcelona (1842); y una sobre la traducción castellana de D. Vicente González Arnao, en Jalapa, Imprenta Veracruzana de A. Ruiz, 1869-1870, 3 vols.

89 Manuel Payno. *Tratado de la propiedad. Ensayo de un estudio del derecho romano y del derecho público y constitucional en lo relativo a la propiedad.* México, Imprenta de I. Cumplido, 1869, *Vid.* Castellanos, *Compendio....*, p. 136.

90 Castelanos, *Compendio...*, p. 3.

91 *Idem*, p. 161.

92 *Idem*, p. 198.

93 *Idem*, p. 203.

94 *Idem*, p. 206.

acompañando el proyecto de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de septiembre de 1880;[95] y para lo relativo a la *Legislación mercantil mexicana,* se apoyó, asimismo, en la *Memoria del Ministerio de Justicia* de 1888.[96] Por lo que se refiere a la codificación en Tabasco, Castellanos se basó fundamentalmente en la *Exposición de motivos* del Código de Procedimientos Civiles de 28 de diciembre de 1871,[97] en decretos locales, y en sus propias experiencias y memoria. En otras partes demuestra manejar de propia mano obras que no menciona en la *Advertencia,* tales como los *Apuntamientos* de Castillo Velasco,[98] las *Pandectas Hispano-Mexicanas* de Rodríguez de San Miguel,[99] el *Dublán y Lozano,*[100] y el *"Anuario de Legislación y Jurisprudencia fundado por Pablo Macedo y Miguel S. Macedo,* que empezó a publicarse con permiso del gobierno desde 1884, por entregas semanarias".[101]

El capítulo I, dedicado a la *Época Colonial,* principia con una elemental referencia al derecho azteca del cual poco quedó después de la conquista. La dominación española recibe un juicio negativo por parte del autor. Para éste: "La nueva sociedad que se organizó con arreglo al sistema colonial español, tampoco nos ha dejado nada importante que interese a las investigaciones jurídicas,...".[102] Tajantemente Castellanos negó así toda la importancia que para el Derecho mexicano tiene el Derecho indiano. Sin embargo, sí le importó dar algunas noticias sobre la organización política de la Nueva España. El Rey, las Audiencias, el Consejo de Indias, los ayuntamientos, los Visitadores y Jueces de residencia —"dignos de notarse"— las instrucciones, la división territorial, y las encomiendas son las instituciones que someramente estudia antes de dejar la palabra a Payno para que tratase lo relativo a la propiedad territorial. Al final del capítulo expuso de manera también elemental las principales disposiciones legislativas que rigieron en la Nueva España: *Recopilación de las leyes de Indias, Real Ordenanza de Intendentes,* pragmáticas y autos recopilados por Montemayor y Beleña; *Ordenanzas de Minería, Ordenanzas de Bilbao* y la *Colección de los decretos y leyes expedidos por las Cortes de España.* En el segundo capítulo dio a conocer —transcribiendo el contenido del *Novísimo Sala*— las principales colecciones de leyes y decretos del siglo XIX hechas en Capital de la República por diversos autores, tales

95 *Idem*, p. 208.

96 *Idem*, pp. 3 y 4.

97 *Idem*, p. 218.

98 José Ma. del Castillo Velasco. *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano.* México, Imprenta del Gobierno en Palacio. 1871 [2a. ed., México, 1879.] *Compendio...*, p. 151.

99 Juan N. Rodríguez de San Miguel. *Pandectas Hispano-Mejicanas; ó sea Código General Compresivo...*, Nueva edición, Méjico, Librería de J. F. Rosa, 1852, 3 vols. [La primera edición fue impresa en México, en la Oficina de Mariano Galván Rivera, 1839-1840, 3 vols.]

100 *Op. cit. supra*, nota 2. Castellanos menciona que habían sido publicados más de 18 tomos. *Compendio...*, p. 155.

101 *Compendio...*, p. 157. El subrayado corresponde al original.

102 *Idem*, p. 132.

como Arrillaga, Galván, Lara, etc., y alguna otra fuente anterior o posterior, como es el caso de las *Pandectas* o del *Dublán y Lozano*.

En los capítulos III al VI prácticamente transcribió los documentos que hemos mencionado arriba, sin aportar dato alguno novedoso. El VII, en el que parecería encontraríamos datos interesantes, se resuelve en una paráfrasis de la situación jurídica de los Estados establecida conforme a la Constitución Federal de 1857, y en un enunciado de las Constituciones locales. Castellanos no pudo abundar más sobre la codificación local pero sí determinó su gran importancia y la necesidad de estudiarla, lamentándose de no poder llevarla a cabo:

> "La premura del tiempo no me ha permitido reunir los datos históricos sobre la codificación de todas las entidades federativas de nuestra República, trabajo de gran utilidad que debe servir para demostrar á los extranjeros y á la posteridad, el rápido desarrollo que se ha verificado en nuestro derecho patrio. Si entre el gran número de las personas competentes en esta clase de estudios, que existen en nuestro territorio, se dedicara alguno á esa tarea, no dudo que prestaría un gran servicio á la enseñanza del derecho".[103]

¡Nuevamente la preocupación del maestro y la idea de que el progreso del Derecho estaba en su codificación!

Como ya hemos dicho, el último capítulo sobresale de los anteriores por ser el resultado del conocimiento directo que Castellanos tuvo del proceso codificador tabasqueño. Santamaría se refiere a él, destacándolo como de "grandísima importancia" y llamándolo "un bello capítulo original".[104]

La tercera parte del *Compendio*, relativa al *Derecho Mercantil*, recupera la coherencia y cierta profundidad que se habían perdido en la anterior, debido a que Castellanos vuelve a valerse de fuentes más elaboradas y propias del tema que desarrolla, tales como el *"Dictionaire Universel théorique et practique du Commerce et de la navegation*; publicado por Gillaumin y C^le^., París en 1859, de M.D.A. Azuni,[105] de la *Memoria del Ministerio de Justicia* de 1888 y de la Reseña de las Leyes mercantiles vigentes en los principales Estados de Europa, y América por M. Lyon-Caen, traducida por D. Santiago Oliva y Bridgman...";[106] y de la *Historia del Comercio* de Scherer.[107] El

103 *Idem*, p. 4.

104 Santamaría, *Bibliografía...*, Tomo I, p. 368.

105 Domenico Alberto Azuni. *Sistema Universale di Principj del Diritto Maritimo de ll'Europa*. Edizione Seconda, Trieste, Presso Wage, Fleis e Comp. MDCCXCVI, 2 Tomos. [Traducción francesa, en París, 1797 por J. M. Digeon, y París, 1801.]

106 *Compendio...*, pp. 3 y 4. Charles León Lyon-Caen. *Reseña de las leyes mercantiles vigentes en los principales Estados de Europa y América*, por..., Traducción de Santiago Oliva y Bridgman, Barcelona, Manero, 188?

107 Herman Scherer. *Histoire du commerce de toutes les nations, depuis les temps anciens jusqu'a nos jours;* par..., Tr. de l'allemand, avec l'autorisation de l'auteur, par MM. Henri Richelot..., París, Capelle, 1857.

tema se trata en once capítulos que culminan, como era de esperarse, en la codificación del Derecho Mercantil en los principales países del mundo; para desarrollarlo Castellanos siguió la exposición adoptada en la *Reseña* de Lyon-Caen a fin de que conservase "todo su mérito".[108] El capitulado se refiere a los siguientes puntos: I: *Preliminar*; II: *Tiempos antiguos*; III: *Edad Media* (desarrollados siguiendo a Scherer); IV: *Época moderna*; V: *Legislación marítima mercantil* (aquí hace "un resumen de las principales leyes expedidas desde la antigüedad, que manifiesta el origen y progresos del derecho mercantil y marítimo":[109] desde la *Ley Rodias* hasta las *Leyes de Serdeña*. En total trata 28 leyes); VI: *Legislación mercantil mexicana* (aprovechándose de la *Memoria* de 1888, y culminando con el Código federal de comercio de 1889); VII: *Código Francés*; VIII: *Códigos basados en el Francés* (desde aquí hasta el capítulo XI utilizará a Lyon-Caen. En este capítulo menciona los códigos mercantiles de Italia, Holanda, Bélgica, España, Portugal, Grecia, Turquía, Egipto y Rumania); IX: *Códigos no derivados completamente del Francés* (Servia, Brasil, Chile, Colombia, Argentina, Perú, Paraguay y Haití); X: *Países que han prescindido del Código Francés* (Alemania, Austria-Hungría; Bosnia y Herzegovina, Rusia y Suiza); XI: *Países que no tienen Código* (Gran Bretaña, Colonias y posesiones inglesas, Islas de Heligoland, Malta, Colonia del Cabo, Natal y Ceylán, Canadá, Indias Orientales, Estados Unidos de América, Estados Escandinavos: Dinamarca, Noruega, y Suecia, y Montenegro). Con esta exposición, el alumno tabasqueño de Don Gregorio Castellanos que cursaba tanto Historia del Derecho como Derecho Mercantil no se podía quejar por la falta de una información actualizada en materia tan importante como pudiera ser esta incursión en el Derecho Comparado.

La traducción del pequeño libro de Etienne Grellet-Dumazean (1804-1877) sobre la abogacía en Roma completa el contenido del *Compendio*.[110] Al no localizar la versión francesa de este libro no podemos saber si Castellanos lo tradujo en su totalidad o sólo aquellas partes que consideró importantes para su objetivo. Éste resulta claro. El traductor se propuso informar a sus discípulos, "a fin de que los jóvenes que se dedican al foro se formen una idea de la importancia que tenía en Roma la noble profesión de abogado".[111] Once secciones traduce Castellanos del libro de Grellet-Dumazeau. Casi la totalidad tocan los puntos más prácticos de una profesión práctica: la *preparación de los alegatos*, la *duración de la defensa*, la *réplica*, el *interogatorio*, etc.

El objetivo pedagógico del autor del *Compendio* quedaba satisfecho. Había elaborado un texto elemental, informado y digerible para sus alumnos. Aún más, al final agregaba un *Cuestionario* sobre las materias tratadas, lo que confirma el interés del maestro por el escolar. ¿Fueron las preguntas de este

108 *Compendio...*, p. 4.

109 *Idem*, p. 250.

110 Etienne André Théodore Grellet-Dumazeau. *Le barreau romain; recherches et études sur le barreau de Roma, depuis son origine jusqu'a Justinien, et particulièrement au temps de Cicerón*. París, Moulins, 1851. [2a. ed., París, Durand, 1858.]

111 *Compendio...*, p. 4.

cuestionario las formuladas por los maestros de Historia del Derecho del Instituto en los exámenes finales durante diez años? No lo podemos saber, pero si así lo fuera, estamos ciertos que el estudiante tabasqueño se llevaría, al resolver todas, un buen cargamento de conocimientos sobre la Historia del Derecho. Las preguntas inciden en los puntos medulares de esta Historia, si no nos olvidamos del estado en que se encontraban los estudios de esta disciplina en nuestro país. El Abogado tabasqueño podía mostrarse frente a los de otros Estados de la República con una información sistematizada y suficiente. Su cultura estaba enriquecida con los rudimentarios conocimientos del devenir de una ciencia que para todos ellos se reducía al imperio del Código. Con el libro de Don Gregorio Castellanos la enseñanza de la Historia del Derecho en nuestro país hacía sus primeros y –por lo mismo– elementales pasos de una forma más o menos coherente pero no dirigida hacia la superación del positivismo legal.

VII. *El olvido y el renacimiento de un texto*

De uso obligado por más de diez años en un apartado rincón de la República, el *Compendio* se perdió de la memoria de casi todos los mexicanos, salvó, claro está, de la de aquellos a quienes les sirvió para alcanzar el título de Abogado.[112] Pero aun para éstos, el libro no representó mayor valor, y se requirió que un hombre de letras –como lo fue Francisco J. Santamaría– reivindicase su justo mérito. Este es su testimonio, escrito en 1930:

> "Este libro ha recibido juicios diversos. He oído opiniones de abogados que dicen no tener mucho de original; otros que no mucho de interesante.. .hasta he oído quien diga que es una simple copia de otros autores. Para gloria del licenciado Castellanos, ninguno de estos críticos ha escrito un tratado de Historia del Derecho, ni siquiera Historia de la Bellaquería...
>
> "Como quiera que sea, el libro del licenciado Castellanos tiene méritos indiscutibles, para quien juzgue como verdadero crítico, sin ser roído en el meollo del alma por el torcedor de la envidia. Es la única obra que trata especialmente de la Historia del Derecho, escrita, no sólo en Tabasco, sino en la República [...] Esta obra ha servido de texto en el Instituto "Juárez" a todas las generaciones de estudiantes posteriores a

112 La *Bibliografía* de Cruzado no lo menciona. Tampoco Helen L. Clagett en su *A guide to the Law and Legal Literature of the Mexican States*. Washington, The Library of Congress, 1947; ni Margarita de la Villa y José Luis Zambrano en la *Bibliografía Sumaria de Derecho Mexicano*, publicada en 1957. Sin embargo, en *A guide to the Law and Legal Literature of Mexican*, de John T. Vance y Helen L. Clagett, publicada en Washington, por The Library of Congress en 1945, sí se hace referencia a él, en la página 125, al tomar el texto de la *Memoria* del Ministerio de Justicia de 15 de septiembre de 1873 del *Compendio*.

> su publicación; y ello es bastante como premio a la benemérita labor del autor. Una de las sendas menos exploradas del Derecho, sobre todo en didáctica, es la de su historia, y esto constituye otro mérito del licenciado Castellanos, que le hace acreedor al aplauso".[113]

Ya vimos atrás cómo este mismo autor, a nombre del Estado de Tabasco, ofrendó su gratitud "Al Maestro laborioso y abnegado". Hoy podemos apreciar, con la óptica que dan los años, el exacto valor que para la literatura jurídica nacional representa el *Compendio*.

No fue ciertamente ésta la razón que el Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco tuvo para editar dos veces en los últimos años, en forma facsimilar, el texto de Castellanos. En 1978 apareció la segunda edición, impresa en México, con un tiraje de mil ejemplares "encuadernados a la rústica". La tercera, idéntica a la anterior y con el mismo número de ejemplares, se terminó de imprimir en diciembre de 1979 en México, y apareció al año siguiente. Ambas son precedidas de una *Introducción* en la que encontramos algunos datos interesantes sobre la historia del libro,[114] pero adolece de graves deficiencias porque sus anónimos autores olvidaron consultar el primer tomo de la *Bibliografía* de Santamaría, en donde encontrarían algunos de los datos que nosotros hemos presentado y que hubieran desmentido algunas de sus propias afirmaciones.[115]

En esta *Introducción* se apuntan las razones que movieron al Gobierno de Tabasco a reeditar el texto del abogado campechano. Su rareza lo hacía prácticamente desconocido para "los actuales hombres de letras, y hasta para los abogados",[116] pero su nueva edición:

> "no obedece a vigencia alguna de su contenido, sino a la importancia que para la historia del derecho en Tabasco tiene el Capítulo VIII del Título MÉXICO. Además, se trata de uno de los libros más importantes escritos en nuestro estado al asomarse a la cultura nacional en el siglo XIX, y tanto más loable resulta el esfuerzo del autor, cuánto más se sabe del aislamiento en que Tabasco vivió hasta hace un cuarto de siglo".[117]

113 Santamaría, *Bibliografía*, Tomo I, pp. 367 y 368.

114 Se dice que el ejemplar fue proporcionado al Consejo Editorial, en forma fotográfica, por el Lic. Pastor Bautista González, quien lo heredó de su padre el Lic. Pastor Bautista Novelo, pasante que fue del Lic. Castellanos, recibiéndose de Abogado en 1904. El 7 de enero de 1935, en Mérida, el doctor Guillermo Gaudiano M. le obsequió a Bautista Novelo el ejemplar. El existente en la Biblioteca de la E.L.D. fue donado por el Lic. Noé Graham Gurría.

115. *Compendio...*, 3a. ed., México, 1979: "Introducción".

116 *Ibídem*.

117 *Ibídem*.

Loable, asimismo, es la perspicacia del Consejo Editorial tabasqueño que ha sabido rescatar del olvido esta importante obra, y que aun cuando no haya destacado su valor a nivel nacional, reconoce que:

> "A la cultura jurídica nacional no le es ajeno ningún autor de ninguna época, de ninguna nacionalidad". Por lo que, junto a los precursores "como Manuel Cresencio Rejón, Ignacio L. Vallarta, Mariano Otero, acá, en la cumbre de la Nacionalidad, . . . nosotros los tabasqueños [—y agregaríamos de *mutuo propio*, los mexicanos—] debemos ubicar, así sea modestamente, a Gregorio Castellanos Ruiz".[118]

118 *Ibidem.*

NOTAS SOBRE EL YANACONAZGO EN EL TUCUMÁN

GASTÓN GABRIEL DOUCET*

La institución del yanaconazgo, tanto en la época prehispánica como en la que tuvo principio con la Conquista, no ha sido aún suficientemente estudiada, y sigue ofreciendo a la investigación un campo poco explorado y por consiguiente muy atractivo, en el que abundan las nociones confusas o contradictorias y en el que queda un buen número de incógnitas por despejar. Si esto es verdad respecto a todo el ámbito en el que dicha institución tuvo vigencia, con mayor razón cabe decirlo en el caso de las regiones donde aquélla fue implantada por los españoles que la llevaron consigo desde el Perú:

* El autor es investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina, cuyo apoyo ha hecho posible la realización de este trabajo. El presente artículo fue originariamente escrito en Sevilla, en el mes de julio de 1978, para ser presentado al V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que aquel año se celebró en Quito y en Guayaquil, y fue publicado en el *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano,* vol. VI (Quito, 1980), págs. 459-494. Al preparar esta segunda edición he procurado mejorar el trabajo, corrigiendo siquiera algunas de las muchas deficiencias que le encuentro y que en parte son resultado de la prisa con que fue redactado. Además, he incorporado al texto algunas nuevas referencias documentales, fruto de posteriores pesquisas en archivos. Lamentablemente, también esta revisión he debido hacerla con mucha prisa, apremiado por otras urgentes ocupaciones, y en consecuencia mis "Notas" siguen siendo demasiado inferiores a lo que merece el tema. Espero poder hacer de éste en el futuro un más cumplido tratamiento, ya dentro del amplio marco del estudio sobre la encomienda en el Tucumán que como investigador del consejo estoy preparando. Mientras tanto,. sigo confiado en que la modesta contribución que ahora vuelvo a presentar pueda ser de alguna utilidad, cuando menos como muestra del paciente y laborioso esfuerzo que entraña el intento de reconstruir el funcionamiento de una institución —casi ajena y hasta opuesta al ordenamiento legal establecido por la Corona española— en una apartada provincia indiana.

En las notas de este trabajo se emplearán las siguientes siglas para identificar los repositorios de donde proceden las fuentes manuscritas citadas:

AGI Archivo General de Indias (Sevilla, España).
AHC Archivo Histórico de Córdoba, (Córdoba, Argentina).
AHN Archivo Histórico Nacional (Madrid, España).
ANB Archivo Nacional de Bolivia (Sucre, Bolivia).
IEA Instituto de Estudios Americanistas (Córdoba, Argentina).

Como en la primera edición, quiero expresar aquí mi agradecimiento a los Dres. José María Mariluz Urquijo y Daisy Rípodas Ardanaz, de la Univeresidad de Buenos Aires, por el asesoramiento bibliográfico que me prestaron al estudiar este tema.

Buenos Aires, marzo de 1982.

aquí la falta de estudios es casi total. En estas notas presento los datos que he recogido en distintas fuentes acerca del yanaconazgo en la antigua gobernación del Tucumán, una de las provincias indianas en las que la institución fue introducida por los conquistadores españoles. Aunque, desde luego, su importancia allí no fue ni de lejos comparable a la que alcanzó en países como el Perú y Bolivia, el yanaconazgo no dejó de jugar en la historia del Tucumán un papel de consideración y digno de estudio. Deliberadamente he recurrido con mucha frecuencia a la transcripción de extensos párrafos de los documentos citados por juzgar que ello, aunque haga más pasada la lectura, conviene al asunto de este trabajo, para el que tiene especial importancia mostrar en su propio contexto el empleo que en el lugar y en la época de que se trata se hacía de ciertos vocablos. Espero que estas notas —que quizá dejen más lagunas por llenar que puntos aclarados— sean de utilidad pese a sus manifiestas limitaciones y puedan servir de base y de estímulo para que se examine con la conveniente amplitud y profundidad este interesante tema.

El yanaconazgo bajo el régimen español

Como es sabido, el yanaconazgo de la época española (que es el que aquí nos interesa) se derivó de una institución existente en el Perú prehispánico.[1] Los conquistadores se encontraron en aquel país con una clase de servidores perpetuos, desvinculados de sus *aillos* o comunidades de origen, a los cuales se designaba con el nombre de *yanacuna*. Los españoles adoptaron en su propio provecho la institución, no sin que ésta experimentara en el paso de un régimen a otro considerables modificaciones. Luego de la Conquista aquella denominación se aplicó en sentido lato a todos los indios de servicio; pero específicamente se llamó así a los que, bajo un régimen especial, vivían adscriptos en forma permanente al servicio de los españoles, desarraigados de las comunidades de las que procedían y, en un comienzo, exentos de pagar tributo.[2] Los españoles asimilaron esta institución a la de los *naborías*, que

1 Sobre los yanaconas en la época española pueden consultarse las clásicas obras de Juan de Matienzo, *Gobierno del Perú* (1567) (Edition et étude préliminaire par Guillermo Lohmann Villena, París-Lima, 1917), 25-31, y de Juan de Solórzano y Pereyra *Política indiana* (Corregida e ilustrada con notas por el licenciado D. Fco. Ramiro de Valenzuela, 5 vols., Madrid-Buenos Aires, 1930) I, 151-160 (lib. II, cap. IV); y también las de Josep M. Barnadas, *Charcas: Orígenes históricos de una sociedad colonial* (La Paz, 1973), 284-289; George Kubler, "The Quechua in the Colonial World", en Julian H. Steward, ed., *Handbook of South American Indians* II (Washington, 1946), 377-379; James Lockhart, *Spanish Perú, 1532-1560: A Colonial Society* (Madison-Milwaukee-London, 1968), 199 y 219-220; Manuel Vicente Villarán, *Apuntes sobre la realidad social de los indígenas del Perú ante las leyes de Indias* (Lima, 1964), 155-167; y Nathan Wachtel *La visión des vaincus, Les Indiens du Pérou devant la Conquête espagnole, 1530-1570* (París, 1971), 202-209. Desde luego, la lista no es exhaustiva; menciono simplemente las obras que he tenido a la vista para preparar este trabajo en general. Otras que me han servido para algunos puntos específicos serán citadas, más adelante.

2 Dice Wachtel, *La vision*, 202: "les yana sont définis, au XVIe siècle, comme serviteurs

anteriormente habían conocido y adoptado en las Antillas y extendido a México y a Centroamérica; de hecho, los yanaconas fueron en la América meridional el equivalente de los naborías de la septentrional, y, en el ámbito peruano, incluso se llegaron a usar ambos vocablos como sinónimos.[3]

El número de yanaconas, que parece no haber sido muy grande en la época incaica, aumentó mucho en los primeros tiempos de la dominación hispana. Durante la conquista y luego, en las guerras civiles que le siguieron, muchos indios fueron tomados como sirvientes por los españoles al paso de las expediciones, y, alejados así de los lugares de su naturaleza, no regresaron a ellos y quedaron definitivamente al servicio de sus nuevos amos como yanaconas. El desquiciamiento que en la sociedad indígena produjeron la conquista española y sus turbulentas secuelas favoreció el desarraigo de un gran número de individuos, que perdieron los lazos que los vinculaban a sus aillos y pasaron a vivir con los españoles. De distintas maneras se convertían los indios en yanaconas de aquéllos: tomados por fuerza, atraídos con dádivas, dados en merced por las autoridades, y también por su propia voluntad e iniciativa, ya que, al quedar libres de las cargas del tributo y de la mita y de la autoridad a menudo tiránica de sus curacas, encontraban como yanaconas una condición privilegiada.

A pesar de que la Corona, por considerarlo contrario a la libertad de los indios, intentó varias veces suprimirlo, el yanaconazgo subsistió y poco a poco se fueron consolidando sus contornos institucionales. Parece haber tenido especial importancia y arraigo en Charcas, y, como se verá más adelante, al modelo charqueño se miraba específicamente en el Tucumán. Las leyes introdujeron algunas modificaciones en el sistema creado originariamente; entre otras, abolieron la exención del pago de tributos y fijaron una serie de obligaciones para los poseedores de yanaconadas.[4]

des Espagnols". Y más adelante transcribe el siguiente texto coetáneo, muy claro acerca del uso general del término que nos ocupa: "este nombre de yanacona tenían e tienen los indios que sirven a otros, y hoy día cualquiera indio de tasa que sirve a cualquiera español o indio, aunque paga su tasa y acude a los servicios de comunidad, se llama y es llamado yanacona de fulano; y éste es común nombre y notorio a todos, que ansí les llaman ellos a los indios: mi yanacona o mis yanaconas, y los indios entre sí dicen: fulano, que es yanacona de fulano o fulano" (ibíd., 206-207 nota). En cuanto a los yanaconas propiamente dichos, Matienzo, *Gobierno*, 25, dice: "éstos son indios que ellos o sus padres, salieron del repartimiento o provincia donde eran naturales y han vivido con españoles sirviéndoles en sus casas o en chácaras y heredades, o en minas"; Lockhart, *Spanish Peru*, 31, los define como "non-tribute-paying Indian servants".

3 Según Solórzano, *Política I*, 152 (lib. II, cap. IV, no. 3), el término *yanacona* en la lengua del Perú "quiere decir indios o hombres serviciales o de servicios a que corresponde el vocablo de que usan en la Nueva España llamándolos naborios". Sobre la correspondencia entre ambos vocablos, cf. también Mario Góngora, *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación (1492-1570)* (Santiago de Chile, 1951), 117; Richard Konetzke, *América Latina, II: La época colonial* (Historia Universal Siglo Veintiuno XXII, Madrid, 1971), 183; y aquí mismo, infra, el texto citado en la nota 32.

4 Véanse, por ejemplo, las Ordenanzas para los yanaconas de Charcas dictadas por el virrey D. Francisco de Toledo, La Plata, 7 de febrero de 1574, en Roberto Levillier, ed.,

Juan de Matienzo, el célebre oidor de la Audiencia de Charcas, define en su *Gobierno del Perú* los cuatro distintos tipos de yanaconas que existían: los que servían en el cultivo de chacras, a las que estaban adscriptos en forma perpetua; los que servían como domésticos en las casas de los españoles; los que trabajaban en las minas; y los que se dedicaban al cultivo de la coca.[5] De estos cuatro tipos nos interesan aquí los dos primeros, por corresponder a ellos los yanaconas que existieron en el Tucumán.

Dos rasgos principales permiten caracterizar a los yanaconas: la adscripción permanente al servicio de los españoles y la desvinculación de sus comunidades originarias. Ambos explican su acelerada hispanización, fenómeno que, por razones obvias, se manifiesta sobre todo entre los yanaconas domésticos que servían a los españoles en sus casas. Debido a su peculiar posición entre las dos sociedades o "repúblicas", la indígena y la española, ellos mismos fueron eficaces agentes de hispanización de la primera.

Introducción del yanaconazgo en el Tucumán

Como más arriba quedó insinuado, los españoles no sólo adoptaron en el Perú la institución del yanaconazgo sino que también extendieron su vigencia a las nuevas regiones que desde allí conquistaron, de la misma manera que antes lo habían hecho, a partir de las islas antillanas, con el sistema de los naborías. Tal fue el caso del Tucumán.

En esta provincia, como en otras, la institución estuvo inicialmente representada por yanaconas peruanos que los primeros conquistadores llevaron en su acopañamiento.[6] Por ello, en los más antiguos testimonios que encontramos sobre la presencia de yanaconas en el Tucumán, no puede precisarse si quienes reciben ese nombre son indios del Perú o si se trata de naturales de la provincia sometidos ya por los españoles: así, por ejemplo, en una probanza donde se lee que, cuando Juan Núñez de Prado despobló la itinerante ciudad del Barco (la actual Santiago del Estero) del primer asiento en que la fundara, los nativos alzados "mataron muchos yanaconas, piezas e indias de servicio de los vecinos".[7] Y la misma duda aun se presenta respecto a referencias no tan antiguas, como una información en la que se dice que, poco después

Gobernantes del Perú: Cartas y papeles. Siglo XVI (14 vols., Madrid, 1921-1926) VIII, 241-256.

5 Matienzo, *Gobierno*, 26. En su obra, Matienzo afirma la conveniencia de conservar la institución.

6 Conforme a la práctica habitual en tales empresas, los españoles que entraban desde el Perú a la conquista del Tucumán iban acompañados por indios de servicio; así, por ejemplo, consta que Pedro González de Prado, uno de los participantes en la famosa entrada de Diego de Rojas, llevó consigo en aquella expedición "muchos indios de su servicio" (Información de servicios de Pedro González de Prado, Cuzco, 1548, en Roberto Levillier, ed., *Gobernación del Tucumán: Probanzas de méritos y servicios de los conquistadores. Documentos del Archivo de Indias* (2 vols., Madrid, 1919-1920 I, 13 y 45).

7 Probanza contra Juan Núñez de Prado, Santiago del Estero, 1556 (ibíd., 466).

de fundada la ciudad de Córdoba (1573), los indios de sus alrededores, que estaban rebelados, "mataban muchos yanaconas y caballos";[8] o el testimonio de la toma de posesión de una encomienda en 1575, donde aparece sirviendo de intérprete un indio llamado Miguel, "yanacona ladino" de un vecino de aquella misma ciudad.[9] El hecho es que, sin duda, en la provincia coexistieron yanaconas peruanos y tucumanos, estos últimos en número creciente a medida que lo conquistadores iban haciendo efectivo su dominio sobre la población nativa. Por otra parte, es de notar que aquellos indios peruanos conservaron por largo tiempo su identidad: como se verá más adelante, cuando nos ocupemos de las Ordenanzas del licenciado don Francisco de Alfaro, sus descendientes eran todavía identificados como tales en la segunda década del siglo XVII; y, si no me equivoco, ellos mismos son los que formaron el pueblo llamado "de los Ingas", en la jurisdicción de la ciudad de San Miguel de Tucumán, que aún existía con ese nombre en la segunda mitad de la siguiente centuria.[10]

En cuanto a los yanaconas propiamente tucumanos, conviene advertir en primer lugar que, según parece, en el Tucumán, al igual que en el Perú, el vocablo servía para designar en forma genérica a todos los indios de servicio; al menos eso mueve a pensar la definición que daba el gobernador Juan Ramírez de Velasco: "yanaconas, que son indios de servicio".[11] Por otra parte, en forma ya más específica, el término se aplicaba en el siglo XVI a no menos de tres categorías de servidores indios, que es preciso distinguir.

Yanaconas de encomienda

Primeramente encontramos a los que aquí llamaremos yanaconas "de encomienda" o "de repartimiento".[12] Eran éstos indios que, perteneciendo a una encomienda, se hallaban permanentemente en servicio de su encomendero. En la misma carta que acaba de citarse, Ramírez de Velasco explicaba así al Rey cómo los vecinos de la gobernación usaban del servicio de los indios de sus repartimientos:

8 Información de servicios de Hsrnán Mejía Miraval, Santiago del Estero, 1584 (ibid., II, 32).

9 Testimonio de la posesión de una encomienda por Juan de Mitre, Córdoba, 16 de agosto de 1575 (AHC, Exptes. Judiciales, Escribanía 1, leg. 1, expte. 5).

10 Del pueblo de los Ingas se encuentra mención, por ejemplo, en 1764, en el juicio de residencia del gobernador Juan Victorino Martínez de Tineo (AHN, Consejos 20375, pieza 5a., fol. 97).

11 Juan Ramírez de Velasco a S. M., Santiago del Estero, 2 de octubre de 1590 (Roberto Levillier, ed., *Gobernación del Tucumán: Papeles de gobernadores en el siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias* (2 vols., Madrid, 1920, I, 288).

12 En el Tucumán, como en otras provincias indianas, los términos "encomienda" y "repartimiento" eran empleados como sinónimos, y así serán usados en este trabajo. Como es sabido, en la Nueva España la palabra "repartimiento" tenía un significado muy distinto; he creído por ello pertinente hacer esta aclaración, a fin de evitar confusiones.

"En estas provincias está en costumbre servirse los encomenderos de sus indios en el servicio de sus casas y granjerías en esta manera, que tienen alguna cantidad en sus casas para el servicio de ellas y de sus caballos y haciendas, y sus mujeres sirven de amasar, colar y hacer las demás cosas necesarias en el servicio de una casa; demás de esto traen de 15 en 15 días cual diez, cual quince, cual veinte, conforme a la cantidad de indios que cada uno tiene".[13]

Puede verse en el texto transcrito que, mientras unos indios estaban permanentemente al servicio de sus encomenderos y vivían con ellos, los demás, que seguían residiendo en sus pueblos, sólo acudían a servir de tiempo en tiempo (dando "mitas", como se decía en la época). A los primeros se los designaba como yanaconas. Esto último no lo dice Ramírez de Velasco, pero ello puede colegirse cotejando el anterior testimonio con una de las ordenanzas que años antes dictara el gobernador Gonzalo de Abreu, en la cual se dispone:

"Iten, que ningún encomendero sea osado de servirse de más yanaconas, indios e indias e muchachos en el servicio de sus casas, chácaras y estancias e haciendas de los que por mí o por el visitador que para ello nombrare les fuese moderado y señalado, so pena de perdido el servicio que no estuviere visitado y de veinte pesos más".[14]

Parece claro que estos yanaconas de los encomenderos a los que se refiere Abreu son los mismos indios de servicio que, según Ramírez de Velasco, cada repartimiento proporcionaba a su poseedor. También encontramos mención de los yanaconas de encomienda en el caso siguiente: En 1589 Antonio Suárez Mejía, vecino de Córdoba, fue desposeído en favor de Adrián Cornejo, vecino asimismo de esa ciudad, de ciertos pueblos que tenía en encomienda; con tal motivo, el gobernador Ramírez de Velasco dio poder a Francisco Pérez de Aragón para que juntase a los indios de aquel repartimiento, sacándolo de poder de Suárez Mejía o de cualquier otra persona que los tuviera, y los entregase a Cornejo. En el mandamiento dictado a ese efecto se especificaba que Aragón para que juntase a los indios de aquel repartimiento, sacándolos de poconas e indias e muchachos e servicio personal que servía de los dichos pueblos al dicho Antonio Suárez y dallo al dicho Adrián Cornejo".[15]

De los testimonios expuestos puede concluirse, pues, que en cada repartimiento se señalaba un cierto número de indios que recibían el nombre de yanaconas, los cuales servían permanentemente a su encomendero en su casa o en sus chacras y estancias y allí residían. Tales indios se diferencia-

[13] Levillier, *Gobernación del Tucumán: Pepeles* I, 293-294.

[14] Ordenanzas de Gonzalo de Abreu, Santiago del Estero, 10 de abril de 1576 (ibid., II, 44).

[15] Mandamiento de Juan Ramírez de Velasco, Córdoba, 1 de diciembre de 1589 (AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 7, leg. 3, expte. 4).

ban de los otros, no sólo por su condición de servidores permanentes, sino también porque aquel servicio constituía la única prestación a la que estaban obligados, es decir, que no debían además pagar tributo. Así lo señalaba Francisco de Arévalo Briceño, alguacil mayor de la Real Audiencia de Charcas, que fue comisionado por ésta para sacar del Tucumán al gobernadon Hernándo de Lerma debido a las quejas que contra él se daban. Según escribía Arévalo Briceño, Lerma había enviado a Chile cierta cantidad de ropa para que fuese allí vendida por su cuenta; y, para la conducción de ella, se habían sacado del pueblo de Soconcho diez indios, de los cuales "los ocho eran indios de tasa y los dos eran yanaconas, que quiere decir hombres que sirven y no son tributarios a tasa".[16]

Ahora bien, como se habrá advertido, estos servidores puestos a disposición de los encomenderos no eran yanaconas en el estricto sentido del término, pues falta en ellos uno de los rasgos característicos que antes he señalado: la desvinculación de sus pueblos. Porque aunque estos indios residían habitualmente con sus encomenderos y no en sus comunidades, sin embargo no perdían los lazos que los unían a éstas: ellos servían al encomendero (que lo era del pueblo de donde procedían) en su condición de miembros de tal pueblo; y, como se ha visto en el caso de la encomienda que de poder de Antonio Suárez Mejía pasó a manos de Adrián Cornejo, dichos indios seguían la suerte del repartimiento al que pertenecían al cambiar éste de poseedor.

Gonzalo de Abreu, según queda expuesto, dispuso que el gobernador o un visitador por él nombrado señalase el número de indios de cada repartimiento que servirían como yanaconas a su encomendero. Ningún indicio he encontrado acerca de la observancia que tuvo tal mandato.

Yanaconas desmembrados de pueblos de encomienda

Las dos categorías de yanaconas de las que a continuación nos ocuparemos corresponden ya plenamente a la institución del yanaconazgo tal como ha sido caracterizada. La diferencia entre ellas —que hace aconsejable su tratamiento por separado— no reside en las condiciones en las que los indios de una y otra se hallaban, sino en su distinto origen.

Una de esas categorías la constituían indios que eran desarraigados de sus pueblos para servir a personas que no eran encomenderos de éstos. Tales indios, al ser dados como yanaconas, quedaban separados del repartimiento al que habían pertenecido; y no sólo eso, sino que también podía ocurrir que fuesen llevados fuera de la jurisdicción de la ciudad dentro de cuyos términos estaban sus pueblos de origen, como en los ejemplos que siguen podrá verse.

Un indio llamado Andrés, oriundo de un repartimiento de la ciudad de

[16] Francisco de Arévalo Briceño "a un Ilustrísimo", sin fecha pero de 1585 (AGI, Patronato 192, no. 1, ramo 74).

Nuestra Señora de Talavera perteneciente a Bartolomé Valero, fue dado por Gonzalo de Abreu como yanacona a don Baltasar Maldonado, vecino de Córdoba. La posesión del yanacona debe de haber sido motivo de litigio pues, el 8 de febrero de 1580, el mencionado gobernador dictó un mandamiento en el que se ordena que Andrés "sirva al dicho don Baltasar Maldonado sin embargo que le pida la parte de Valero ni otra persona", y se ampara "en los demás yanaconas, indios e indias de su servicio al dicho con Baltasar; y les mando –agrega– que le sirvan sin embargo de cualesquier mandamiento o depósitos que de ellos tengan el dicho Valero u otras personas". Maldonado presentó este mandamiento ante el teniente de gobernador de Córdoba, Juan de Molina Navarrete, pero éste declaró que no debía cumplirse lo ordenado por Abreu, "porque antes de agora le tiene hecha merced su señoría del dicho señor Gobernador al dicho Juan de Molina Navarrete, teniente de gobernador, con voluntad de Bartolomé Valero, vecino de la ciudad de Nuestra Señora de Talavera, por un depósito a merced que del dicho yanacona Andrés tiene" y en cuya virtud se estaba sirviendo de él. No valieron para el gobernador Abreu los argumentos de Molina, y en un nuevo mandamiento proveído el mes siguiente el primero reiteró su orden y multó al segundo por inobediente.[17] Lo que aquí interesa destacar del caso es que Gonzalo de Abreu hizo merced de un indio de Talavera, en calidad de yanacona, a un vecino de Córdoba (mejor dicho, a dos vecinos de esta ciudad, sucesivamente, pues, según lo que se ha visto, el Gobernador dio primero el indio a Molina Navarrete y más tarde, dejando sin efecto la anterior concesión, a don Baltasar Maldonado). Y, como se ha visto, el Teniente de gobernador afirmaba que a él se le había hecho la merced con consentimiento de Bartolomé Valero, titular de la encomienda de donde procedía el yanacona. El hecho es que ese indio, en virtud de lo dispuesto por el Gobernador, no sólo quedó separado de su pueblo de origen, sino que fue desnaturalizado de la jurisdicción de Talavera y llevado a vivir a una ciudad distante.

El que acaba de verse no es un caso único. Pocos años más tarde, el mismo Bartolomé Valero, vecino de Nuestra Señora de Talavera, fue con el gobernador Hernando de Lerma a la fundación de la ciudad de Salta. En los términos de ésta dicho gobernador le otorgó una nueva encomienda, en forma provisional: si dentro de dos años Valero decidía quedarse avecindado en Salta se le confirmaría la merced de indios en esta ciudad, pero al mismo tiempo haría dejación del repartamiento que ya poseía en Talavera; en caso contrario, escogiendo el susodicho regresar a su primera vecindad, conservaría aquel repartimiento y quedaría sin efecto la concesión del nuevo. Ahora bien, Lerma estableció que, en el primer supuesto, Bartolomé Valero podría sacar de la encomienda de Talavera (y llevar a Salta) "diez yanaconas para su servicio".[18] Es decir que, en ese caso, diez indios de una ciudad, asignados como yanaconas, serían desnaturalizados y llevados a otra.

[17] AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 1, leg. 1, expte. 4.

[18] Registro de las encomiendas hechas por el Lic. Hernando de Lerma en la ciudad de Salta (fragmento), Salta, 8 de abril de 1583 (ANB, Audiencia de Charcas Expedientes 1631-9, fols. 6-6v).

La concesión de yanaconas de la categoría que estamos examinados fue una práctica seguida comúnmente por los gobernadores del Tucumán durante muchos años. Expresas referencias a la misma pueden encontrarse en algunos títulos o comisiones despachados por aquéllos a sus tenientes. Así, Gonzalo de Abreu, al designar al capitán Tomás González como su teniente de gobernador en la ciudad de Talavera, le dio poder para "hacer depósitos de cualesquier repartimiento de indios e pueblos, cacique [y] yanaconas que vacaren en cualesquier personas, por tanto que sean obligados dentro de un breve tiempo [a] pedirme confirmación de los tales depósitos".[19] Y Juan Ramírez de Velasco, en la comisión que dio a don Francisco de Argañaraz y Murguía para fundar la ciudad de San Salvador de Jujuy, incluyó la siguiente cláusula:

> "...os doy poder para que, hallando y descubriendo algunos pueblos de indios que no estén dados ni repartidos y de servidumbre, podáis dar, señalar y depositar a los pobladores y personas beneméritas hasta en cantidad de doce indios yanaconas".[20]

Aquella práctica, como es obvio, provocaba la desmembración de los repartimientos de los cuales se segregaban los indios dados en calidad de yanaconas. El alguacil Francisco de Arévalo Briceño, de quien se hizo mención más arriba, informaba en 1585 que cuando, en cumplimiento de su comisión, prendió a Hernando de Lerma para conducirlo a la Audiencia de La Plata, éste, al detenerse de camino en la ciudad de Nuestra Señora de Talavera, para congraciarse con los vecinos les hizo distintas mercedes: a unos otorgaba encomiendas, a otros les acrecentaba en una vida más las que ya tenían, a otros daba estancias.

> "Y a otros –agrega el informe–hacía mercedes sacando muchos indios de sus repartimientos, tributarios y de tasa, haciéndolos yanaconas de sus propios encomenderos, que quiere decir criados de su casa, dándoselos por cédulas para que les sirviesen en todos oficios de labradores, pastores y caballerizos, hortelanos y leñadores; todo lo cual era en notable perjuicio de los demás indios de sus repartimientos pues los desmenuían y quitaban los compañeros que les ayudaban a cumplir con sus tasas y

[19] Título de teniente de gobernador dado por Gonzalo de Abreu a Tomás González, Nuestra Señora de Talavera, 5 de noviembre de 1577, en Expte. de confirmación de encomienda a Pedro Martínez de Pastrana (AGI, Charcas 103). Los depósitos eran mercedes provisionales, que debían perfeccionarse mediante la confirmación de una autoridad superior, en este caso el Gobernador.

[20] Comisión dada por Juan Ramírez de Velasco a D. Francisco de Argañaraz y Murguía, Santiago del Estero, 25 de enero de 1593, cit. por Miguel Ángel Vergara, *Orígenes de Jujuy* (2a. ed., Jujuy, 1961), 128. Es de notar que, en este caso, sólo se habla de dar como yanaconas a indios de pueblos no encomendados.

tributos, y asimesmo era en grande ofensa de los encomenderos que habían de subceder en aquellos repartimientos y vecindades".

Y añade que lo mismo había hecho Lerma luego, cuando se detuvieron en Salta.[21]

Los ejemplos que siguen servirán para ilustrar mejor cómo se hacían estas mercedes de yanaconas. En 1574 Gonzalo de Abreu encomendó al capitán Tomás González varios pueblos y parcialidades de indios en la jurisdicción de Nuestra Señora de Talavera, parte de los cuales había poseído anteriormente Julián Martínez y por su muerte estaban vacos; estos últimos, se aclara en la cédula de merced, "os encomiendo con que se entienda que no os hago merced ni encomienda [de] los yanaconas y piezas de servicio que tenía en su casa y chácaras y estancias del dicho Julián Martínez al tiempo de su fin y muerte", pues el Gobernador reserva a tales piezas para hacer merced de ellas a otras personas.[22] Aquí se apartan de una encomienda sus propios yanaconas (es decir, yanaconas de los que llamamos "de repartimiento") para darlos por separado. El mismo parece ser el caso que se encuentra en la encomienda que, a fines del siglo, dio el gobernador don Pedro de Mercado de Peñaloza a Gaspar de Quevedo: éste recibió los pueblos que en la jurisdicción de Córdoba habían quedado vacos por muerte de Diego de Castañeda, "eceto –precisó el Gobernador– los indios de Nonosacate, que tengo encomendados en Diego de Sotomayor, vecino de esta ciudad, y ciertos yanaconas en Francisco Gómez".[23]

Las mercedes de yanaconas constituyen uno de los aspectos principales de las fraudulentas maniobras que, en burla de las leyes, frecuentemente se hacían con las encomiendas en el Tucumán de la época, y de las cuales se verán varios ejemplos más adelante. Aquí es oportuno presentar el que sigue, como otra muestra de las desmembraciones de repartimientos que se realizaban dando yanaconas. En 1605 el capitán Juan de Molina Navarrete, vecino de Córdoba, hizo dejación de veinte indios de su repartimiento; en realidad, tal dejación no tenía más objeto que transferir dichos indios a Juan de Molina, hijo de aquél. En efecto, dos días más tarde el gobernador Francisco de Barrasa y de Cárdenas (quien, desde luego, estaba de acuerdo con las partes interesadas) encomendó en el dicho Juan de Molina los indios que habían quedado vacos a consecuencia de la citada dejación, dándoselos por yanaconas.[24] Como no se dice que tales indios hubiesen sido antes yanaconas, es de suponer que eran tributarios y que por la merced hecha a Juan de Molina pasaron a aquella condición.

Incluso llegaban a darse todos los indios de un repartimiento como yanaconas. En 1603, habiendo doña María Hernández o Fernández hecho dejación de los pueblos de Alamopila y Yucucu, pertenecientes a la jurisdicción de San Miguel de Tucumán y poseídos por la susodicha en segunda vida, Francisco de Barrasa encomendó sus indios a Tomás Díaz por dos vidas, como era usual, pero dándoselos por yanaconas, "atento –explicó el Gobernador– a que me consta por información son pocos, que no llegan a treinta, y que han servido siermpre [como] yanaconas".[25] Lo que no se dice en el título es que Díaz era esposo de doña María, de modo que la encomienda hecha en él (que ya gozaba de esos pueblos como conjunta persona de su mujer) en realidad fue un recurso fraudulento para prolongarle por una vida más la posesión del repartimiento.[26]

En otros casos, todos los indios de una encomienda eran dados por yanaconas, pero no a una sola persona, como en el ejemplo anterior, sino distribuidos entre varias. Así ocurrió con los naturales del pueblo de Socopa luego que su encomendero, Sancho de Paz (cuñado del gobernador Barrasa), hizo dejación de ellos para poseer otro repartimiento.[27]

Creo que con las referencias hasta aquí expuestas queda suficientemente documentada la vigencia en el Tucumán, en el siglo XVI y a comienzos del XVII, de la práctica de separar indios de sus pueblos para convertirlos en yanaconas. Páginas adelante habrá ocasión de abundar en más ejemplos.

Yanaconas capturados en guerra

Resta ahora ocuparnos de la segunda categoría de yanaconas propiamente dichos que he distinguido. Trátase de indios capturados en acciones de guerra y repartidos luego como gente de servicio, por lo general entre los mismos españoles que habían tomado parte en aquéllas.

Consta, por ejemplo, que los pobladores de Córdoba acostumbraban hacer incursiones armadas en la jurisdicción de la ciudad para reducir a los naturales aún no sometidos, y los indios (las "piezas", como se decía) que entonces se apresaban eran repartidos entre los participantes en las expediciones, quienes se servían de ello en el servicio de sus casas y en el cuidado de sus chacras y estancias. En 1587 Ramírez de Velasco concedió a los vecinos y

21 Francisco de Arévalo Briceño al Consejo de Indias, La Plata, 13 de febrero de 1585 (AGI, Charcas 42). En este caso, aunque los indios fueron dados como "yanaconas de sus propios encomenderos", quedaban de todos modos separados de los repartimientos: de allí el perjuicio (la "grande ofensa" señalada por Arévalo) que de ello había de resultar para los futuros poseedores de tales encomiendas, pues disminuía el número de indios de éstas.

22 Título de encomienda a Tomás González, Santiago del Estero, 20 de agosto de 1574, en Expt. de confirmación de encomienda a Pedro Martínez de Pstrana (AGI, Charcas 103).

23 Título de encomienda a Gaspar de Quevedo, Córdoba, 21 de enero de 1598 (AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 1, leg. 46, expte. 2).

24 Título de merced de yanaconas a Juan de Molina, Córdoba, 22 de junio de 1605 (AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 1, leg. 64, expte. 4).

25 Título de encomienda a Tomás Díaz, Santiago del Estero, 11 de agosto de 1603, en Expte. de vacante de la encomienda de Colalao y sus anejos (AGI, Charcas 104).

26 Memorial de D. Francisco Salcedo a S. M., Santiago del Estero, 18 de septiembre de 1605 (AGI, Charcas 37).

27 *Ibid.*

moradores de Córdoba el tener dichos indios a título de yanaconas.[28] Dos años más tarde, el Cabildo cordobés encargó a su procurador Hernán Mejía Miraval que pidiese al Rey confirmación de esta merced;[29] ignoro cuál fue —si la hubo— la respuesta del monarca.

La de hacer correrías armadas para reducir a los indios y de repartir entre los españoles los cautivos que en esas oportunidades se tomaban era una práctica generalizada. Es probable, por tanto, que Ramírez de Velasco haya otorgado a otras ciudades de la gobernación mercedes similares a la que acaba de verse, aunque ésta sea la única de la que he encontrado noticia. De todos modos, consta que el dar como yanaconas indios capturados en guerra estaba en uso desde antes del gobierno de aquél. Su antecesor, Hernando de Lerma, incluyó entre los yanaconas que dio en merced al licenciado don Diego Pedrero de Trejo, chantre de la Catedral del Tucumán, a "Diego, natural del valle de Salta, tomado en la guerra".[30]

Como dije antes, Juan Ramírez de Velasco hizo la referida merced de yanaconas a los "vecinos y moradores" de Córdoba, esto es, a los encomenderos y no encomenderos, a quienes en la época se distinguía designándolos con aquellos nombres.[31] Tanto los unos como los otros intervenían en las correrías o "malocas" contra los indios y participaban en el reparto de las piezas capturadas en ellas. La asignación de tales yanaconas tenía una especial significación para los segundos, quienes, careciendo de encomiendas, no disponían del servicio que a los primeros proporcionaban sus repartimientos; el reparto de piezas, que les permitía suplir esa carencia, revestiría entonces para ellos una importancia fácil de imaginar. Y a este respecto es interesante consignar que el expediente de suministrar mano de obra indígena a los moradores mediante la captura de indios no reducidos fue expresamente propuesto a la Corona, un año antes de que Ramírez de Velasco otorgase a Córdoba la mercerd que se ha visto, por el Cabildo de Santiago del Estero, la capital de la gobernación:

> "Suplican a Vuestra Majestad —decían en un memorial los cabildantes— que para que, demás de los feudatarios de Vuestra Majestad que tienen repartimientos en estas provincias, puedan sustentarse los moradores de ellas y se ennoblezca la tierra, se dé licencia y mande que vuestros gobernadores hagan entradas en los indios de guerra que llaman chiriguanaes, que es gente que come carne humana, idólatras del demonio y poco fruto no puede ser poblada de españoles, y saquen a estas provincias los que pudieren ser habidos y se les dé y reparta por naborías, para que con ellos, después de industriados en las cosas de nuestra santa Fe católica y buena pulicía, puedan hacer haciendas de heredades, con lo cual será muy poblada la tierra y algunos valles que están desamparados, y los pobres que han quedado sin suerte de encomiendas de indios por esta forma sean remediados y la tierra muy ensanchada".[32]

Hasta donde sé, nunca obtuvo esta propuesta aprobación de la Corona.

En las páginas finales del presente trabajo podrá verse cómo la distribución, en calidad de sirvientes, de indios capturados en expediciones guerreras siguió vigente en el Tucumán hasta muy tarde.

Yanaconas de conventos, de iglesias y de eclesiásticos

No sólo los vecinos y moradores de la provincia poseían yanaconas de una u otra categoría. Era también frecuente que los conventos de religiosos recibiesen indios de esta calidad para su servicio, y asimismo se encuentran casos en que aquéllos son dados a la iglesia catedral y a algunos clérigos. El punto (que reviste un especial interés pues, como se sabe, desde las Leyes Nuevas de 1542 quedó prohibida la asignación de indios en encomienda a personas e institutos eclesiásticos) será ilustrado con las noticias que siguen.

En la década de 1570 quedaron vacos en el distrito de Córdoba ciertos pueblos de indios por dejación que de ellos hizo Jerónimo Vallejo, y los religiosos de la orden de la Merced obtuvieron entonces posesión de ellos a título de yanaconas, la cual les fue concedida por el gobernador Gonzalo de Abreu. Más tarde, sin embargo, el propio Abreu, invocando lo dispuesto en una cédula real y acusando además a los frailes de no haber poblado convento en dicha ciudad (para cuyo fin, según parece, les había sido otorgada tal merced), revocó aquella concesión y encomendó los indios en un vecino.[33]

Pocos años más tarde volvemos a encontrar a los mercedarios, involucrados esta vez en un sonado conflicto con el gobernador Hernando de Lerma. Bueno será advertir desde un comienzo que, según todo lo hace pensar, la cuestión de los yanaconas no jugó en tal disputa más papel que el de un pretexto. De todos modos, el caso aporta referencias muy interesantes para

[28] Mandamiento de Juan Ramírez de Velasco, Santiago del Estero, 26 de diciembre de 1587 (*Archivo municipal de Córdoba* (8 vols., Córdoba, 1880-1884) II, 18).

[29] Instrucción del Cabildo de Córdoba al procurador Hernán Mejía Miraval, Córdoba, 6 de diciembre de 1589 (ibíd., 151; y Roberto Levillier, ed., *Gobernación del Tucumán: Correspondencia de los cabildos en el siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias* (Madrid, 1918), 424).

[30] Título de merced de yanaconas al Lic. D. Diego Pedrero de Trejo, Nuestra Señora de Talavera, 19 de agosto de 1582 (AGI, Charcas 142).

[31] Sobre esta distinción véase Gastón Gabriel Doucet, "Feudatarios y soldados en el Cabildo de Córdoba", *Revista de Historia del Derecho* II (Buenos Aires, 1974).

[32] El Cabildo de Santiago del Estero a S. M., Santiago del Estero, 18 de diciembre de 1586 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Correspondencia*, 258). Este es el único caso que he encontrado en el que se emplea en el Tucumán el término "naborías" en lugar de "yanaconas".

[33] Título de encomienda a Blas de Peralta, Córdoba, 8 de mayo de 1579 (IEA, Fondo documental 1139). Lamentablemente, la copia de este documento que se conserva está plagada de errores, y algunos pormenores del caso no quedan muy en claro.

nuestro propósito.[34] El hecho es que en 1581 el licenciado Hernando de Lerma ordenó al comendador del convento mercedario de Santiago del Estero, fray Nicolás Gómez, que exhibiese el título de encomienda de los indios que dicho convento poseía, posesión que, señalaba el Gobernador, iba en contra de lo dispuesto por las leyes. En respuesta, el padre Gómez presentó una petición en la que decía:

> "...por los registros originales de la gobernación vuestra señoría verá las dichas cédulas de yanaconas que el dicho convento tiene, dados en nombre de la Real Majestad por sus gobernadores como a pobladores y conquistadores que habemos sido, los cuales se han dado para fundar los templos y conventos de la dicha orden en la dicha provincia y para los reparos de ellos y sustento de las sementeras y ganados de que los religiosos se sustentan".

Según el Comendador, de otro modo no podrían mantenerse los frailes y permanecer en la provincia, "por no haber oro ni plata ni réditos de rentas ni heredades de adonde puedan vivir ni tener recurso"; por ello, decía, para que haya religiosos que conviertan y doctrinen a los nativos, "con el beneplácito de Su Majestad y de las reales audiencias suyas, que causas tan urgentes les consta, los dichos gobernadores, por los reales y plenos poderes que han tenido, han dado las dichas cédulas de yanaconas a la dicha orden y conventos de la dicha provincia para el fin y efeto aquí referido". Agregaba fray Nicolás que tales indios estaban bien dados por el particular servicio que los frailes de la Merced habían prestado siendo los primeros, tanto en le Perú como en el Tucumán, que fundaron casas, compartiendo los trabajos de la conquista, y que su orden poseía yanaconas con justo título, como también los poseían la de San Francisco en la misma provincia y las de Santo Domingo y San Agustín en otras. Afirmaba luego que, como era público, el Gobernador, por particular pasión, pretendía quitar a los conventos mercedarios sus yanaconas, y requería a aquél que no lo hiciese así, pues en caso de verificarlo los religiosos de la orden saldrían de la gobernación, y lo hacía responsable por "los daños e menoscabos, ansí de sementeras, ganados e otras cosas' que resultasen a consecuencia de la privación de "los dichos yanaconas que lo guardan e sustentan".

A continuación, el 25 de agosto, Lerma dictó un auto en el que declaraba que, atento a estar prohibido encomendar indios a iglesias, hospitales y monasterios, no podía tenerlos el convento de la Merced. Además afirmaba que los frailes mercedarios de la provincia (por quienes sin duda no sentía dema-

[34] Sobre aquel conflicto véase Ramón J. Cárcano, *Primeros luchas entre la Iglesia y el Estado en la gobernación de Tucumán, siglo XVI* (Buenos Aires, s. f.), 32-76; Roberto Levillier, *Nueva crónica de la conquista del Tucumán* (3 vols., Madrid y Buenos Aires, 1927-1931) III, 115-123; y Cayetano Bruno, S.D.B., *Historia de la Iglesia en la Argentina* (12 vols., Buenos Aires, 1966-1981) I, 384-387.

siado afecto) eran muy atrevidos y perturbadores del orden, y que impedían la ejecución de la real justicia, por lo cual, aun en el caso de que tuviesen derecho a poseer tales indios, el mejor medio que se le ofrecía para reducirlos a la humildad y obediencia que debían tener era quitárselos. El Gobernador denunciaba "haberse servido y aprovechado los frailes de la dicha orden de los indios e repartimiento que tienen contra cédulas de Su Majestad en aprovechamiento e granjerías suyas particulares, y llevando o enviando los dichos indios a las provincias del Perú con su ropa e mercaderías y dando orden como se queden en ellas, de que ha resultado estar el dicho repartimiento desipado e desminuido", e insistía en que conforme a cédulas y provisiones reales no podían poseer indios los religiosos, aunque para defraudar a aquéllas daban a los que tenían en sus casas el nombre de yanaconas, "siendo indios de encomienda como los demás de esta gobernación". En consecuencia, Lerma declaró vacos, para ser encomendados en personas beneméritas, los indios que tenían los mercedarios así en el convento de Santiago del Estero como en el de Nuestra Señora de Talavera; y, respecto al sustento de los religiosos, manifestó:

> "...si, haciendo los dichos frailes lo que deben e acudiendo a su obligación, tuvieren necesidad de alguna cosa para sustento suyo e de las dichas casas e conventos, ocurran a su señoría, que dará orden como sean proveídos de todo lo necesario, como lo ha fecho cuando ha parecido convenir y lo hace con la casa e convento del Señor Sant Francisco".

El padre Comendador negó la acusación de que los mercedarios hubiesen sacado indios de la provincia; según él, sólo había dado algunos yanaconas a un religioso para que le sirviesen en el camino de Santiago a Talavera, con orden de que se regresaran luego.[35] Pero sus argumentos no hicieron cambiar la decisión de Lerma.

El siguiente mes de septiembre fray Nicolás se quejó del despojo sufrido ante el deán don Francisco de Salcedo, administrador general del obispado; con lo cual el caso siguió fijado en el marco de las disputas entre el Gobernador y sus rivales, ya que también con Salcedo estaba enemistado aquél. El Deán ordenó a Lerma que manifestase si era verdad que había mantenido quitar "los indios yanaconas de servicio de las chácaras, ganado y casa de Nuestra Señora de las Mercedes de Santiago del Estero"; a lo que contestó el Gobernador, no sin impugnar la jurisdicción del dignatario, invocando una real cédula despachada en Valladolid el 1 de mayo de 1551 por la cual se prohibía tener encomiendas de indios a los monasterios, iglesias y hospitales. Además, Lerma afirmó que ya gobernadores anteriores a él habían quitado muchas veces los indios al dicho convento, y negó haber hecho cosa que no debiera.[36]

[35] Autos hechos por Hernando de Lerma contra los religiosos de la Merced y contra D. Francisco de Salcedo, 1581 (Roberto Levillier, ed., *Papeles eclesiásticos del Tucumán; Documentos originales del Archivo de Indias* (2 vols., Madrid, 1926, II, 271-278.

[36] Ibíd., 314-318. ..

Hasta aquí llega la información con que contamos acerca de este episodio, que permite ver cómo las órdenes religiosas recibían en merced indios yanaconas para el servicio de sus casas y para el cuidado de las sementeras y ganados de que aquéllas se sustentaban.

Aunque en los casos anteriores se ha visto a los gobernadores Gonzalo de Abreu y Hernando de Lerma pronunciarse contra la posesión de yanaconas por los conventos, y pese a que tal oposición contaba con un indudable respaldo legal, su actitud no fue imitada por sus sucesores y los institutos religiosos de la provincia siguieron gozando del servicio de indios que les eran asignados en aquella condición. De ello dan fe testimonios posteriores a la época de Lerma, como una memoria de los conventos de la orden franciscana en el Tucumán compuesta en 1609 por fray Miguel de San Juan, vice comisario de aquella custodia, donde se lee:

> "Las limosnas que dan los vecinos en esta gobernación de trigo y maíz se gastan en los yanaconas de los dichos conventos, y en algunas partes es tan poca que es necesario cercenar los guardianes de otras cosas necesarias en la tal casa para comprárselo; y son tan necesarios los yanaconas que a no tenellos estuvieran los conventos por tierra, porque los vecinos tienen ya poca caridad y menos indios, y si le[s] piden un indio para ayuda al reparo de la casa no lo dan"[37]

En una nota puesta al margen de esta memoria, el gobernador Alonso de Ribera consignó que el convento franciscano de la ciudad de San Miguel tenía 8 yanaconas.[38] Y en en otras notas marginales que el mismo puso a un informe similar acerca de los conventos mercedarios, se dice que de éstos el de San Miguel tenía 2 indios, 18 o 20 el de Esteco (o sea Talavera) y 6 el de Santiago del Estero.[39]

Lamentablemente, hasta esta fecha no he localizado ningún título de merced de yanaconas otorgado a un convento del Tucumán. La falta de semejantes documentos no nos permite conocer en detalle bajo qué condiciones eran concedidas esas mercedes.

También hallamos referencias a yanaconas en varios planes formulados para establecer casas de religiosas, los cuales, además, dan testimonio de que la posesión de indios por esos institutos eran considerado en el Tucumán como algo normal, pese a la existencia de las leyes aludidas, pues claramente se hablaba de ello en comunicaciones dirigidas a la Corona. Juan Ramírez de

37 Memoria de los conventos y religiosos franciscanos de la custodia del Tucumán, por Fr. Miguel de San Juan, Santiago del Estero, 5 de marzo de 1609 (José Torre Revello, ed., *Memorias y relaciones históricas y geográficas (Documentos históricos y geográficos relativos a la conquista y colonización rioplatense* I, Buenos Aires, 1941), 207).

38 Ibíd.

39 Memoria de las casas y religiosos mercedarios del Tucumán, por Fr. Pedro Guerra, sin fecha pero de 1609 (ibíd., 208-209).

Velasco, por ejemplo, proyectaba la fundación de un monasterio de monjas en la provincia, y preveía destinar al cuidado de dos estancias, que se establecerían para dar sustento a la comunidad, cincuenta yanaconas; éstos se juntarían, según manifestó el Gobernador al Rey, "de las mandas que se han hecho y de algunas vacaciones, con licencia de Vuestra Majestad".[40] Los términos empleados muestran que se pensaba dar al monasterio indios sueltos, desmembrados de sus repartimientos: algunos provendrían de mandas hechas por encomenderos, que habían dejado para la proyectada fundación unos naturales de sus encomiendas, mientras que otros, si lo autorizaba el soberano, se sacarían de repartimientos vacantes.

En cambio, en el caso de otro proyecto similar, años más tarde, se pensó en asignar todos los indios de una encomienda como yanaconas: En 1607, el Cabildo de Córdoba dio poder a un procurador para que pidiese al Rey limosna con destino a la fundación de un convento de monjas en dicha ciudad; y asimismo le encargó "pedir y suplicar a Su Majestad y al dicho su Real Consejo manden dar y despachar su cédula y provisión real muy apretada para que el gobernador que lo fuere de esta dicha provincia dé y encomiende al dicho convento de monjas que se fundare mediante la limosna que esperamos hará Su Majestad para tan santa obra el primer repartimiento de indios que vacare en esta ciudad, para que lo tengan por yanaconas para guarda de ganados y hacer sementeras de que se puedan sustentar las monjas del dicho convento".[41]

Además de los conventos, también la Catedral del obispado poseía yanaconas. El gobernador Francisco de Barrasa, al vacar un repartimiento, separó 10 indios de él y los dio en tal calidad a aquélla para su servicio, reparo y limpieza. "Si Vuestra Majestad fuere servido, bien les puedo dar más indios", manifestó al Rey cuando le informó de esto.[42]

Por último, consta que asimismo algunos eclesiásticos recibían yanaconas a título personal. Ya se ha mencionado el caso del chantre de la Catedral, don Diego Pedrero de Trejo; a éste dio el gobernador Lerma, en 1582, 3 indios y 2 indias.[43] Por su parte, otro eclesiástico, don Francisco de Salcedo, tenía yanaconas en su estancia de San Pedro Mártir, en la jurisdicción de San Miguel.[44]

40 Juan Ramírez de Velasco a S. M., Santiago del Estero, 2 de octubre de 1590 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Papeles* I, 288).

41 Poder del Cabildo de Córdoba al P. Fr. Lázaro Díaz, Córdoba, 28 de mayo de 1607 (*Archivo* IV, 393).

42 Francisco de Barrasa y de Cárdenas a S. M., Córdoba, 15 de marzo de 1605 (AGI, Charcas 26).

43 Título de merced de yanaconas al Lic. D. Diego Pedrero de Trejo, Nuestra Señora de Talavera, 19 de agosto de 1582 (AGI, Charcas 142.)

44 Escritura de donación otorgada por D. Francisco de Salcedo, Santiago del Estero, 17 de mayo de 1613 (Levillier, *Papeles eclesiásticos* I, 141 y 143; y Manuel Lizondo Borda, ed., *Documentos coloniales relativos a San Miguel de Tucumán y a la gobernación del Tucumán* (5 vols., Tucumán, 1936-1940) III, 73 y 74).

Duración de las mercedes de yanaconas

¿Por cuántas vidas se otorgaban en el Tucumán las mercedes de yanaconas? Es éste un punto de mucha importancia pero sobre el cual, lamentablemente, cuento con escasa documentación.

Las asignaciones de yanaconas que se hacían en el Perú tenían un carácter perpetuo, en lo que presentaban una notable diferencia con las mercedes de encomiendas, limitadas por la Ley de la Sucesión, como se sabe, a dos vidas. Se estableció, sin embargo, que los yanaconas pudiesen cambiar de amo con autorización de la justicia. Los yanaconas de chacras estaban perpetuamente adscriptos a la propiedad donde residían, y permanecían en ella al pasar la misma a un nuevo propietario.

En el caso del Tucumán parece haber contradicción entre los testimonios con que contamos. O, mejor dicho, parece que allí hubo dos distintos tipos de mercedes de yanaconas: unas otorgadas a manera de encomiendas, por dos vidas, y otras a perpetuidad. En efecto, en el primer caso encontramos la merced de los indios de Alamopila y Yucucu, dados todos ellos en calidad de yanaconas, como se vio más arriba, a Tomás Díaz: la concesión se hizo, como en una encomienda ordinaria, por dos vidas.[45] Y en el título de merced de yanaconas expedido por Barrasa en favor de Juan de Molina se dice a éste que los indios le son dados "para vos y para vuestro sucesor legítimo", lo cual parece expresar lo mismo, aunque no se emplee toda la fórmula habitual en las cédulas de encomienda.[46]

En cambio, no se hace ninguna mención del número de vidas en el también ya citado título que el gobernador Lerma dio al licenciado don Diego Pedrero de Trejo, lo que parece indicar que en este caso los indios eran dados a perpetuidad.[47] También viene aquí a cuento citar una carta de Ruy Díaz de Guzmán, el famoso cronista, quien siendo contador de la Real Hacienda en la gobernación de Tucumán escribía, refiriéndose a Barrasa y a las fraudulentas dejaciones de encomiendas que tan frecuentes fueron durante su gobierno:

> "Demás de esto el dicho Gobernador ha desmembrado muchos repartimientos gruesos, quitándoles veinte y treinta indios a cada uno por yanaconas perpetuos y dándolos a sus deudos y paniaguados antes de encomendar las encomiendas por medio de estas dichas dexaciones".[48]

[45] Título de encomienda a Tomás Díaz, Santiago del Estero, 11 de agosto de 1603, en Expte. de vacante de la encomienda de Colalao y sus anejos (AGI, Charcas 104).

[46] Título de merced de yanaconas a Juan de Molina, Córdoba, 22 de junio de 1605 (AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 1, leg. 64, expte. 4). En una de las Ordenanzas de indios que en 1612 dictó para el Tucumán el visitador D. Francisco de Alfaro, y de las cuales más adelante nos ocuparemos, se hace referencia a las encomiendas de yanaconas que los gobernadores de la provincia habían concedido "por dos vidas" (Roberto Levillier, ed., *Correspondencia de la ciudad de Buenos Ayres con los reyes de España* (3 vols., Buenos Aires y Madrid, 1915-1918) II, 296).

[47] Título de merced de yanaconas al Lic. D. Diego Pedrero de Trejo, Nuestra Señora de Talavera, 19 de agosto de 1582 (AGI, Charcas 142).

Como se ve, Díaz de Guzmán habla aquí de "yanaconas perpetuos". Además, en el caso de las mercedes de yanaconas otorgadas a conventos es de suponer que las mismas se daban a perpetuidad; lamentablemente, como ya se dijo, no contamos con ninguno de los títulos respectivos, que permitirían conocer con mayor precisión el asunto.

Ocupaciones de los yanaconas

En varios pasajes antecedentes ha habido oportunidad de mencionar las actividades en las que generalmente eran ocupados los yanaconas: servicio de las casas, cuidado de sementeras y guarda de ganados. Los ejemplos que siguen permitirán conocer más en detalle las funciones que ellos cumplían y apreciar mejor su importancia.

Respecto a las tareas de tipo doméstico, tenemos la declaración de una india, formulada en Córdoba en 1588, de la cual se desprende que los yanaconas llevaban a moler el trigo de los vecinos al molino que en aquella ciudad tenía Pedro de Soria el Mozo.[49] Por otra parte, en una información de servicios de don Francisco de Argañaraz y Murguía declaraba un testigo que, poco después de fundar aquél la ciudad de Jujuy, "habiendo enviado [a] los anaconas a cortar madera para cosas necesarias de la dicha poblazón, los in dios enemigos [...] mataron a cuatro o cinco indios yanaconas e hirieron a otros".[50]

El conocimiento de la lengua castellana hacía a los yanaconas aptos para diversos menesteres de mucha utilidad. Más arriba se vio a un yanacona desempeñarse como intérprete; en 1575 encontramos a otro haciendo de pregonero en la ciudad de Córdoba.[51]

Los yanaconas también eran ocupados como pobleros (mayordomos o capataces de los pueblos de encomienda), y se los ve en los testimonios de la época desempeñando misiones como la de conducir las mitas de los repartimientos para el servicio de los encomenderos. Por ejemplo, Gonzalo de Abreu escribía en una carta al Virrey:

[48] Ruy Díaz de Guzmán al Consejo de Indias, Santiago del Estero, 12 de mayo de 1607 (AGI, Charcas 47).

[49] Información hecha por orden del Cabildo de Córdoba, Córdoba, 9 de mayo de 1588 (*Archivo* II, 28-29).

[50] Información de servicios de D. Francisco de Argañaraz y Murguía, La Plata, 1597 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Probanzas* II, 532).

[51] *Archivo Municipal de Córdoba: Actas capitulares* (12 vols. hasta la fecha, publicados de manera discontinua, Córdoba, 1952-1981; en adelante, esta publicación será citada como *Actas*) I, 170.

"...se han encontrado yanaconas de Córdoba y de Cuyo yendo por las mitas a los pueblos de los indios de las dos ciudades".[52]

Y en una petición presentada años más tarde al gobernador Juan Ramírez de Velasco, Francisco Pérez Aragón, vecino de Córdoba, decía:

"...los vecinos de esta ciudad tienen costumbre de enviar sus yanaconas a sus repartimientos para llamar los indios y caciques para que vengan a servir y a oir la doctrina cristiana; y ansí yo habrá doce días que envié un yanacona a llamar algunos caciques y indios de mi encomienda, y dice el yanacona que pasando por un pueblo de la encomienda de Tristán de Texeda [...] salió un yanacona con indios del dicho Tristán de Texeda diciendo que se volviese y no pasase adelante porque lo flecharían y matarían".

Pérez Aragón pidió al Gobernador que prohibiese bajo severas penas el perturbar la asistencia de los indios al servicio y a la doctrina, lo que en efecto hizo Ramírez de Velasco.[53]

En el mismo expediente que acaba de citarse se encuentran los autos de un pleito entre el dicho Francisco Pérez Aragón y Juan Álvarez de Astudillo por la posesión de una encomienda. El último de los nombrados denuncia que el primero ha puesto en los pueblos en litigio "anacona poblero, sólo a fin de que no me reconozcan por amo".[54]

Sobre el desempeño de este tipo de funciones es también oportuna la cita de una de las Ordenanzas de Abreu, en la que se manda:

"...los dichos encomenderos sean obligados, por sus propias personas o [por las de] criados españoles [o] anaconas, a compeler y apremiar a los dichos indios de su encomienda que se pueblen y hagan sus casas juntas en un pueblo o dos".[55]

Entre las misiones que los encomenderos confían a sus yanaconas se cuenta asimismo, en los comienzos de la colonización, la de doctrinar a sus indios. En una información de la época se declara que, por falta de clérigos en la provincia, los vecinos "tienen indios yanaconas ladinos en la lengua, que están instruidos en la doctrina cristiana, y mestizos, los cuales andan entre los indios enseñándosela, y que éstos se la dicen cada día dos veces, una a la mañana

52 Gonzalo de Abreu al Virrey, San Clemente, 20 de marzo de 1577 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Papeles* I, 56).

53 Petición de Francisco Pérez Aragón y mandamiento de Juan Ramírez de Velasco, Córdoba, 2 de diciembre de 1589 (AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 1, leg. 3, expte. 3).

54 Petición de Juan Álvarez de Astudillo, Córdoba 17 de junio de 1590 (ibíd.).

55 Ordenanzas de Gonzalo de Abreu, Santiago del Estero, 10 de abril de 1576 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Papeles* II, 33).

e otra a la noche".[56] Y otro testigo dice que los encomenderos se valen de "yanaconas ladinos y mestizos que están instruidos en la doctrina cristiana y la saben de coro, y éstos van y asisten en los pueblos y la enseñan a los naturales".[57]

A la gran importancia que para los pobladores españoles tenía el contar con servicio de yanaconas parece que debe atribuirse una de las ordenanzas que don Francisco de Argañaraz y Murguía dictó para la ciudad de Jujuy, por él fundada, en la cual se lee:

"Iten, ordena y manda a todas los yanaconas que fueren y vinieren a esta ciudad, de cualquier parte que sean, sirvan en ella por seis años, y se cuenten desde el día de la fundación de ella. Y ninguna persona sea osada de los sacar de esta ciudad sin orden expresa de su señoría el gobernador Juan Ramírez de Velasco".[58]

La medida, desde luego, parece muy arbitraria, y es de presumir que habrá provocado no pocas quejas de parte de los poseedores de los yanaconas a los que se obligaba a permanecer en la ciudad. Por lo demás, ignoro qué cumplimiento alcanzó a tener tal ordenanza.

Según se ha visto, los yanaconas desempeñaban un papel principal como agentes de los españoles entre los indios de encomienda. En tal papel podían llegar a cometer graves atropellos contra éstos, sea por propia iniciativa, sea por orden de sus amos. Este último es el caso que se encuentra en la sentencia que Juan Ramírez de Velasco pronunció contra Jerónimo García de la Jara, vecino de Santiago del Estero, quien fue hallado culpable de haber matado a cinco indios y mandado ahorcar a una india; "y sus yanaconas —añade el documento— flecharon y mataron otra".[59] En otro testimonio se afirma que la proximidad de yanaconas ladinos era peligrosa para los indios de encomienda: Blas de Peralta, vecino de Córdoba, se opuso a una merced de tierras hecha a Juan de Soria, alegando que aquéllas pertenecían a los indios de su repartimiento, y que la estancia que Soria estaba poblando allí perjudicaría a sus encomendados, a quienes, por la proximidad, causarían serios daños los ganados "y el servicio de los yanaconas ladinos de la dicha estancia, aprovechándose cada día de los naturales forciblemente, sin poderles dar reparo y remedio, quitándoles lo que tienen y poseen, como es notorio quitar los yanaconas ladinos a los naturales lo que tienen, hasta las hijas y mujeres".[60]

56 Información hecha por orden del virrey D. Francisco de Toledo, Cuzco, 17 y 22 de septimbre de 1571 (ibíd., I, 409).

57 Ibíd., 411. Véase también ibíd., 413 y 415-416.

58 Ordenanzas de D. Francisco de Argañaraz y Murguía para la ciudad de San Salvador de Jujuy, Jujuy, 30 de abril de 1593, cit. por Vergara, *Orígenes*, 180-181.

59 Sentencia contra Jerónimo García de la Jara, Santiago del Estero, 10 de diciembre de 1588 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Papeles* I, 252).

60 Petición de Blas de Peralta, Córdoba, 9 de diciembre de 1585 (AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 1, leg. 1, expte. 11).

Los yanaconas vívian, según las funciones que desempeñaban, unos en las chacras o estancias de sus amos y otros en las ciudades. Estos últimos, que obviamente eran los más hispanizados, podían ser propietarios de solares en las poblaciones españolas y se los encuentra a veces ejerciendo allí oficios. Al fundarse la ciudad de San Salvador de Jujuy, se asignaron solares a algunos yanaconas.[61] Y un testimonio muy interesante de comienzos del siglo siguiente muestra a un indio zapatero llamado Andrés de Medina, residente en la ciudad de San Miguel, vendiendo un medio solar en la misma ciudad a Gaspar, indio yanacona de Francisco de Urueña; Gaspar, que asimismo era zapatero de oficio, se obligó a pagar por dicho medio solar la suma de 100 pesos en reales de a ocho.[62]

Peligrosidad de los yanaconas

Un último aspecto de la vida de los yanaconas examinaré aquí: el vinculado con la delincuencia. Juan de Matienzo señalaba el peligro que suponía el que los yanaconas quedasen sin estar sujetos a un amo, y escribía:

> "...como son ladinos y han aprendido de los españoles, suelen irse a los indios de los repartimientos y hácenles alzar y quitar el miedo de los españoles y de los arcabuces y caballos, como acaeció en los Chiriguanaes, en Tucumán, en Chile y en otras partes, por lo cual parece que conviene que siempre sirvan a amos y se ocupen en oficios mecánicos, a que son inclinados".[63]

Y más adelante afirmaba que los yanaconas no debían ser devueltos a sus repartimientos de origen, pues enseñarían a los indios conocimientos peligrosos y malas costumbres.[64]

No he encontrado hasta la fecha referencias acerca de los sucesos en el Tucumán a los que alude Matienzo, pero sí algunos datos interesantes de épocas posteriores. Por ejemplo, los indios que nos ocupan aparecen mencionados como participantes en la delincuencia rural contra la cual el Gobernador Gonzalo de Abreu decidió crear en Córdoba el oficio de alcalde de la Santa Hermandad: al designar como tal alcalde a Bernabé Mejía, Abreu manifestó que convenía "poner remedio y castigar las personas españoles, yanaconas e indios ladrones salteadores que hurtan caballos de campo y de los vecinos de la dicha ciudad y otras cosas y daños que hacen".[65] Y más tarde, en otro nombramiento de alcaldes de la Hermandad, se incluye también a yanaconas entre los delincuentes que infestan la campaña cordobesa: don Íñigo Ramírez de Velasco, teniente general de la gobernación, en el título que extiende a Luis de Abreu de Albornoz y a Juan d Aguilar, se refiere a "todos los españoles, yanaconas e indios y otras personas ladrones y salteadores que saltena los caminos y hurtan y roban caballos y otras cosas del campo y casas, y daños que hacen e harán de aquí adelante".[66]

Los casos siguientes, que reiteran la activa participación de anaconas en el mundo del delito, también se refieren a Córdoba. En 1582, Antón Berrú, teniente de gobernador de dicha ciudad, nombró a Antonio Pereyra "caudillo en campo" en toda la jurisdicción de su mando para que con la gente necesaria saliese a reducir a los rebelados indios de la provincia de Salsacate, entre quienes se encontraban "dos anaconas llamadas Diego y Felipe, los cuales han sido causa de alborotallos para que no vengan a servir"; Berrú ordenó a Pereyra que castigase severamente a los alzados, "en especial al dicho Diego anacona", que por lo visto era sujeto de cuidado.[67] Algunos años después, el mismo Antonio Pereyra fue comisionado por el teniente de gobernador Gaspar de Medina para "castigar algunos males e delitos que se han hecho en esta tierra, y en especial ciertos yanaconas y otros indios que, con poco temor de Dios y de Su Majestad, haciéndose justicia han muerto indios y robado y hecho otros insultos y males".[68]

Muy útiles, pues, pero también peligrosos.

Propuestas para difundir el yanaconazgo

Se ha dicho más arriba que la asignación de yanaconas tenía especial significación para los moradores o no encomenderos. De hecho, como señala Manuel Vicente Villarán hablando del Perú, el desarrollo del yanaconazgo en la época española es una respuesta a la necesidad de suministrar mano de obra a aquellos a quienes no habían tocado en suerte repartimientos.[69] Así, la institución que nos ocupa venía a servir de complemento de la encomienda como medio para asegurar el sustento de la población española.

Pero también los encomenderos buscaban en el yanaconazgo una solución para el inconveniente que representaban el carácter temporario de las encomiendas (concedidas por dos vidas) y el hecho de que uno solo de los hijos del primer beneficiario de un repartimiento heredaba éste, de modo que los restantes quedaban desamparados. En 1586 el Cabildo de Santiago del Estero solicitaba al Rey que, considerando que los vecinos tenían muchos hijos e

61 Vergara, *Orígenes*, 191 y 193.

62 Escritura de compraventa entre Andrés de Medina y Gaspar yanacona, y carta de obligación de este último, San Miguel, 29 de octubre de 1609 (Lizondo Borda, *Documentos* II, 207-208 y 209-210).

63 Matienzo, *Gobierno*, 28.

64 Ibíd., 30.

65 Título de alcalde de la Hermandad a Bernabé Mejía, Santiago del Estero, 16 de noviembre de 1575 (*Actas* I, 202).

66 Título de alcaldes de la Hermandad a Luis de Abreu de Albornoz y a Juan de Aguilar, Córdoba, 14 de enero de 1592 (*Archivo* II, 260).

67 Título de caudillo a Antonio Pereyra, Córdoba, 7 de febrero de 1582 (AHC, Exptes. Judiciales, Esc. 1, leg. 3, expte. 10).

68 Comisión a Antonio Pereyra, Córdoba, 12 de septiembre de 1586 (ibíd.).

69 Villarán, *Apuntes*, 155-156.

hijas,, "y que al fin de sus días el uno de los hijos se lleva el respartimiento y la madre y los demás hijos quedan descarriados, perdidos y en los hospitales", les hiciese merced de prorrogarles por dos vidas más el goce de sus encomiendas, "con el cual socorro y discurso de tiempo podrán ser favorecidos los demás hijos y hijas con algunas haciendas que no se han podido adquirir por los trabajos y continuas guerras"; y, al mismo tiempo, pedía "se les dé licencia para que de los repartimientos puedan sacar los encomenderos, para reparo de los demás hijos y el de sus mujeres que quedaren descarriadas, la décima parte de los dichos indios, con que se puedan hacer y sustentar güertas, viñas y olivares e otras haciendas perpetuas, los cuales indios queden en las dichas haciendas hechos naturales de ellas, como lo son en el Perú".[70]

Por su parte, pocos años después, el Cabildo de Nuestra Señora de Talavera incluyó entre las instrucciones dadas al procurador Hernán Mejía Miraval la siguiente:

> "Iten, pedir e suplicar a Su Majestad que de cada repartimiento de vecinos, de los indios de sus encomiendas se pueda sacar los yanaconas de servicio para sus estancias y heredades, los cuales yanaconas se saquen conforme a la cantidad de los indios que el tal vecino tuviere de repartimiento; los cuales yanaconas queden en las dichas haciendas, fuera del repartimiento, para los dexar con las dichas heredades, como se usa y acostumbra en la ciudad de La Plata y demás ciudades del Perú".[71]

También el Cabildo de Córdoba, en 1598, encargó a un procurador "pedir a Su Majestad sea servido de hacer mercedes a los vecinos de treinta indios perpetuos para que puedan con ellos poblar estancia[s] de ganado para criar, que es lo que más se da en esta tierra, con lo cual podrían adelantar el sustento de los hijos de los conquistadores y tener en pie sus haciendas para mejor servir a Su Majestad".[72]

Como se ve, lo que pretendían los ayuntamientos tucumanos era que la Corona autorizase en la provincia la concesión de yanaconas de chacras y estancias conforme al modelo peruano y particularmente al charqueño, los cuales se darían a cada vecino sacándolos de su propio repartimiento. Estos yanaconas serían dados a perpetuidad, como los del Perú, y no por sólo el tiempo de duración de las encomiendas, como los yanaconas de repartamiento que, según se ha dicho antes, tenían los encomenderos del Tucumán.

Parece que lo mismo era lo que, representando otras razones, proponía hacer con las encomiendas de Santiago del Estero Juan Ramírez de Velasco. Éste quería mudar dicha ciudad a un sitio más cómodo que el que ocupaba, lo cual, advertía, traería como consecuencia quedar aquélla a mayor distancia de los pueblos encomendados a sus vecinos; al mismo tiempo, pretendía relevar a los indios de la pesada carga que tenían en enviar periódicamente las mitas para el servicio de sus encomenderos. Guiado por tales propósitos, el Gobernador escribió al Rey:

> "...mudándose la ciudad a cada vecino el servicio necesario conforme a la cantidad de indios que tuviere, se relevará a los demás [de] muchas vexaciones e trabaxos, y éstos los pueden tener en sus casas como yanaconas para que les siembren e críen lo que han de comer, y se estorbarán las mitas, que es de grandísima consideración e bien para los naturales, e gozarán de las tierras que les ocupan sus amos en sus pueblos para sus sementeras, e otros muchos inconvenientes".[73]

Meses más tarde informaba que, habiendo tomado parecer de las órdenes religiosas y de los vecinos, la mayor parte de éstos aprobaron la mudanza de la ciudad, "con que se les dé servicio de sus repartimientos por yanaconas, como los dio el virrey don Francisco de Toledo en el Pirú, con el gravamen de un peso ensayado con que sirvan a Vuestra Majestad en cada un año por cada uno, de que doy aviso a Vuestra Majestad para que provea lo que fuere servido".[74] Y en la misma carta manifestaba estar dispuesto a quitar el penoso trabajo de las mitas, de lo cual habían de sentirse los vecinos; "y siendo Vuestra Majestad servido —agregaba— se les podrá dar una cantidad de indios conforme a la que cada uno tuviere para que se sirvan de ellos en sus casas y granjerías como de yanaconas, y que éstos paguen a Vuestra Majestad de cada uno un peso ensayado, como se hace en el Pirú, con los cuales habrá para el salario de vuestro gobernador o se gastará en lo que Vuestra Majestad fuere servido, y los indios serán relevados de muchas vexaciones que con la dicha mita tienen".[75] Aunque Ramírez de Velasco no habla de perpetuidad, creo que ello debe entenderse como implícito en la referencia al yanaconazgo del Perú.

Por aquella misma época, el licenciado Juan López de Cepeda, presidente de la Real Audiencia de La Plata, aconsejó que los indios del valle de Salta fuesen dados como yanaconas, medida que a su juicio favorecería el poblamiento de la comarca. El Presidente se refería primero al caso de la provincia de Atacama, cuyos indios estaban repartidos entre sólo dos encomenderos, mientras que si se ofrecía darlos como yanaconas a los que fuesen a

[70] El Cabildo de Santiago del Estero a S. M., Santiago del Estero, 18 de diciembre de 1586 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Correspondencia*, 258).

[71] Instrucción del Cabildo de Nuestra Señora de Talavera a Hernán Mejía Miraval, Nuestra Señora de Talavera, 10 de enero de 1590 (ibíd., 353).

[72] Instrucción del Cabildo de Córdoba a D. Gonzalo ..., Córdoba, 28 de diciembre de 1598 (*Archivo* III, 115).

[73] Juan Ramírez de Velasco a S. M. Santiago del Estero, 10 de abril de 1590 (Levillier, *Gobernación del Tucumán: Papeles* I, 283).

[74] Juan Ramírez de Velasco a S. M., Santiago del Estero, 2 de octubre de 1590 (ibíd., 290).

[75] Ibíd., 294.

poblar la región, en número de 20 a cada uno, muchos acudirían atraídos por la oferta; éstos cuidarían bien a los indios, por constituir ellos su principal hacienda, y además pagarían al Rey un peso ensayado por cada yanacona casado, como se hacía en Perú. Tras de formular estas consideraciones añadía:

> "Esto mismo se debe hacer en la ciudad de Salta, provincia de Tucumán, que está en un valle tan espacioso y fértil que es capaz de poblar en él dos pueblos, cada uno de quinientos españoles y de más, si hobiese indios de servicio para ellos. Por haber hecho encomiendas de los que en su distrito se descubrieron y habitan, que serán poco más de cuatro mil indios, cada encomienda de a ochenta y ciento en todo el valle, que es de veinte y cuatro leguas de largo y de seis y siete de ancho (y por donde menos de tres), de hasta treinta vecinos, pocos más; y si de estos indios no se hicieran encomiendas sino yanaconas, pudiéranse hacer dos buenos pueblos de cada cient españoles y gozara Vuestra Majestad desde luego tribunto de un peso de plata ensayada de cada un indio".[76]

Así, pues, no sólo los interesados en el servicio de los indios, sino también altas autoridades, se mostraban partidarias de una mayor difusión del yanaconazgo, en este último caso incluso como reemplazante del sistema de encomiendas. Ninguna de estas propuestas llegó a prosperar. Era natural que la Corona no se mostrase favorable a ellas cuando su política, por el contrario, se inclinaba precisamente a suprimir los sistemas de trabajo forzado de los indígenas. Pero, entre tanto, siguieron concediéndose en el Tucumán mercedes de yanaconas como las que se han visto a lo largo de este trabajo.

Dejaciones fraudulentas y desmembraciones de pueblos

Se ha hecho referencia más arriba a los distintos manejos de que, en fraude de las leyes, eran objeto las encomiendas tucumanas, y al papel principal que en esto tenían las mercedes de yanaconas. Bajo tal título, en efecto, los indios se daban o trocaban como si fuesen esclavos, desmembrándose los pueblos y dispersándose a sus miembros. A los ejemplos ya expuestos agregaré aquí algunos otros casos significativos, tomados en su mayor parte de un extenso memorial –que he tenido oportunidad de citar anteriormente– dirigido al Rey en 1605 por don Francisco Salcedo, entonces tesorero de la Catedral del Tucumán y comisario del Santo Oficio, para denunciar los abusos del gobernador Francisco de Barrasa y de Cárdenas.[77] Aun-

[76] El Lic. Cepeda a S. M., La Plata, 10 de febrero de 1590 (Roberto Levillier, ed., *Audiencia de Charcas: Correspondencia de presidentes y oidores. Documentos del Archivo de Indians* (3 vols., Madrid, 1918-1922, III, 15-16).

[77] Memorial de D. Francisco Salcedo a S. M., Santiago del Estero, 18 de septiembre de 1605 (AGI, Charcas 37). Salvo cuando cito otra fuente, todos los casos que siguen son tomados de este memorial.

que por cierto nada amena, la relación que sigue será útil, según creo, como ilustración de un aspecto muy importante del tema que nos ocupa.

Baltasar Gallegos, vecino de Córdoba y sucesor de la encomienda de Cabiche, que constaba de 250 indios, hizo dejación de 40 de éstos, los cuales el Gobernador dio por yanaconas a un portugués llamado Pedro Méndez de Sosa con quien había contraído nuevas nupcias doña Leonor Ponce, madre del dicho Baltasar. (O sea que, como puede verse, sin necesidad de la licencia real que en 1586 pedía el Cabildo de Santiago del Estero, en la provincia se arbitraban los medios para evitar que las viudas de los encomenderos quedasen "descarriadas".) Muerto Méndez, Barrasa quitó a la viuda 20 de aquellos yanaconas y los dio a don Pedro de Cabrera, suegro de Sancho de Paz, quien a su vez era cuñado del Gobernador.

En la misma ciudad, la Inquisición confiscó los bienes del licenciado Diego Núñez de Silva, quien poseía unos 35 indios; "de éstos no trató el Santo Oficio –explicaba Salcedo–, sino de solos sus bienes, y como no tuve orden del Tribunal para meterme en los indios el dicho Gobernador los dio por anaconas, desnaturalizándolos y repartiéndolos como ovejas a muchas personas; y el residuo de ellos, porque se lo rogó don Pedro de Cabrera, dio a Diego López de Lisboa, portugués cristiano nuevo, mercader. A éste también dio otros indios por anaconas, no sé por qué paga o dexación".

> "En veinte y tres meses que el dicho Gobernador en la dicha ciudad de Córdoba –agregaba– ha encomendado otros muchos indios por dexaciones y truecos que se han hecho, adelantando vidas en subcesión; y, sacando muchos de los repartimientos que estaban en segunda vida, los ha dado por anaconas".

Otro portugués beneficiado con una merced de yanaconas fue Gaspar Sequera, "que vino por mozo de un mercader del Brasil". Con éste concertó casar una hermana suya Antón Martín de Don Benito, vecino de Esteco y poseedor en segunda vida de una encomienda de 15 indios, de los que con tal propósito hizo dejación: "dióselos el Gobernador al dicho portugués por anaconas –dice mordazmente el autor del memorial–, debiéndolo ser él de ellos". Salcedo (según quizá ya habrá advertido el lector) no miraba con buenos ojos a los portugueses, y en este mismo escrito propuso que fuesen expulsados los que había en la gobernación.

Al capitán don Fernando de Toledo Pimentel le fueron encomendados por Barrasa diversos pueblos y parcialidades del distrito de Nuestra Señora de Talavera, de los cuales había hecho dejación doña Isabel de Torres. Ésta había sucedido en dicha encomienda a la muerte de su marido el capitán Juan Navarro, y también sucedió en otro repartimiento, situado en Santiago del Estero, a su padre Santos Blázquez; por orden de Barrasa tuvo que esco-

ger uno de los dos feudos (la misma persona no podía tener más de una encomienda), y ella eligió el que había sido de su padre e hizo dejación del otro, el cual, como queda dicho, fue encomendado a don Fernando de Toledo Pimentel, quien estaba casado con otra hija del mencionado Santos Blázquez. De la merced hecha a Toledo quedaron exceptuados varios indios e indias que Barrasa había dado a otras personas, a saber: 16 indios con sus mujeres e hijos a Juan Nicolás del Corro; 2 indios, también con sus familias, a don Pedro de Barrasa y Frías (que era sobrino del Gobernador); un muchacho a Francisco de Puelles; una india con sus dos hijos a Francisco de Segovia y un indio con su mujer a Pedro Núñez Gálvez. Barrasa ordenó que se diese a Toledo posesión del repartimiento, "excepto los indios yanaconas arriba declarados de que tengo hecho merced a las personas suso referidas, habiéndo los sacado de este repartimiento".[78] Salcedo, en cambio, dice en su memorial que el Gobernador dio dicho repartimiento a Toledo, "sacando de él más de 30 indios para dar por anaconas a Juan Nicolás del Corro y a la dicha doña Isabel [de Torres] por que la susodicha se casase con don Pedro Barrasa, sobrino del dicho Gobernador".

Doña Isabel Mejía, encomendera de Santiago del Estero, poseía como sucesora de su marido el capitán Pedro de Villarreal los pueblos de Guañagasta, Chiquina y sus anejos, de los cuales la susodicha hizo dejación en 1605. Barrasa encomendó el repartimiento al capitán Miguel Álvarez Dávila, pero separando a 15 indios con sus mujeres e hijos, "los cuales están sirviendo de yanaconas a la dicha doña Isabel Mexía", y a algunos otros indios e indias, de todos los cuales el Gobernador había hecho merced a Antonio de Villarreal, hijo de aquélla. Esto es lo que se dice en el título de encomienda dado a Álvarez Dávila.[79] Salcedo explicaba así este caso:

> "Doña Isabel Mexía subcedió en el repartimiento de indios de su marido Pedro de Villarreal, que fueron los pueblos de Guañagasta y Chiquina, y aunque tenía un hijo nacido durante el matrimonio, por tenerle oculto por sus fines no se le dio la investidura y la tomó ella; la cual cayó enferma, y, estando a punto de muerte, concertó con Miguel Álvarez de Ávila que le diese dos mil pesos y que negociase con el Gobernador que al dicho su hijo oculto le diese treinta indios de los dichos pueblos por anaconas y a él le encomendase los demás. Con este pacto ella hizo dexación de ellos en cabeza de Vuestra Majestad y fue el dicho Miguel Álvarez de Ávila al Gobernador, el cual hizo la encomienda de los dichos dos pueblos por dos vidas, y al dicho muchacho de los treinta indios por anaconas; de lo cual se hicieron escripturas y muchos papeles ante el scribano Rodrigo Pereira porque el defensor del pupilo pidió en su favor, y no obstante esto pasó el negocio adelante".

[78] Título de encomienda a D. Fernando de Toledo Pimentel, Santiago del Estero, 7 de agosto de 1603 (AGI, Charcas 18).

[79] Título de encomienda a Miguel Álvarez Dávila, Córdoba, 19 de febrero de 1605, en Expte. de confirmación de encomienda al mismo (AGI, Charcas 101).

En Santiago del Estero vacó el repartimiento de Tipiro y sus anejos por muerte de Gonzalo Sánchez Garzón. El pueblo de Tipiro encomendó Barrasa a su cuñado Sancho de Paz, quien entonces hizo dejación del de Socopa; los indios de este último fueron repartidos por yanaconas entre muchas personas. Otro pueblo del repartimiento de Sánchez Garzón fue encomendado a Hernando de Quintana, secretario del Gobernador, y los indios que el primero había tenido "en su casa [y] chácaras se partieron en diferentes personas como ovexas; y no quiso [Barrasa] dar un indio a un hijo del dicho difunto que dexó de quince años, con ser hijo y nieto de conquistador, poblador y descubridor de esta tierra, y los ganados que tenía de herencia se vendieron en almoneda por falta de indios que los guardasen". A este repartimiento de Tipiro y sus anejos se opuso Alonso Sánchez Garzón, sobrino del difunto Gonzalo, y para que renunciase a su pretensión "le dio el Gobernador ocho indios por anaconas, del dicho repartimiento, y los que el dicho Alonso Sánchez Garzón tenía suyos, que eran 20 en el pueblo de Camiquin, en segunda vida, se los dio por anaconas, haciéndolos esclavos disimulados de medio libres".

Salcedo describe una escena patética al narrar lo ocurrido con los indios (unos 16) del pueblo de Yapachin, en la jurisdicción de San Miguel, que vacó por muerte de Juan de Vargas:

> "Estos indios —dice— repartió el dicho Gobernador en tres o cuatro personas y los mandaron llevar a la plaza, adonde cada uno tomó lo que le habían dado; y cuando los pobres se vieron partar, los hijos de sus padres y los hermanos de sus hermanas y los nietos de los agüelos, daban voces, que las ponían en el cielo y con ellas quebraban el corazón a cualquier hombre cristiano".

Y declaraba el clérigo:

> "Estas cosas han venido a mi noticia, no porque las haya inquerido, sino porque las mormuran por las plazas y conversaciones; y las ocultas deben de ser hartas".

Los ejemplos pueden multiplicarse, pero estimo que será ya más que suficiente añadir otro caso curioso ocurrido en 1608 en San Miguel de Tucumán. Por muerte de Juan de Leguizamo de Guevara, vecino de aquella ciudad, quedaron vacos los indios que éste poseía; de éstos, los yanaconas fueron encomendados al capitán Fernando de Leiva, excepto uno de ellos, llamado Pedro Yaqui, que con su mujer e hijos fue dado al capitán Pedro de Olmos y Aguilera, encomendero del pueblo de Yocavil, con condición de

que tales hijos no fuesen de edad de tributar. Leiva y Olmos tomaron cada uno posesión de sus respectivos indios, pero el primero reclamó al segundo uno de los hijos de Pedro Yaqui, llamado Lorenzo, sobre cuya edad existían dudas, pretendiendo Leiva que la tenía suficiente para tributar y que por tanto quedaba comprendido en la merced que a él se le había hecho. Para evitar litigios, se buscó un arreglo entre las partes mediante una carta de transacción, en la cual Fernando de Leiva renunciaba en favor de Pedro de Olmos, el derecho que podía corresponderle sobre Lorenzo, y Olmos, por su parte, se obligaba a dar a aquél un muchacho de ocho a diez años del pueblo de Yocavil. Este muchacho, del que Olmos haría dejación para que fuese simplemente se declaraba que sería "de los primeros que vinieren a esta ciudad". Por causas que no se mencionan, esta escritura, ya redactada, fue dejada sin efecto.[80]

Otro concierto hizo Fernando de Leiva pocos días más tarde con Melián de Leguizamo y Guevara, encomendero del pueblo de Solcos y hermano del difunto Juan de Leguizamo de Guevara, quien pretendía tener derecho (no sé con qué título) a los yanaconas que por muerte de éste habían quedado vacos y habían sido luego encomendados al dicho Leiva. Parece que Melián de Leguizamo estaba especialmente interesado en tener dos de aquellos yanaconas, llamados el uno Agustín, casado y con un hijo, y el otro Francisco, soltero. Se llegó entonces al siguiente acuerdo: Leiva cedió los dos yanaconas que quería Leguizamo y, a cambio, éste se obligó a darle dos indios de su encomienda de Solcos, uno casado y otro soltero.[81] Como ya se sabe, estos trueques se hacían mediante fraudulentas dejaciones, en connivencia con el gobernador, quien luego encomendaba los indios dejados conforme a la voluntad de las partes. En la misma fecha en que se declaró el concierto que acaba de verse, Leguizamo otorgó un poder al general Alonso de Vera y Aragón para que en su nombre hiciese dejación en cabeza del Rey de los dos indios de su repartimiento que había acordado dar a Leiva, a fin de que "el señor Gobernador de estas provincias los encomiende en quien fuere servido".[82] Desde luego, estaba asegurado que el señor Gobernador se serviría encomendarlos en Leiva.

Denuncias contra los abusos del sistema

Todos estos excesos no dejaron de ser objeto de denuncias. Ya se han visto las que, con una abrumadora información, hacía don Francisco Salcedo; éste

[80] Carta de transacción (que no pasó) entre Pedro de Olmos y Aguilera y Fernando de Leiva, San Miguel de Tucumán, 14 de junio de 1608 (Lizondo Borda, *Documentos* II, 130-131).

[81] Concierto entre Melián de Leguizamo y Fernando de Leiva, San Miguel de Tucumán, 21 de junio de 1608 (ibíd., 135).

[82] Poder de Melián de Leguizamo a Alonso de Vera y Aragón, San Miguel de Tucumán, 21 de junio de 1608 (ibíd., 134-135).

afirmaba que el yanaconazgo era "una esclavitud disimulada y causa de que los repartimientoes estén destruidos y disipados",[83] y proponía que se enviase para visitar la provincia a un juez letrado, que no tuviese en ella parientes ni amigos y que fuese temeroso de Dios, el cual "trujese por orden de hacer reducir a sus pueblos todos los indios que de seis años a esta parte se han dado por anaconas y se han sacado de ellos".

> "Digo de seis años a esta parte –aclaraba– porque los que se sacaron de los dichos pueblos antes están los más en estancias de ganados, ya hechos y naturalizados a ellas, y si se sacasen morirían muchos y todos los ganados se alzarían y se perdería y destruiría esta tierra".[84]

A veces intervenían las autoridades superiores para corregir tales abusos. Por ejemplo, en unas anotaciones puestas al dorso de un traslado del título de encomienda otorgado por Francisco de Barrasa a don Fernando de Toledo Pimentel, que cité más arriba, consta que en 1606 don Francisco de Alfaro –por entonces fiscal de la Real Audiencia de Charcas– pidió a dicho tribunal que los indios que el Gobernador había separado de ese repartimiento fuesen devueltos a él, lo cual en efecto así se ordenó.[45]

Pero en aquellas apartadas provincias era difícil que se impusiera otra autoridad que la de los gobernadores, residentes en ellas, dotados de amplísimos poderes y muy distantes de todo control superior. El mismo Alfaro escribió al Rey:

> "Ninguna vez que se trate de inconvenientes, especial en materia de indios, puede[n] dexar de llevar la mayor parte las gobernaciones [del distrito de la Audiencia] y especial la de Tucumán, donde no hay más razón que [la] voluntad absoluta del gobernador. Y generalmente hallo un abuso muy dañoso a la tierra y más a los indios, y es que vacando un repartimiento, si el gobernador quiere lo da a quien tiene otro con retención del que así tiene primero, y si le parece lo hace las partes que quiere, en tanto grado que me han certificado personas de crédito que ha pocos días que el Gobernador de Tucumán un repartimiento partió en diez; y tal encomienda hubo de un indio, y dada a un mercader, que en buen romance es dalle un esclavo, y así creo lo entiende quien lo da y quien lo recibe".

Y Añadía el Fiscal:

[83] D. Francisco Salcedo a S. M., Santiago del Estero, 22 de septiembre de 1605 (AGI, Charcas 37).

[84] Memorial de D. Francisco Salcedo a S. M., Santiago del Estero, 18 de septiembre de 1605 (AGI, Charcas 37).

[85] Título de encomienda a D. Fernando de Toledo Pimentel, Santiago del Estero, 7 de agosto de 1603 (AGI, Charcas 18).

"Es mayor el exceso que de un repartimiento saca el gobernador diez o veinte indios y los da por yanaconas a quien él gusta, y éstos son yanaconas que no sé qué color de justicia puedan tener; y es más de advertir que, al mesmo tiempo que Vuestra Majestad manda quitar los yanaconas que parece podrían tener alguna justificación o color para serlo, quiera un gobernador hacer yanaconas con sola su voluntad. Y la Audiencia, si sabe de unos, no sabrá de otros, y cuando quiera remediar algo de esto se traerá la Ley de Malinas, y con ella se tienen los gobernadores por tan absolutos que no quieren saber más ley que la de Malinas y su voluntad".[86]

En varios de los testimonios que se han presentado aquí se afirma que el yanaconazgo no era sino una esclavitud disimulada. Sin embargo, no ha de concluirse necesariamente de esto que los yanaconas vivían peor que los indios de pueblos, sometidos al régimen ordinario de la encomienda: lo contrario parece haber sido la realidad, según algunos testimonios. De lo que se ha dicho acerca de los yanaconas que residían en las ciudades puede colegirse que éstos, al menos en algunos casos, gozaban de una cierta holgura económica y, como oficiales artesanos, de una posición social superior a la de los indios comunes. Respecto a los de chacras y estancias, es interesante lo que dice un testigo autorizado, el padre Juan Romero, de la Compañía de Jesús, en un parecer que escribió a solicitud del gobernador Alonso de Ribera acerca de los excesos de que eran víctimas los indígenas del Tucumán. Luego de describir la miserable condición de los indios de las encomiendas, el padre Romero escribía:

"En Salta y en las Juntas, donde casi todo el golpe de los indios son estancieros, no hay tanto trabajo, porque los indios de las estancias lo pasan mejor y tienen allí a sus mujeres que les sirven y les hacen de vestir; y tienen de ordinario carne cuando la quieren, y cuando van a recoger el ganado van a caballo, y se echa de ver que andan más contentos. También los yanaconas que aran en las chacras no es mucho el trabajo que tienen, y cuando llegan a su casa hallan a su mujer que les tiene hecha la comida y la lumbre; lo cual no es así en los pueblos, que el marido ara y la mujer hila, y a la noche ni el uno ni el otro ha tenido lugar de juntar leña, y si no tienen comida, como suele ser muy de ordinario, qué tales estarán".[87]

El juicio del padre Romero pareciera confirmar la bondad de la propuesta que años antes había hecho Juan Ramírez de Velasco.

86 D. Francisco de Alfaro a S. M., La Plata, 26 de febrero de 1606 (AGI, Charcas 18).
87 Parecer del P. Juan Romero, sin fecha (AGI, Charcas 26).

Supresión legal del yanaconazgo en el Tucumán: Las Ordenanzas de Alfaro (1612)

En 1605 la Corona dispuso que el licenciado Alonso Maldonado de Torres, presidente de la Real Audiencia de Charcas, visitase las provincias de Tucumán y Río de la Plata y desagraviase a sus indios. Al año siguiente se despachó una cédula al dicho Maldonado, en la que el Rey manifestaba que "una persona celosa del servicio de Dios y mío" le había enviado una relación acerca del modo arbitrario en que el gobernador Francisco de Barrasa había otorgado encomiendas en el Tucumán. Es muy probable que tal relación no fuese otra que la de don Francisco Salcedo que ya conocemos. El monarca remitió copia de ella a Maldonado y le ordenó que, cuando hiciese la visita para la que le había comisionado, averiguse, castigase y remediase todo lo expuesto en dicho informe. Y, respecto a los indios segregados de sus pueblos, decía expresamente:

"...a todos los que halláredes que se han dado por yanaconas de seis años a esta parte los pongáis e hagáis poner en su libertad y redución, y vuelvan a sus pueblos y donde se hubieren casado".[88]

Esta medida, igual a la que aconsejaba Salcedo, da más fuerza a la suposición de que el informe recibido por el Rey era el que suscribiera aquél.

Como se sabe, en definitiva no fue el licenciado Alonso Maldonado de Torres quien realizó la visita ordenada por la Corona, sino el licenciado don Francisco de Alfaro, ya por entonces oidor de la Audiencia. Entre las famosas y controvertidas Ordenanzas que éste dictó para los indios del Tucumán en 1612, como corolario de su visita, hay varias que interesan a nuestro tema y que requieren ahora nuestra atención.

La ordenanza 3 dice:

"...por cuanto algunos gobernadores han encomendado indios con título de servicio personal por dos vidas, por el cual título los poseen algunos vecinos y muchos extranjeros, por la presente declaro no haber tenido ni tener poder los dichos gobernadores, pasados ni por venir, para encomendar yanaconas por este título ni a título de servicio personal, doy por ningunas las encomiendas que en esta forma se han hecho, y declaro a los tales indios por atunrunas y que se ha de entender estas Ordenanzas con ellos según y como los demás, porque no ha de haber diferencias de los unos a los otros".[89]

88 Real cédula al Lic. Alonso Maldonado de Torres, Madrid, 14 de diciembre de 1606. He tenido a la vista una copia de esta cédula inserta en carta de Rodrigo de Soria Cervantes a S. M., La Plata (no se indica día ni mes), 1616 (AGI, Charcas 51).
89 Ordenanzas del Lic. D. Francisco de Alfaro, Santiago del Estero, 7-11 de enero de 1612 (Levillier, *Correspondencia* II, 296).

En la ordenanza siguiente Alfaro se refería a los indios separados de sus repartimientos y hacía expresa mención de la cédula dirigida a Maldonado que se acaba de citar:

"...declaro no haber podido los gobernadores sacar de los repartimientos piezas para encomendar aparte; y, demás que en las visitas particulares he dispuesto lo que me ha parecido justicia y convenir, agora, conforme a una cédula real, su fecha a catorce de diciembre de mil e seiscientos e seis, mando que todos los indios que se han sacado e desmembrado de sus repartimientos desde seis años antes de la dacta de la dicha cédula y después acá se vuelvan y restituyan a sus repartimientos luego, sin escusa ni dilación alguna, so pena de perdimiento de indios cualesquiera que tenga tal persona, y más de cient pesos por cada uno de los dichos indios que dexare de volver. Y en cuanto a si los dichos indios han de pagar la tasa a las personas a quien así fueron encomendados o al encomendero del tronco, lo reservo para particular declaración sobre lo pasado, y en cuanto a lo porvenir habrá orden particular en estas ordenanzas".[90]

La ordenanza 19 trata específicamente de los indios de chacras y estancias:

"...por cuanto en algunos parajes de esta gobernación, y especial en la ciudad de Córdoba y Esteco, hay estancias de ganados y chácaras fundadas en que residen pueblos enteros [o] aillos de indios que han sido sacados de su natural, y los amos de algunos han vendido las tierras de los indios y otros, aunque no las han vendido, tienen voluntad de que los indios permanezcan en ellas: remitiendo el derecho, que casi ninguno es considerable, porque estos tales son pueblos mudados y así se ha de entender con ellos el apartar los ganados[91] y lo demás dispuesto en estas Ordenanzas, ordeno y mando que los tales pueblos, que al presente algunos se llaman estancias y chácaras, queden por redución de los tales indios, como en efecto lo son, sin que sus encomenderos ahora [ni] en ningún tiempo los puedan echar de las dichas tierras, antes se ha de entender con ellos lo dispuesto y que se dispusiere con los demás indios llactarunas, como éstos lo son, sin que en ninguna manera se pueda entender corren por la cuenta y ordenanzas de los que llaman yanaconas en el distrito de los Charcas; porque casi que los de los Charcas lo sean u se den a conservar con ellos aquel derecho [sic] por haber entrado en el dicho ministerio con su voluntad y con otras calidades que allí se consideran, todo cesa en los que han llamado yanaconas en esta provincia, sin que haya causa ni razón para que se pueda darles el dicho nombre de yanaconas con las calidades que en los Charcas. Y no

90 Ibíd., 296-297.

91 Se refiere a la prohibición de que los españoles tuviesen ganados en las proximidades de los pueblos de indios.

sólo las dichas ordenanzas de yanaconas no se puede[n] entender con los pueblos o aillos sacados enteros, pero ni aun por los que se sacaron por piezas de uno o dos o más, especialmente habiendo revocado lo tal Su Majestad por la cédula citada en la cuarta ordenanza; pero en cuanto a las chácaras o estancias fundadas con dos o cuatro o más piezas distintas y encomendadas por servicio personal por los gobernadores, no embargante que las dichas cédulas particulares y encomiendas en ellas contenidas son ninguna[s] conforme a la real cédula y cuarta ordenanza, y de nuevo las declaro por tales y a los indios de ellas no por yanaconas sino por mitayos, para que como tales se muden y ellos vuelvan a sus reduciones propias, pero las tales chácaras y estancias quedan conformes al derecho que los poseedores tienen en cuanto a las tierras, porque en cuanto al sueldo [sic] no doy ni quito derecho".[92]

En la ordenanza 111 Alfaro manda que en adelante no se dividan encomiendas ni se saquen indios de ellas, sino que quedan en el estado en que él las ha dejado;[93] y en en la 112 declara nulas todas las divisiones de indios en las que se hayan separado padres, hijos o parientes, incluso aquellas que pueden habérsele ocultado en la visita.[94]

En la ordenanza 16 el Visitador se ocupa de los indios que, habiendo perdido ya vinculación con sus comunidades de origen, residen en las ciudades de españoles:

"...por cuanto en todas las ciudades de esta gobernación hay algunos indios descendientes de indios del Perú que entraron con los primeros conquistadores de esta tierra, y otros que por haber sido ellos o sus padres sacados de malocas, o haber servido mucho tiempo a españoles o conventos y iglesias, han perdido la memoria de su natural o ha tantos años que están en las ciudades que ya más se puede[n] decir naturales de ellas que de los pueblos, y conviene que en las ciudades haya algunos indios que sean oficiales y sirvan estos ministerios que han menester los españoles: por tanto, mando que los indios que [no] conocen natural por la dicha razón o ha más de veinte años están en las ciudades puedan quedarse en ellas, y para esto dentro de dos años escojan el quedarse en las dichas ciudades o pueblos de indios en que puedan vivir, para que pasados los dichos dos años, escogiendo o no escogiendo, han de quedar naturalizados en la ciudad o pueblo donde vivieron, lo cual han de tener por reducción, sin que puedan hacer más mudanza en ningún tiempo; ni esto se entienda para los que de aquí adelante salieren de los pueblos, porque precisamente han de ser compelidos de volver a ellos".[95]

92 Ibíd., 300-301.

93 Ibíd., 324-325.

94 Ibíd., 325.

95 Ibíd., 299-300.

Para los indios mencionados en esta ordenanza, se manda en la siguiente que en todas las ciudades se les señale un sitio donde hagan una ranchería.[96]

También se ocupan las Ordenanzas de las piezas capturadas en guerra: la 103 recuerda que por real cédula está prohibida a los gobernadores hacer nuevas entradas sin expresa autorización del virrey,[97] y la 104 prohíbe que los tenientes o alcaldes de las ciduades envíen gente armada contra indios so pretexto de que se reduzcan o de que vayan a servir: sí podrán enviar expediciones contra indios rebelados que hagan daños, pero con condición, se aclara, de "que los que se prendieren no se puedan repartir ni repartan por peizas como se ha acostumbrado".[98]

Por último, la ordenanza 45 habla de los indios que están al servicio de iglesias y conventos; sobre ellos dice Alfaro:

> "...los que sirven a iglesias y conventos, a los cuales de su consentimiento he dexado en los tales servicios, en no continándolos vayan al pueblo que en los padrones han declarado que son".[99]

En definitiva, pues, quedaba expresamente abolido en el Tucumán el régimen del yanaconazgo, que Alfaro declaraba haber existido ilegalmente en la provincia: en el futuro, por ninguna vía podrían ser sometidos los indios a él. Los pueblos o aillos trasladados a chacras o estancias quedarían establecidos en ellas como en sus propias tierras, mientras que los indios sueltos separados de su repartimiento, si lo habían sido en los seis años anteriores a la cédula de 1606, serían devueltos a aquéllos. En todos los casos, los indios serían considerados como de encomienda ordinaria y no como yanaconas.[100]

Con la abolición del yanaconazgo establecida en las normas que acaban de examinarse se cierra un ciclo en la historia de la legislación de indios en el Tucumán. En ese hito también se detiene el presente trabajo; pero no sin antes consignar siquiera unas mínimas referencias acerca de lo que a partir de entonces ocurrió. Estos escuetos apuntes finales serán anticipo del estudio sobre el asunto que espero completar pronto.

Las Ordenanzas de Alfaro no significaron la desaparición del yanaconazgo en el Tucumán. Por lo pronto, esa denominación, arraigada ya en la costumbre, siguió siendo empleada. Al año siguiente de dictarse las Ordenanzas, el tesorero de la Catedral, nuestro conocido don Francisco de Salcedo, donó

96 Ibíd., 300.
97 Ibíd., 323.
98 Ibíd., 323-324.
99 Ibíd., 309.
100 Similares disposiciones, en lo que aquí interesa, contienen las Ordenanzas que en 1614 dictó el Marqués de Montesclaros, virrey del Perú, con el propósito, no cumplido, de reemplazar con ellas a las de Alfaro. Véase sobre el particular Gastón Gabriel Doucet, "Las Ordenanzas de indios para el Tucumán del virrey Marqués de Montesclaros (1614)", trabajo presentado al VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Valladolid, 1980) y actualmente en prensa.

ciertos bienes para fundar un colegio de la Compañía de Jesús en San Miguel de Tucumán; entre dichos bienes se contaba la etancia de San Pedro Mártir, situada en los términos de aquella ciudad. En la escritura de fundación y dotación Salcedo expresó:

> "...pido a los Padres de la Compañía se sirvan de los indios que tengo en mi estancia principal arriba nombrada, por el amor y buena voluntad que les tengo y porque sé que han de ser bien pagados y bien tratados y que no serán violentados a servir en ella contra su voluntad; y les cedo y traspaso cualquier derecho que yo tengo para que sirvan en la dicha estancia, si alguno puede haber para servirse de personas libres, y no más".[101]

Y en señal de posesión don Francisco entregó al padre Juan Romero "los títulos que tengo de la dicha estancia y casas y chácaras y cuadras, negros y yanaconas de la dicha estancia".[102] Como se habrá advertido, la prudencia con que Salcedo se refiere a los indios de su estancia no es óbice para que a éstos se les llame yanaconas.

De 1628 encontramos un padrón de los indios de la encomienda de Luis de Abreu de Albornoz, vecino de Córdoba, de los cuales unos estaban en el pueblo de Nondolma y otros en la estancia de Cosquín. Entre estos últimos se mencionan en el padrón a "Martín Allanca, yanacona de Córdoba", y a "Lorenzo Toctauanan, yanacona".[103] Y al año siguiente el gobernador don Felipe de Albornoz, en carta al Rey, consignaba que, entre las encomiendas de la provincia que estaban vacas por muerte de sus poseedores, se contaba la de "unos pocos indios yanaconas" que había pertenecido a doña Mariana Vadillo.[104]

Habría que precisar, en cada uno de estos casos, cuál es exactamente el significado que se da a la palabra "yanacona".

También es oportuno mencionar que el mismo gobernador Albornoz, en 1628, nuevamente propuso a la Corona la implantación oficial del yanaconazgo en la provincia tal como se usaba en el Perú. Representaba Albornoz la rápida disminución de la población indígena de Santiago del Estero, y afirmaba que, de seguir así las cosas, "se puede presumir no habrá pronto quien labre ni cultive las tierras, si no es que los mismos españoles lo hagan". Como remedio, proponía que "alguna parte de los dichos indios, congruente para las estancias y labranzas, se pudiese perpetuar en ellas a título de yanaconas, como se hace en el Pirú, a dispusición y arbitrio de los gobernadores

101 Donación de D. Francisco de Salcedo, Santiago del Estero, 17 de mayo de 1613 (Levillier, *Papeles eclesiásticos* I, 141; y Lizondo Borda, *Documentos* III, 73).
102 Levillier, *Papeles eclesiásticos* I, 143; y Lizondo Borda, *Documentos* III, 74.
103 Padrón de los indios de la estancia de Cosquín, 1 de diciembre de 1628, en Expte. de confirmación de encomienda a Luis de Abreu de Albornoz (AGI, Charcas 101).
104 D. Felipe de Albornoz a S. M., Santiago del Estero, 2 de enero de 1629 (AGI, Charcas 26).

de esta provincia, sin que esto se entienda haber de ser con los mismos encomenderos tan solamente, sino con las demás personas, sigún la necesidad que cada una tuviere".[105] Esta actualización de la vieja propuesta de implantar en el Tucumán un régimen similar al vigente en el Perú no debe de haber sido atendida, pues no se encuentra ninguna otra mención de ella en los testimonios de la época.

Capítulo aparte merecería, en el estudio de este tema, el caso de los indios del valle de Calchaquí y del Chaco que fueron desnaturalizados de sus tierras en las campañas que contra ellos dirigieron, en la segunda mitad del siglo XVII, los gobernadores don Alonso de Mercado y Villacorta y don Ángel de Peredo, respectivamente.[106] Dichos gobernadores, con el fin de conseguir los recursos necesarios para realizar tales campañas, distribuyeron, entre las personas que tomaron parte en ellas o contribuyeron con dinero u otros efectos, familias y piezas sueltas de los indios que se desnaturalizaron. Aunque la Corona ordenó luego que estos indios quedasen como encomendados bajo el mismo régimen que los demás de la provincia, de hecho su condición fue la de yanaconas en las haciendas donde, en su mayor parte, fueron establecidos. Ello puede verse claramente en los testimonios de la visita, que, entre 1692 y 1694, llevó a efecto el doctor don Antonio Martínez Luján de Vargas, oidor de la Real Audiencia de Charcas.[107]

Y una última referencia. La práctica de repartir, en condición de sirvientes, los indios capturados en el curso de expediciones bélicas tuvo en el Tucumán muy duradera vigencia. Entre otros muchos ejemplos, tomo aquí, al acaso, el que ofrece una carta de 1752, escrita por el gobernador Martníez de Tineo al Virrey. Refiriéndose a una entrada hecha contra los belicosos indios del Chaco, decía que los expedicionarios "traxeron cuarenta y cinco piezas de mujeres y muchachos, que por suertes se repartieron a quienes tocó".[108]

Basten estas pocas noticias para dejar insinuado lo que será tema de futuros trabajos.

105 D. Felipe de Albornoz a S. M., Santiago del Estero, 17 de junio de 1628 (AGI, Charcas 14).

106 Algunas noticias sobre este asunto pueden encontrarse en Gastón Gabriel Doucet, "Un montañés en Indias: Don Angel de Peredo y su gobierno en el Tucumán", en *Santander y el Nuevo Mundo* (Santander, 1979), 489-514.

107 Sobre esa visita véase Gastón Gabriel Doucet, "Introducción al estudio de la visita del oidor don Antonio Martínez Luján de Vargas a las encomiendas de indios del Tucumán", *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. Emilio Ravignani"* XXVI (Buenos Aires, 1980), 205-246; y "Los autos del visitador don Antonio Martínez Luján de Vargas", *Revista de Historia del Derecho* VII (Buenos Aires, 1980), 123-154.

108 Juan Victorino Martínez de Tineo al Virrey, Salta, 28 de junio de 1752 (AHN, Consejos 20374, pieza 1a., fol. 730v).

LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA TEÓRICA-PRÁCTICA DE MÉXICO. NOTAS PARA EL ESTUDIO DE SU LABOR DOCENTE (1811-1835)

MA. DEL REFUGIO GONZÁLEZ

De la Jurisprudencia la Academia.
Ese establecimiento que honra tanto
a la nación entera, y que sin duda
era el plantel de ilustres ciudadanos.

1. *Introducción.* Los versos anteriores forman parte del romance endecasílabo elaborado por Manuel Barrera Troncoso, individuo del Ilustre Colegio de Abogados de México, el día 8 de febrero de 1835, en la reapertura de la Academia de Jusrisprudencia Teórico-Práctica dependiente del Colegio de Abogados de México.[1] A sólo catorce años de proclamada la independencia de la nación mexicana y veinticuatro de haber sido aprobadas sus constituciones, en el seno del entonces virreinato de la Nueva España, la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica ya había cerrado sus puertas dos veces, interrumpiéndose la labor docente que se realizaba en sus aulas. Las siguientes páginas están dedicadas a explicar, bien que esquemáticamente, ese proceso.

La historia de los Colegios de Abogados ha sido estudiada en España, con mayor o menor detalle y amplitud,[2] a fin de analizar su regulación, su impacto en la sociedad, las características de sus miembros y muchas otras cuestiones. Interesa el estudio de estas instituciones porque las Academias de Jurisprudencia Teórico-Práctica se crearon en la metrópoli al abrigo de algunos de los Colegios de Abogados que ya existían desde el siglo XIV.

Bermúdez Aznar da cuenta de que el primer Colegio de Abogados peninsular se erigió en Barcelona, el 14 de abril de 1330.[3] Desde sus orígenes, los Colegios de Abogados tuvieron por objeto controlar, en alguna medida el

1 Manuel Barrera Troncoso "Romance endecasílabo. Su autor. El Lic. D. ..., individuo del Ilustre Colegio de Abogados de México", en *Colección de Piezas literarias en prosa y verso con que se solemnizó el día 8 de febrero la apertura de la Academia de Derecho Teórico-Práctico bajo la dirección del Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal,* Impreso por Ignacio Cumplido, 1835.

2 Agustín Bermúdez Aznar, *Contribución al estudio del corporativismo curial. El Colegio de Abogados de Murcia,* Murcia, Sucesores de Nogués, 1969.

3 Bermúdez Aznar, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

acceso de los abogados al ejercicio de la profesión; a tal fin se estableció que la inscripción en el Colegio fuera paso obligado para el acceso a la vida profesional de los abogados.[4] El desarrollo de los Colegios de Abogados no es igual en toda la península ibérica; por el contrario, se registran importantes variantes regionales, las cuales están vinculadas a la fuerza de las autoridades municipales, la penetración de la autoridad real, la existencia o no existencia de tribunales superiores en el área y muchas otras cuestiones.

En Castilla la creación de cofradías de abogados es más tardía; apenas hacia el siglo XVI pudieron erigirse. Dos hechos intervinieron en su constitución: la existencia de un importante organismo judicial en Valladolid, la Chancillería, y la decisión de Felipe II de establecer la capital del reino en Madrid, y crear ahí un Tribunal de Corte. Ambos hechos propiciaron la notable afluencia de letrados a la meseta castellana, y con ellos, los primeros intentos para su organización y control.[5]

En agosto de 1595, treinta y siete abogados madrileños se erigieron en congregación y hermandad. Sus estatutos fueron ratificados por Felipe II en julio de 1596. La congregación madrileña fue creciendo al parejo que la corte, y adquiriendo cada vez mayor preeminencia ya que, desde sus orígenes, había decidido contar con el favor real poniéndose bajo la inmediata protección del monarca y del Consejo Real. Las consecuencias de su actitud no tardaron en hacerse palpables, y por Auto Acordado el Consejo de 23 de noviembre de 1617, se mandó que todos los abogados ejercientes en la Corte castellana debían hallarse inscritos en el Colegio de Abogados.[6] A partir de esa fecha se generaliza en la península la afiliación de los distintos Colegios de Abogados al de Madrid, de manera tal que sus estructuras comienzan a uniformar la práctica de la profesión, ya que se difunden por todo el territorio a consecuencia del patrocinio real que las avala. Estos hechos tenían ventajas para los abogados y para el rey. Para los primeros, gozar de las prerrogativas que suponía la congregación en los Colegios, evitarse las dificultades interpuestas por tribunales y audiencias para la práctica de la abogacía y disfrutar de una vida colegial que suponía ventajas y seguridad para ellos y sus sucesores fueron alicientes para su incorporación a los Colegios.[7] El monarca, por su parte, veía apoyada su política de implantación del derecho real controlando y vigilando la vida corporativa de los Colegios.[8]

La política real de intervenir en la formación de los abogados dio un paso al frente durante el reinado de Carlos II al crearse en Madrid los Reales Estudios de San Isidro, en 1770. Álvarez de Morales afirma que fueron creados para encauzar la reforma ilustrada de la educación, la cual no había tenido

[4] *Idem*, p. 17.
[5] *Idem*, p. 17.
[6] Bermúdez Aznar, *op. cit.*, p. 20.
[7] *Idem*, p. 23.
[8] Sólo los egresados de la Universidad de Salamanca podían ejercer en los tribunales sin los requisitos de colegiación. *Novísima, ley 1*, tít. XII, lib. 5, nota 3.

el éxito deseado en las Universidades españolas. La idea que inspiró la creación de ese centro de enseñanza fue la de renovar, al amparo de los principios de la ilustración, la docencia. Apoyados por el gobierno, los Reales Estudios de San Isidro pronto superaron, en cuanto al número de alumnos que concurría a sus aulas, a la propia Universidad de Alcalá de Henares.[9] Los estudios jurídicos alcanzaron gran relieve en la capital de la monarquía a consecuencia de la labor de las Academias que en los Reales Estudios se erigieron; entre ellas destacaban la de Derecho Español y Público y la de Jusisprudencia Teórico Práctica y Derecho Real Pragmático. Estas academias formaron a los abogados que pretendían ejercer la profesión en la capital del reino, los cuales sólo requerían para ejercerla el examen correspondiente ante el Colegio de Abogados, una vez realizados los ejercicios de la Academia de Jurisprudencia Teórico Práctica. De esta manera, según Álvarez de Morales, no fue necesario ya acudir a las universidades a recibir el grado.[10]

En la Nueva España se había erigido el Ilustre y Real Colegio de Abogados desde 1760, es decir, cuatro décadas después de iniciada la política de afiliación de los Colegios de Abogados al de Madrid. En el seno del virreinato no cabía la duda, el Colegio había de erigirse con la aprobación del rey, y bajo su protección. De esta manera, la solicitud de los abogados novohispanos fue atendida, y el rey, a través de real cédula de 1760 había aprobado y confirmado los estatutos y constituciones del Colegio, y había concedido su real licencia para que se erigiera con el título de "ilustre". Todo esto bajo su real protección, y siguiendo el esquema del Colegio de Abogados de la capital española.[11] Este último hecho les garantizaba a los abogados novohispanos las gracias y privilegios concedidos al Colegio de Madrid, siempre y cuando se adaptaran a la realidad del virreinato.[12]

El Colegio de Abogados de México tenía para el año de 1807 trescientos doce abogados matriculados, cuya inmensa mayoría habitaba en la capital.[13] Esta institución funcionó en forma corporativa durante los años previos a la declaración de independencia; una vez consumada ésta, la estructura del Colegio sufrió los embates derivados de la admisión de los principios de libertad de trabajo, libertad individual e igualdad. De tal manera que no fue

[9] Antonio Álvarez de Morales, *"La Ilustración" y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 145-47.
[10] *Idem*, p. 147. La forma en que se regulaba el examen de admisión a la práctica profesional de los abogados antes de la creación de las Academias se puede consultar en: Novísima Leyes 1 y 2, tít. XXII, Libro X; Recopilación de Castilla ley 4, tít 1, lib. 2.
[11] *Estatutos del Nacional Colegio de Abogados de México, reformados en el año de 1828, octavo de la independencia nacional...*, *pp.* 4, 5, 6 y 7.
[12] Por ejemplo, la real orden de 29 de agosto, inserta en la circular del Consejo de 14 de septiembre de 1802 sobre la ampliación del número de años de estudios de los abogados no se comunicó a América.
[13] *Lista de los individuos matriculados en el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México para el año de 1807*, citada por Jaime del Arenal Fenochio en "Los Abogados en México y una polémica centenaria (1784-1847)", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 4, número 4, 1980, p. 547.

posible mantener su forma corporativa después de la publicación de la ley de 1o. de diciembre, expedida por el congreso constituyente, la cual mandaba que todos los abogados existentes en la República Mexicana y los que se habilitaren podían ejercer la profesión en cualquier tribunal de la federación.[14] Esta ley ponía fin al privilegio concedido al Colegio de Abogados de México desde 1760, por medio del cual se impedía practicar la abogacía en los tribunales superiores y en la corte del virreinato a los que no se hallaban incorporados al Colegio.[15]

Sin embargo los abogados mexicanos buscaron y consiguieron restablecer el Colegio de Abogados, haciendo compatibles sus estatutos con la nueva situación. Desde 1826 iniciaron las gestiones para su restablecimiento. La colegiación sería ahora voluntaria, y el organismo de carácter privado.[16] A lo largo del siglo este régimen sufrió algunas variantes. A partir de su nueva estructura los objetivos del Colegio —acordes con los principios de libertad e igualdad— serían los siguientes:

Propagar y difundir los conocimientos jurídicos; publicar disertaciones e indicaciones sobre los puntos oscuros de la legislación; proporcionar dictámenes al gobierno y los tribunales de la federación y los estados; ayudar a los miembros en sus necesidades y enfermedades a través de un fondo que se constituiría con las aportaciones de todos los inscritos.[17]

Habría secciones del Colegio en los distintos estados de la federación que quisieran admitirlas. Para la incorporación al Colegio bastaba la presentación del título de abogdo y pagar la cuota establecida.[18]

Una vez realizadas las gestiones necesarias para la aprobación de los estatutos respectivos, se restableció el ahora Nacional Colegio de Abogados, el 20 de septiembre de 1829.[19] Unos meses después de ese acontecimiento, el Estado

14 Dublán y Lozano.

15 La forma en que se regulaban los exámenes en la Nueva España, antes de la creación de las Academias puede verse en: leyes 1 y 2, tít. XXIV, lib. 2, de la Recopilación de Indias; Auto Acordado de 16 de mayo de 1709, real cédula de 9 de octubre de 1757, auto acordado de 20 de julio de 1744, real orden de 20 de noviembre de 1784, decreto de la Real Audiencia gobernadora de 21 de abril de 1785, real cédula de 4 de diciembre de 1785, todos en el tercer foliaje de la Recopilación Sumaria..., de Beleña.

16 Peña y Peña en 1832 defiende la idea de que el Colegio de Abogados no es una institución privada y particular sino que es una "reunión de profesores, erigida en cuerpo público, establecida y autorizada por las leyes, y a quien éstas, antes y ahora, han dado ciertas atribuciones dirigidas al orden político y a uno de los principales ramos de la sociedad. Manuel de le Peña y Peña, *Discurso que en cumplimiento de los Estatutos del Ilustre y nacional Colegio de Abogados de México, hizo el señor D. ..., rector actual de dicho cuerpo, el día 29 de enero de este año en que se verificaron las nuevas elecciones de sus empleados*, México, Imprenta de Galván, a cargo de Mariano Arévalo, 1833. Su afirmación tiene algo de razón, ya que cómo se verá, en 1830 volvió a adquirir un carácter corporativo el Colegio, aunque fuera sólo para el Distrito Federal. Este carácter, con variantes en la amplitud territorial de su influencia, se mantuvo hasta 1867 en que lo perdió para siempre.

17 Estatutos, p. 18.

18 *Idem*, p. 19.

19 *Idem*, p. 20.

daba legitimidad y apoyo a la reunión voluntaria de los abogados en el Colegio, al etablecerse, el 28 de agosto de 1830, que los ejercicios realizados en la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica, que estaría a cargo del Colegio, formaban parte de los requisitos para ser admitido al examen de abogado en el Distrito Federal.[20] Sobre este decreto volveremos más adelante.

Con modificaciones a sus estatutos, y las dificultades derivadas de los cambios en la forma de gobierno de la nación a más de los avatares de la política, el Nacional Colegio de Abogados siguió funcionando todo el siglo XIX, aunque después de la restauración de la República no fue el único organismo que agurpara a los abogados.[21] Su influencia en la vida jurídica y pública de esa época no ha sido estudiada todavía. Por mi parte, en este ensayo, intento proporcionar algunas noticias sobre el órgano dependiente del Colegio de Abogados del México que tuviera mayor importancia en la formación de los abogados, hasta 1867, la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica. Los límites cronológicos del presente trabajo van del tiempo de la erección de la Academia hasta la final de la primera república federal. Trabajos postriores ayudarán a conformar una historia del órgano docente del Colegio, a fin de que, con el tiempo podamos lograr un estudio completo de este importante cuerpo de abogados. A diferencia de lo que ha ocurrido en España o en otros lugares del antiguo imperio español, en México no contamos con un estudio completo sobre el Colegio de Abogados de ahí la necesidad de su estudio. Comencemos pues a seguir los primeros pasos de la Academia.

II. *La Academia de Jurisprudencia teórico práctica real y pública.* El 3 de abril de 1794, en respuesta a una solicitud del Colegio de Abogados de la capital del virreinato, el rey Carlos IV envió una real cédula al virrey Juan Vicente de Güemes Pacheco, a través de la cual concedía su real aprobación para que el Colegio de Abogados estableciera una Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica real y pública "bajo el pie y condiciones con que se hallan las erigidas en Madrid". El Colegio había solicitado que la Academia que se erigiera tuviera facultad de "ampliar, reformar y moderar sus constituciones según lo dicten las ocurrencias en lo sucesivo..." El monarca remitía las constituciones de la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de los Reales Estudios de San Isidro para que, en la elaboración de las de la Academia de México, se aprovechara de aquéllas lo que las circunstancias locales del reino permitieran. Unos años después, el mismo rey, se dirigía al regente y oidores de su Real Audiencia de México para comunicarles su beneplácito por haber sido obedecido en cuanto a que se siguiera el texto de las constituciones de San Isidro, y a través de esta real cédula, fechada en Aranjuez el 1o. de mayo de 1807, aprobada las modificaciones —seguridas por sus súbditos novohispanos— que hacían posible la adaptación de las

20 Dublán y Lozano, tomo II, p. 284.

21 Alejandro Quijano, "Las asociaciones de abogados en México", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, junio-agosto de 1939, tomo 1, no. 3, p. 271.

constituciones originales a la particular circunstancia de la Nueva España. En consecuencia ordenaba le fueran enviadas para su aprobación definitiva las constituciones novohispanas ya modificadas, dado que las variantes del texto original habían sido aprobadas. Entre tanto autorizaba la iniciación de los ejercicios de la Academia.[22]

Cabe señalar que en el texto de esta real cédula el rey otorgaba autorización "únicamente para el establecimiento de la expresada academia..." Interesa hacerlo porque, como se verá, en la capital del virreinato se hicieron numerosas modificaciones a las constituciones —que aparecen como aprobadas por el rey— no obstante que en el texto de la real cédula no se hace alusión a la facultad de la Academia de modificar, con la anuencia de las autoridades novohispanas, sus constituciones; petición que como se señaló en el largo párrafo anterior había hecho el Colegio de Abogados al tiempo de pedir la erección de la Academia. Esto puede explicarse si tenemos en cuenta que no conocemos toda la documentación relativa a la erección de la Academia. Sin embargo, cabe otra explicación tentativa: el Colegio sí tenía facultades para modificar sus estatutos, y dado que la Academia era parte del Colegio, quizá no se hacía necesario el otorgamiento explícito de una facultad que ya se hallaba concedida al Colegio. Pero dejamos de lado esta cuestión y veamos el proceso de instalación, de la Academia paso a paso, siguiendo el reducido número de testimonios que he podido conseguir hasta el momento.

En octubre de 1807 se celebraron las elecciones para cubrir los puestos de Presidente y demás individuos de la Academia y se convino que el Director fuese siempre el oidor decano de la Audiencia. Posteriormente se incorporaron a las constituciones varias ampliaciones, reformas y explicaciones que habían parecido convenientes, a juicio del presidente de la Academia, que era a la sazón, don Antonio Torres Torija. Todo esto fue aprobado por la Real Audiencia el 6 de julio de 1808 por auto acordado, y se le solicitó, a través de otro auto, al director de la Academia, eligiera el local para el establecimiento de ésta, de acuerdo con el virrey.[23] Se eligió el local del Colegio Real de San Ildefonso; la ceremonia fue realizada el 23 de enero de 1809 con una "crecidísima y lucida concurrencia". En ese acto se pronunciaron varios elocuentes discursos,[24] que por desgracia no he podido conseguir.

Al comenzar a celebrarse los ejercicios literarios, las constituciones mostraron su inoperancia, de ahí que el Presidente y vocales de la Academia representaran a la Audiencia sobre las dificultades que causaban las constituciones, las cuales no podían observarse en sentido literal, "por la diversidad de circunstancias locales respecto de la de Madrid".[25] El presidente y los vocales proponían algunas variantes que esperaban fueran del agrado de la Audiencia, a fin de que ésta diera la aprobación para su modificación. Todo esto se documentó el 23 de octubre de 1809.[26] El Real Acuerdo aprobó las reformas propuestas el 27 de septiembre de 1810, y devolvió las constituciones a la Academia para que su funcionamiento se ajustara al texto revisado y corregido. El Superior Gobierno otorgó la licencia de impresión por decreto del Virrey Venegas el 30 de enero de 1811,[27] con lo cual se daba el paso final al proceso de erección.

Con interrupciones y no pocos problemas económicos funcionó esta institución desempeñando una labor eminentemente docente hasta 1867, año en que se fundó la Escuela Nacional de Jurisprudencia y perdió la Academia las facultades que había tenido como órgano oficial para la formación de abogados.[28] A lo largo de toda su historia, la Academia estuvo vinculada al órgano que la hacía posible, el Colegio de Abogados.

III. *Su estructura y labor docente.* Ya desde la época colonial se había establecido, como puede verse por sus constituciones, que el objeto principal de la Academia era "la instrucción y enseñanza de los pasantes para que con los mejores conocimientos entren al exercicio de abogados".[29] A sus sesiones debían concurrir "todos los practicantes que estuvieren en los colegios y estudios, y los que en lo sucesivo existieren en México".[30] El tiempo fijado a esta concurrencia era de cuatro años y la asistencia durante ese período, requisito indispensable para ser admitido a examen de abogado, con lo cual quedaban habilitados para litigar en los tribunales del reino.[31] Debe recordarse la diferencia tajante que había entre los juristas propiamente dichos y los abogados. Los primeros eran los que habían recibido formación universitaria y optado a los grados de licenciado o doctor en el seno de las aulas universitarias. Los segundos eran de dos tipos: el licenciado o el doctor que presentaba su examen después de haber satisfecho los requisitos correspondientes, según la época, o bien, el bachiller, que sin deseo de seguir en la universidad los grados mayores, optaba por satisfacer los estudios y el tiempo

22 *Constituciones de la Academia Pública de Jusisprudencia Teórico Práctica de Derecho Real Pragmático, erigida por el Ilustre y Real Colegio de Abogados de esta ciudad, en virtud de aprobación real y establecida en el más antiguo de San Ildefonso, mandadas a observar por el Real Acuerdo, interin que, dándose cuenta a S.M. se digna aprobarlas*, México, en Casa de Arizpe, 1811, pp. 3 y 7.

23 *Idem*, pp. 36-39.

24 *Idem*, p. 40.

25 *Idem*, p. 41.

26 *Idem*, pp. 42 y 43.

27 *Idem*, pp. 43 y 44.

28 Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1975. p. 131. Por otra parte, Quijano, *op. cit.*, da como año del establecimiento de la Escuela Nacional de Jurisprudencia el de 1869, y es él quien alude a las funciones docentes de la Academia, que no trata Mendieta.

29 § 5 de la Constitución 13 en las *Constituciones*... que se han venido citando.

30 *Ibidem*. Anteriormente la enseñanza práctica se adquiriría asistiendo al "estudio de abogado aprobado", durante un lapso determinado. José María Álvarez, *Las instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, Guatemala, Imprenta de D. Ignacio Beteta, 1818, vol. I, pp. 47 y 48. La obra de Álvarez ha sido recientemente reeditada por la UNAM con un estudio introductorio de la que esto escribe y Jorge María Laguardia.

31 § 6 de la Constitución 13.

de pasantía necesarios para tener acceso al examen.[32] La labor fundamental del abogado fue la actuación ante los tribunales.[33]

Ahora bien, ¿en qué consistían los ejercicios de la Academia? Las sesiones se celebraban todos los martes del año a las cuatro de la tarde, y debían durar dos horas. Si algún martes era de precepto de oír misa, o llovía, se transfería la sesión para el siguiente.[34] En un país en que llueve cuatro o cinco meses del año. la última regla, si se cumplió, debió represenar un serio obstáculo para la transmisión del conocimiento jurídico.

Cada martes se señalaba el punto o materia práctica a estudiar para la siguiente sesión, se elegían tres o cuatro sujetos de entre los llamados académicos actuales, es decir, pasantes, para que prepararan la conferencia sobre el tema. Uno o dos voluntarios eran los encargados de poner a prueba lo que habría de exponerse en la siguiente sesión. Asimismo se repartían "seis o más recursos a los pasantes que sobre ellos sigan las instancias correspondientes". Esta frase parece indicar que se les encargaban casos prácticos, que probablemente se seguían en los tribunales, a fin de que se ejercitaran bajo la vigilancia de sus profesores. Por otra parte, a más de los ejercicios anteriores, se encargaba a un voluntario la preparación de un *papel* sobre algún tribunal de México o España. En dicho documento se debía dar cuenta de la composición del tribunal, los negocios a él adscritos, el estilo de actuar en su seno, etc.[35] Esto tenía gran importancia porque parte de la enseñanza, al igual que en la antigua Roma, consistía en saber el modo de conducirse ante el tribunal. Todo esto contrasta notablemente con la enseñanza en la universidad o en los colegios autorizados para impartir enseñanza jurídica, ya que en el seno de todas esas instituciones el aprendizaje se basaba fundamentalmente en el conocimiento del *Corpus Iuris*.[36]

En las constituciones se afirma que la Academia no estaba obligada a su-

32 Mendieta y Núñez, *op. cit.*, pp. 73-75; 96-11. Ahí se analiza el camino que habían de seguir los que quisieran acceder a los títulos de bachiller, licenciado o doctor en derecho civil o canónico. De otra parte, Jaime del Arenal en su estudio sobre "Los abogados en México..." analiza a los abogados propiamente dichos. Sobre este tema afirma que "es claro que en el pasado no se confundía al Abogado con aquellos otros estudiosos del derecho que dedicados a diferentes áreas de la ciencia jurídica no promovían la defensa ante los jueces de causas ajenas o propias". El Abogado que estudia del Arenal, y que se analiza en este estudio es "aquel jurista o estudioso del derecho que dedicado a la defensa ante los tribunales de causas ajenas o propias cumplía además una serie de requisitos impuestos por la ley para poder ejercer como tal". La cita procede de p. 524.

33 Ocasionalmente en la legislación y la doctrina, y en forma muy frecuente en la administración de justicia aparece la figura del letrado. Este sujeto es un abogado que presta su asesoría a los encargados de la administración de justicia que no tienen formación jurídica. Nueva Recopilación, ley 4, tít. 1, lib. 2. El letrado puede ser, él mismo, parte de los órganos de administración de justicia. Su formación era la de abogado, aunque a veces se use la palabra para aludir a cualquier gente que haya cursado algunos estudios.

34 § 2 de la Constitución 14.

35 § 3 de la Constitución.

36 § 4 de la Constitución 14 y Mendieta, *op. cit.*, Jaime del Arenal, "La enseñanza del derecho romano en Michoacán (1799-1910)" ponencia presentada al I Coloquio Italo-mexicano de derecho romano, celebrado en la UNAM, en agosto de 1982.

jetarse a autores determinados para obtener los conocimientos. Sin embargo, se recomienda para "llevar orden en ellos" la lectura de la *Ilustración al derecho real de España* de Juan Sala y las *Cuestiones Prácticas* de Covarrubias, aunque esto podía variarse. Asunto muy importante de la enseñanza era la explicación de la legislación, a tal fin, se revisaban y estudiaban las leyes de Castilla y de Indias, y las de Toro; asimismo se debían estudiar las cédulas reales, órdenes, bandos y circulares del derecho novohispano.[37]

La vigilancia del proceso de aprendizaje corría a cargo del presidente de la Academia. Al vicepresidente le correspondía recoger la información a fin de elaborar cuadernos que pudieran ser utilizados en la "enseñanza pública".[38]

Cada tres meses se realizaría, con el concurso de los acedémicos voluntarios, es decir los abogados y doctores que estuvieren inscritos en la Academia, o los pasantes, la lectura de un discurso teórico en que se mostrara la práctica judicial en torno a un tema concreto: testamentos, mayorazgos, jurisdicciones, fueros, etc. Este tema sería comentado por dos pasantes.[39]

En las constituciones se halla regulado todo el funcionamiento de la Academia en lo relativo a estímulos o premios de los pasantes, asistencia, multas, etc. También los aspectos propiamente mutualistas, o sea, de asistencia a los miembros. Se hallaban previstos dos tipos de académicos: los voluntarios y los actuales. Estos últimos podían proceder de cualquier colegio o estudios que les hubiese otorgado el título de bachilleres en cánones o leyes.[40] Los clérigos podían optar al título, pero desde 1757 se había expedido una real cédula que les impedía ser "abogados", es decir, actuar en los tribunales, salvo en la defensa de sus propios pleitos, de los de "las Iglesias donde fueren beneficiados, de sus padres o madres, o personas a quienes han de heredan, o de pobres y miserables".[41]

Cumplidos los cuatro años de asistencia a la Academia se expedía a los pasantes un certificado en el que constaba la forma en que se habían desempeñado en ella. Este certificado era absolutamente necesario, tanto para los que habitaban en la capital del reino, como para los que venían de fuera, para acceder al examen de abogado. Dicho certificado debía ser presentado ante la Real Audiencia,[42] la cual asignaba día y seleccionaba el caso con el

37 Para consultar un esquema de cómo habría estado constituido el derecho novohispano véase la "Introducción" a la adición facsimilar de la *Recopilación Sumaria*... De Ventura Beleña, preparada por la que esto escribe. La edición facsimilar fue publicada por la UNAM en 1981.

38 § de la Constitución 14.

39 § 6 de la misma Constitución.

40 § de la Constitución 13.

41 Nota de la real orden de 1784, tercer foliaje de la *Recopilación Sumaria*.... de Ventura Beleña, vol. I.

42 § 6 y 7 de la Constitución 13. También en la Real Audiencia de Guadalajara se podía realizar el examen de abogado, en ella el número de solicitantes fue siempre menor al de la de México. Sobre este tema véase Del Arenal Fenochio, "Los abogados en México..." pp. 541 y 542.

que había de celebrarse el examen, ante los examinadores del Colegio de Abogados.[43]

IV. *La ley de 28 de agosto de 1830.* En páginas anteriores se han hecho alusión a la suerte del Colegio de Abogados a raíz de la independencia. Veamos ahora que sucedió con la Academia. Naturalmente que siguió la misma suerte que el Colegio al expedirse la ley de 1o. de diciembre de 1824 que lo extinguía como órgano corporativo. No tengo datos que prueben que la Academia haya continuado su labor docente, pero al restablecerse el Colegio en 1829, la Academia recuperó su función de enseñanza, reduciéndose ésta al Distrito Federal, ya que el decreto de 28 de agosto de 1830[44] ordenaba, en sus diversos artículos lo siguiente:

> 1. El tiempo de la práctica forense necesario para examinarse de abogado en el distrito federal, será de tres años completos, asistiendo diariamente al estudio de algún abogado y a los ejercicios de la academia de derecho teórico-práctico que estará a cargo del Colegio de Abogados.
>
> 2. A los pasantes que hay actualmente bastará haber cursado la academia el tiempo que les falte hasta concluir los tres años de su práctica.
>
> 3. La justificación de la práctica se hará con certificados de los letrados a cuyo estudio hayan concurrido los pasantes, y con igual documento de la academia extendido con arreglo al párrafo sexto de la décimatercia de sus constituciones.
>
> 4. El gobierno podrá dispensar hasta seis meses del tiempo señalado en en esta ley, a los que acrediten haber cursado con puntualidad la academia y adquirido una instrucción sobresaliente a juicio de la misma, previo un examen particular y extraordinario.

43 El Estatuto 16 de los Estatutos del Colegio de Abogados publicados en 1808 se refiere a los exámenes. En el § 8 se alude a la *censura* que emite el Colegio, la cual turnaba "sin tardanza" a la Real Audiencia, encargada final del recibimiento del examinado. Los estatutos no lo dicen así, pero puede presumirse con cierto grado de certeza por las razones siguientes: § 7 de las Constituciones de la Academia parecen indicar que el recibimiento era ante la Audiencia. En el mismo sentido se pronuncia el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia expedido por las Cortes de Cádiz el 9 de agosto de 1812. En ese reglamento, en el artículo XIII relativo a las facultades de las Audiencias, se señala como facultad sexta, la de "hacer el recibimiento de abogado, previas las formalidades prescritas por las leyes". Aunque sea algo posterior al lapso que nos hemos fijado en este estudio, viene a cuenta, la ley de 23 de mayo de 1837, cuyo artículo 62, en su primera parte decía: "El recibimiento de abogados se hará por la sala primera en el tribunal superior de México, y en los demás departamentos por el tribunal pleno, exigiendo a los que pretendan los documentos que acrediten tener los requisitos que previene la ley de 28 de agosto de 1830. Bermúdez Aznar, *Contribuciones*... p. 38 ve en esto un desdoblamiento del examen, pero no parece ser así. El examen se hacía ante el Colegio de Abogados, el cual emitía la censura, y la Audiencia enlistaba o recibía a los que habían aprobado.

44 Decreto de 28 de agosto de 1830. Sobre el tiempo de práctica necesario para examinarse de abogado en el Distrito Federal. Dublán y Lozano.

Por el discurso pronunciado por don Manuel de la Peña y Peña el 29 de enero de 1832 como rector saliente del Colegio de Abogados sabemos que la Academia se abrió el 9 de enero de 1831 y que acudieron a ella cuarenta pasantes.[45] Al igual que en la época colonial, en su seno se buscó combinar la teoría y la práctica del derecho. Al tiempo del discurso de Peña y Peña se impartían en ella lecciones de derecho público y privado, tanto teóricas como basadas en la legislación de la época. Asimismo se impartían lecciones de práctica sobre el sistema que se seguía en juzgados y tribunales. Se estudiaban las *Instituciones de derecho natural y de gentes* de Gerardo Renneval; la *Ilustración del Derecho real de España* de Juan Sala, completada por la *Instituta* comentada por Vinnio. También se hacían ejercicio sobre práctica forense, explicando la diversidad de los juicios y recursos existentes.[46]

Por la ley de 28 de agosto de 1830 nadie podía ser admitido, en el Distrito Federal, en el ejercicio de abogado sin examen y aprobación del Colegio. Esto dio una gran importancia a la Academia, aunque no por mucho tiempo ya que por decreto de 1o. de octubre de 1833 se estableció un nuevo plan de estudios que dejaba fuera las lecciones de la Academia.[47]

En el mismo sentido se expidió una ley sobre examen de abogados el 9 de enero de 1834 que a la letra decía:

> 1. Se derogan todas las disposiciones expedidas hasta aquí sobre exámenes de abogados.
>
> 2. Estos se examinarán en lo sucesivo por una sola junta de profesores del establecimiento de jurisprudencia, presidida por el director, y en defecto suyo por el vicedirector, quedando habilitados los que fueren aprobados en estos exámenes para ejercer la abogacía en los tribunales de la federación.[48]

Poco tiempo después, Santa Anna dispuso que los Establecimientos de Instrucción Pública volvieran al estado anterior al decreto de 1833. El Colegio de Abogados, sin embargo, dirigió una consulta al supremo gobierno para obrar con "la seguridad y circunspección que le corresponden". El gobierno

45 Peña y Peña, *Discurso que en cumplimiento*... En la fecha de apertura de la Academia, Lázaro de la Garza leyó un discurso que contrasta notablemente con los que se analizarán posteriormente. En él predomina un tono erudito y moderado, y hasta cierto grado optimista. En general es un panegírico sobre las leyes, y su función social, la cual permite al hombre vivir en paz. *Discurso inaugural que pronunció el Dr. Lázaro de la Garza, individuo del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, el domingo 9 de enero de 1831, en la solemne reinstalación de la Academia de Jurisprudencia teórico-práctica, que puso a cargo del mismo colegio la ley de 28 de agosto de 1830,* México, Imprenta del Águila, 1831.

46 *Idem.*

47 En 1833 Gómez Farías suprimió la Universidad y modificó toda la estructura de la enseñanza pública. Al crearse el Establecimiento de Jurisprudencia ,conforme al decreto de 23 de octubre de 1833, quedaba suprimida la labor docente de la Academia.

48 Ley de 9 de enero de 1834. Dublán y Lozano, tomo II, p. 659.

envió una providencia el 3 de septiembre de 1834 al rector, comunicándole que el presidente había dispuesto: "que el colegio de Abogados quede espedito en sus funciones, lo mismo que la academia de jurisprudencia creada por la ley de 28 de agosto de 1830". Al recibir esta comunicación se decidió celebrar la apertura con una función solemne y pública.[49]

V. *La reapertura de la Academia el 8 de febrero de 1835.* Ha llegado hasta nosotros la *Colección de piezas literarias en prosa y verso con que se solemnizó el día 8 de febrero la apertura de la Academia de Derecho Teórico Práctico bajo la dirección del Ilustre Colegio de Abogados del Distrito Federal;*[50] a partir de los testimonios ahí recogidos podemos ampliar la información sobre el tema que se viene analizando. En el acto participaron: J. A. Villalba, encargado de redactar la Advertencia; Anastasio de la Pascua, individuo del Ilustre Colegio de Abogados, a cuyo cargo corrió el Discurso inaugural; Andrés Quitana Roo, ministro de la Suprema Corte de Justicia, quien elaboró unas poesías para esta fecha; Manuel Barrera y Troncoso, individuo del Ilustre Colegio de Abogados, autor del romance endecasílabo del que se sacó el epígrafe de este ensayo e Ignacio Sierra y Rosso, contador de la Dirección General de Rentas, autor de un poema que luego comentaremos. Todos ellos, hemos de suponer, miembros distinguidos de la comunidad de abogados en México.

Interesa revisar los textos que escribieron para este acontecimiento por la información que arrojan sobre los abogados en general, la labor de la Academia, y algunos hechos de la época.

A Villalba, como se ha dicho le tocó elaborar la Advertencia; en ella da cuenta de los hechos que precedieron a la reapertura de la Academia –algunos ya fueron utilizados en apoyo de ciertas afirmaciones de este trabajo– y asimismo proporciona información sobre la solemnidad con que se realizó este acto. Al respecto dice que fue

> presidida por el presidente interino de la República General D. Miguel Barragán. Los secretarios de Relaciones, Justicia y Guerra, varios diputados y senadores, el ilustre Colegio de Abogados, los ministros de la suprema Corte de Justicia y del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, el señor rector de la Nacional y Pontificia Universidad, en *cuyo edificio está establecida la Academia,* el señor comandante general, varios capitulares del Ayuntamiento y del cabildo eclesiástico y otras autoridades.[51]

En pocas palabras, el aparato estatal que había impedido la reforma iniciada por Gómez Farías se hallaba presente en el acto de reapertura de la Academia, pero en el mismo acto se encontraba, e hicieron uso de la palabra

[49] J. A. Villalba, "Advertencia", en *Colección de piezas literarias...*
[50] *Idem.*
[51] J. A. Villalba, "Advertencia", en *Colección de piezas literarias...* En subrayado es mío.

hombres que como Andrés Quintana Roo se afiliaban a las doctrinas liberales.

Anastasio de La Pascua fue el encargado de pronunciar el Discurso. Este texto es de sumo interés ya que muestra la complejidad del pensamiento de la época, imbuido ya por el utilitarismo y el liberalismo, pero apegado a esquemas tradicionales en muchos aspectos.[52]

Después de un panegírico de la jurisprudencia en el que se remonta a la infancia del género humano, pasa a considerar cómo a lo largo de la evolución se fueron haciendo más complejas las costumbres, las cuales, además, habían variado por las revoluciones nacionales. Hace una larga relación de cómo fueron cambiando los cuerpos jurídicos a lo largo del tiempo. A continuación pasa al análisis de la profesión de los abogados, otra vez desde los más remotos tiempos. Roma ocupó sólo una pequeña parte de esta sección del discurso, y de los romanos los que le interesan a Anastasio de la Pascua son los abogados y oradores, y no los jurisconsultos.[53] Al llegar a los tiempos modernos, se felicita de que las naciones resurgieron de la ignorancia y oscuridad, concediendo nuevamente grandes honores y privilegios a los abogados, "confiándoles el gobierno de las monarquías y la autoridad de los legisladores".[54]

Pasa a revisar y justificar la existencia de instituciones que, como la Academia, enseñan a los jóvenes la jurisprudencia. Por lo que dice el autor del Discurso, en el plan provisional de estudios que regía en ese momento, el Colegio y la Academia eran cuerpos consultivos del Gobierno. Después de numerosas citas a Cicerón, Baldo y Justiniano pasa a precisar el espíritu de los estatutos de la Academia, en los que se ordena a los pasantes se "ensayen en el ejercicio de las funciones de abogados", escribiendo discursos sobre las materias que el presidente designe o

> desempeñando en los procesos que para tal objeto se finge, los cargos de magistrados, jueces, abogados, relatores, escribanos y demás oficiales de la curia. En estas causas supuestas es en donde dos jóvenes defensores vienen con la misma formalidad de los tribunales, y con el tono y acción convenientes, a ejercitarse en la aplicación del derecho y a desenvolver su genio para la elocuencia.[55]

Sigue exponiendo las ventajas de esta práctica, por más que se les haya señalado a los abogados que era una ficción y explica que:

[52] Anastasio de la Pascua, "Discurso inaugural. Su autor..., individuo del Ilustre Colegio de Abogados de México", en *Colección de piezas literarias...*, pp. 7-32.
[53] Jaime del Arenal, "La enseñanza del derecho romano en Michoacán..." Atinadamente destaca este autor que en siglo XIX se buscó formar abogados y no otro tipo de estudiosos de la ciencia jurídica.
[54] Anastasio de la Pascua, *op. cit.*, pp. 15 a 23.
[55] *Idem*, pp. 23-27.

Aquí es donde se olvidan las ficciones de que uno está rodeado, para entregarse con ardor al ejercicio a que aspira; aquí pueden todos tratar a su placer las causas graves y las leyes, cuestiones de derechos y puntos de hecho y de procedimiento; ejercitarse en todos los géneros, tomar todos los tonos, adaptar a cada objeto las expresiones y discursos convenientes; adquirir una experiencia anticipada del movimiento de los tribunales, y conocer por último la capacidad de su talento.[56]

En la época, estos ejercicios deben haber sido calificados de pueriles, ya que Pascua sale en defensa de ellos, negando enfáticamente este calificativo. Todavía dedica algunas páginas más a ensalzar los trabajos de preparación de los abogados, realizados en la Academia. Luego pasa a considerar otro de los objetivos de ella: "la instrucción de los pasantes en la política y el derecho público". A su juicio, en la profesión de abogado se refleja muchísimo "la influencia de las revoluciones que mudan o renuevan la faz de los estados". El abogado —dice— debe estudiar no sólo la legislación y sus variaciones, sino todos los movimientos del cuerpo social; "conocer a fondo el estado del país en que vive". Desenmascarar a los que so pretexto de justicia sólo quieren satisfacer sus intereses.[57]

Finalmente expone a la audiencia las ventajas de la Academia para completar la insuficiencia formación de los jóvenes en las escuelas, para ampliar su noción del mundo y dar brillo a la profesión. Explica que en otro lugar les sería difícil a los jóvenes tener acceso a todos los conocimientos que ahí adquieren, y solicita, concretamente, al jefe Ejecutivo, que se dicten leyes para proteger a la institución y par dar estímulos a los alumnos más aventajados. Su cita final es al "orador romano", y le da pie para arengar a los jóvenes a seguir por el camino emprendido, el del foro.[58]

Por lo que toca a las poesías de Andrés Quintana Roo, dado que no hace alusión a la Academia, en el aspecto que la venimos revisando, sólo se señala de ellas que en los verso cita y hace el elogio de Tulio y Demóstenes, y hace continuas referencia a la ley.[59]

Una de las piezas más interesantes es el romance endecasílabo de Barrera y Troncoso, no sólo por el tono encendido en que está elaborado, sino en cuanto al contenido de sus versos.[60] Se refiere en tono dramático y patético al tiempo en que se cerraron el Colegio y la Academia. Acusa a los reformistas de ladrones y de haberse apoderado de fondos y bibliotecas. A continuación

[56] *Idem*, pp. 23 a 27.
[57] *Idem*, pp. 28 a 29.
[58] *Idem*, pp. 29 a 32.
[59] Andrés Quintana Roo, "Poesía. Ia. Su autor..., ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Federación e individuo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid", *Colección de piezas literarias...*, pp. 33-38.
[60] Manuel Barera y Troncoso, "Romance endecasílabo. Su autor. El Lic. D. ..., individuo del Ilustre Colegio de Abogados de México", en *Colección de piezas literarias...*, pp. 39-54.

se transcriben algunos de los versos más significativos tanto para el tema que venimos revisando, como para mostrar la forma de pensar de su autor, en torno a la política de la reforma de 33 y sus hombres:

17. Las riquezas de Creso pocas eran
A saciar su codicia y su arrebato;
Los fondos todos y las bibliotecas
Se hicieron patrimonio de unos cuantos.

18. ¿A dónde está el provecho, la ventaja
Que la reforma diera al suelo patrio?
La nación mexicana embravecida
Con impaciencia espera, pide el dato.

21. Como el hado fatal ¡fuerte desgracia!
La ecsistencia cortó del venerado
Colegio respetable, por su objeto,
Por sus hijos ilustres y preclaros.

22. Desapareció por fin, y en sus funciones
Terminó su carrera como el rayo;
Imprudentes le roban y se apropian
La calificación del abogado.

26. De la Jurisprudencia la Academia
Ese establecimiento que honra tanto
A la nación entera, y que sin duda
Era el plantel de ilustres ciudadanos;

27. Que estaba dirigida por prudentes,
políticos, virtuosos y letrados,
Y que en días más dichosos produjera
Sublimes obras bellos adelantos.

28. También fue comprendida en el decreto
Que llenó de ignominia el suelo patrio
Bórrese para siempre tan fea nota,
que ha servido de escarnio al pueblo indiano.
¿Y será que por siempre habrá concluido?
No, porque un genio de bondad alienta,
Un guerrero, de Marte esclarecido
De la gloria en el campo, formidable,
y en el gobierno justo y previsivo
Un héroe singular... sabeis que hablo
DEL VENCEDOR ILUSTRE DE TAMPICO.

Después de describir el restablecimiento de la Academia cambia el tono, y el romance se vuelve eufórico y alegre. Se hace la imagen de un cuadro en el que estaba comprendida la historia del derecho y la de la justicia. En él están: Moisés, Zoroastro, Confucio, Mahoma, Solón, algunos emperadores romanos, Justiniano y Belisario, los bárbaros, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas y don Alfonso el Sabio, los Felipes y los Carlos de España. Luego, el pueblo mexicano independiente, dándose nuevas leyes, para que se cumplan.

Se complementa con una imagen de la justicia con sus jueces, tribunales, magistrados, abogados, partes y todos los demás. A la izquierda de la justicia se hallan los varones ilustres: Esquines, Demóstenes, Catulo, Plinio, Séneca y Quintiliano, todos ellos junto a Cicerón-

Vale la pena transcribir también los versos relativos a los hombres útiles al Estado:

75. Filósofos y grandes publicistas,
políticos también, de todo rango,
y los economistas bondadosos,
ostentan su saber y sus arcanos:

76. Esa revolución que al mundo dieran
Los Montesquieus, Volteres esforzados,
Los Rusos y los Bentan y otros muchos.
También tienen lugar en este cuadro.

Llama la atención su admiración por pensadores que fueron, en última instancia, los inspiradores de las reformas que tan dramáticamente condena. El restablecimiento de la Academia lo llena de gozo y lo lleva a exclamar:

99. Vuestros votos, ¡o jóvenes Aztecas!
Unid por ahora, a mis humildes safos.
Mil loores tributemos al colegio,
Y mil y muchos más al gobierno alto.[61]

El poema realizado por Ignacio Sierra y Rosso[62] es quizá el que menos interés tiene para este ensayo. Su autor acababa de presentar examen en el Colegio de Abogados y en el texto se dedica a mostrar su alegría y a relatar cómo sucedió eso. Hace también una breve alusión a la extinción de la Academia. Agradece a todos, pero más o Peña y Peña, el esfuerzo que ponen en la Academia. La reapertura la relata así:

[61] En total suman 102 los versos.

[62] Ignacio Sierra y Rosso, "Poema. Su autor. El Licenciado Don..., Contador de la Dirección general de Rentas, e individuo del Ilustre Colegio de Abogados de México", en *Colección de piezas literarias...*, pp. 55-64.

Él es quien la restaura, a él se debe;
él nos hace reunir en este sitio
¡Honor y gloria al inmortal caudillo!

VII. *Epílogo*. No ignoro que este ensayo no resuelva las cuestiones relativas a la labor docente de la Academia, apenas las apunta. No sería posible todavía escribir sobre esta importante labor que desempeñada duran tantos años por dicha institución. Mi deseo original era haber llevado este trabajo hasta la restauración de la República, pero comenzaron a saltar diversos asuntos que no se hallan explicados en los textos que conocemos sobre la enseñanza del derecho en el siglo XIX, aunque algunos de ellos ya los está trabajando Del Arenal Fenochio. Quizá en un trabajo posterior pueda dar a conocer el resto de los discursos que se dieron en la Academia en sus ceremonias de apertura de cursos, hasta 1867. Por el momento, si estas páginas lograron despertar el interés de los lectores sobre nuestra historia jurídica y la de la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica en particular, me daré por satisfecha, ya que eso garantiza que, a corto plazo, será mucho más lo que sepamos sobre esta institución, y sobre el papel que jugaron sus egresados en la historia de nuestro país.

Doctrina IV

Sección especial sobre reformas legislativas

El marco jurídico mexicano, comprendiendo constitución general, leyes federales ordinarias y leyes estatales, ha sido objeto de profundas y abundantes modificaciones. Diferentes foros se han abocado a la tarea de ilustrar tanto a juristas como al público en general respecto del alcance de las reformas. El consejo editorial de esta Revista de Investigaciones Jurídicas ha querido participar en este esfuerzo de difusión e ilustración, para ello ha invitado a algunos especialistas, a fin de que escriban sus puntos de vista respecto al contenido de las principales reformas; con los estudios que elaboraron se ha integrado esta tercera sección. Sirva la presente nota como explicación a la diversidad de materias que en ella se encuentra.

Enero de 1983. ELISUR ARTEAGA NAVA

COMENTARIOS A LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO*

CARLOS A. AROCHA MORTON

Exposición de Motivos

En la exposición de motivos de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito se dice que tiene por objeto, cumpliendo con el mandato contenido en el reformado Art. 28 constitucional, de que el Estado prestará el servicio público de banca y crédito, "establecer un marco legal que provea los elementos necesarios para garantizar que el servicio público de banca y crédito se siga prestando por el Estado, *en tanto se establece un régimen jurídico integral* que comprenda a las instituciones que en la actualidad conforman el sistema bancario nacional", lo cual es perfectamente lógico, porque uno esperaría que la ley reglamentaria del Art. 28 constitucional debiera comprender en plenitud tanto a las sociedades nacionales de crédito como a las tradicionales instituciones nacionales de crédito, ya que no parece muy técnico ni sistemático contar con dos ordenamientos legales para regular la actividad bancaria a cargo del Estado.

El anuncio de referencia obligará seguramente a nuestras autoridades hacendarias y al Congreso de la Unión a preparar este marco normativo global en el más breve tiempo posible. La actual ley reglamentaria deja a criterio y resolución de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la expedición de muchísimas reglas de carácter general que son indispensables, pues su ausencia no permitirá contar con el cuerpo completo de disposiciones legales sobre la banca nacionalizada o estatificada, como algunos prefieren decir, y respecto de la tradicional Banca estatal. Ya se ha comentado que esta recurrente remisión a las reglas generales que expidan las autoridades hacendarias linda con la absorción de facultades legislativas por parte del Ejecutivo y provoca en el estudioso incertidumbre y confusión que apenas queda atenuada por la comprensible necesidad del Gobierno de poder mantener actualizadas las disposiciones bancarias.

Por lo demás, la exposición de motivos se limita a anunciar lo que queda plasmado en la ley cuyo detalle se verá más adelante y únicamente cabe destacar, como observación crítica, que uno no se explica cómo las características

* Diario Oficial de fecha 31 de diciembre de 1982, en vigor a partir del 1o. de enero de 1983.

del nuevo título de crédito creado por la ley y que se denomina Cretificado de Aportación Patrimonial (C de AP), pueda "garantizar los intereses del público", como reza la exposición de motivos, textualmente.

Disposiciones Generales

En este capítulo se establece que la ley es de "orden público" y que reglamenta el servicio público de banca y crédito que, de acuerdo con la Constitución, debe prestar el Estado. Anuncia qué características deben tener las Instituciones "a través (sic) de las cuales deberá hacerlo, "su funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional y las garantías que protejan los intereses del público".

Dispone que tal servicio lo prestarán las instituciones de Crédito constituidas como Sociedades Nacionales de Crédito (SN de C), y por las constituidas por el Estado como instituciones nacionales de crédito conforme a las leyes.

El estatuto jurídico aplicable a las SN de C, en lo conducente y en lo que no se oponga a la ley que se comenta, es el contenido en los Títulos 1o. y 2o., capítulos VI y VII de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (LGIC y OA) en vigor, o sea las disposiciones preliminares de dicha ley y las disposiciones relativas a las operaciones fiduciarias y a las instituciones de banca múltiple, así como las reglas generales relativas a la contabilidad, operaciones, procedimientos especiales, prohibiciones generales y sanciones, relaciones fiscales e inspección y vigilancia, excluyéndose, por lo tanto, las disposiciones relativas a los bancos de depósito, operaciones de depósito de ahorro, sociedades financieras, de crédito hipotecario y de capitalización. También les son aplicables todas las disposiciones que lo sean a las entidades de la administración pública federal que tengan el carácter de instituciones nacionales de crédito.

Se ordena también que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros dicten las medidas necesarias a fin de que el servicio público de banca y crédito, y el funcionamiento de la Institución de Crédito (I de C) se realicen "dentro de los lineamientos de los programas de financiamiento formulados en el contexto integral de los planes nacionales de desarrollo". (Art. 4o.).

Además de tal objeto, se dispone que deberán orientar sus actividades a los siguientes propósitos:

I. Fomentar el ahorro nacional;
II. Facilitar al público el acceso a los beneficios del servicio público de banca y crédito;
III. Canalizar eficientemente los recursos financieros a las actividades nacional y socialmente necesarias o prioritarias, conforme a los diversos programas sectoriales y regionales y a los planes nacionales de desarrollo económico y social, y a la satisfacción de las necesidades financieras de todos los sectores productivos del país y del público en general;
IV. Establecer la adecuada coordinación entre los programas de orientación y asignación de los recursos presupuestales del erario público y los correspondientes a los recursos crediticios de las instituciones;
V. Procurar una oferta suficiente de crédito y evitar la concentración de recursos en persona o grupos, a fin de atender eficientemente el financiamiento del mayor y más diversificado número de proyectos rentables, fundamentalmente de interés general, sectorial, regional o nacional;
VI. Descentralizar geográficamente la canalización de recursos a fin de atender de manera eficiente las necesidades de las diversas entidades y regiones del país;
VII. Proveer mejores y más eficientes instrumentos de captación que ofrezcan al público amplias opciones de ahorro e inversión; y
VIII. Promover la adecuada participación de la banca mexicana en los mercados financieros internacionales.

Como puede apreciarse de la transcripción anterior, la fracción V es una repetición de la fracción III, pues ambas se refieren a la oferta y canalización de recursos financieros a actividades prioritarias, y la fracción VII es una repetición de la I, pues en efecto, ambas se refieren a la promoción o el fomento del ahorro nacional.

El Art. 4o., en consecuencia, no pasa de ser una declaración de buenos propósitos y no propiamente una norma jurídica, ya que no se sabe que va a pasar si el servicio público de banca y crédito no se realiza dentro de los lineamientos de programas de financiamientos formulados en el contexto integral de los planes nacionales de desarrollo, ni se sabe que va a pasar o qué sanción traerá aparejada la conducta de aquellas sociedades nacionales de crédito que no orienten sus actividades, digamos, hacia la consecución del objetivo de fomentar el ahorro nacional. Más parece que este Art. 4o. debió haber formado parte del siguiente, o sea del Art. 5o., que ordena a las sociedades nacionales de crédito formular sus programas financieros y sus presupuestos generales de gastos o inversiones y sus estimaciones de ingresos, que deberán someter a la consideración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y formularse conforme a los lineamientos y objetivos del Sistema Nacional de Planeación.

Este Sistema Nacional de Planeación debe suponerse que es el referido en la Ley de Planeación (Diario Oficial de fecha 5 de enero de 1983, en vigor desde el día siguiente de su publicación), que tiene como propósito fundamental establecer las normas y principios básicos conforme a los cuales se llevará a cabo la planeación nacional del desarrollo y encausar "en función de ésta las actividades de la Administración Pública Federal".

Por último, entre las disposiciones de tipo general comprendidas en el Capítulo Primero, queda a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la interpretación, "a efectos administrativos" de la presente ley, y se le designa como el órgano competente para, mediante disposiciones de carácter general, proveer a todo cuanto se refiere a su aplicación y, como se verá en los párrafos siguientes, no son pocas las actividades que deberá desplegar la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para conseguir tal propósito.

Facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

En efecto, para tener el marco normativo completo de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y, por tanto, aplicación plena, será indispensable tener presente que a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público le otorga dicha Ley las siguientes facultades y atribuciones:

1. Establecer en los reglamentos orgánicos las bases conforme a las cuales regirán su organización y funcionamiento las SN de C. (Art. 7o., párrafo segundo);
2. Autorizar discrecionalmente el establecimiento, cambio de ubicación y clausura de cualquier clase de oficina de las SN de C. (Art. 8o.);
3. Establecer la forma, proporciones y demás condiciones aplicables a la suscripción, tenencia y circulación de los certificados de la serie "B". (Art. 10o., párrafo segundo);
4. Señalar la forma y términos en que los tenedores de los certificados de la serie "B" puedan participar en el Consejo Directivo, mediente bases de carácter general y procurando una adecuada participación regional y "de los distintos sectores público, social y económico" (sic). (Art. 14o., fracción I, y 24o., párrafo tercero);
5. Acordar aumentos de capital de las SN de C. (Art. 14o., fracción III);
6. Expedir reglas de carácter general para considerar como una sola persona a tenedores de certificados de aportación patrimonial de la serie "B". (Art. 16o.);
7. Expedir las reglas de carácter general por virtud de las cuales, entidades de la Administración Pública Federal Paraestatal y los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios puedan adquirir certificados de la serie "B" en proporción mayor del 1%. (Art. 16o., párrafo segundo);
8. Establecer el capital mínimo de las SN de C mediante disposiciones de carácter general, atendiendo a la situación económica del país y, en su caso, a la de las regiones que dichas sociedades orienten de manera significativa la prestación de sus servicios, así como al total de los capitales pagados y reservas que alcancen estas instituciones. (Art. 17o.);
9. Acordar aumentos o reducciones del capital de las SN de C, oyendo la opinión del Consejo Directivo, del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros . (Art. 19o.);

10. Establecer los casos en que las SN de C puedan adquirir, transitoriamente, certificados de la serie "B" de su propio capital. (Art. 21o.);
11. Ser el conducto para que el Ejecutivo Federal establezca las políticas, lineamientos y prioridades conforme a las cuales el Consejo Directivo dirigirá a las SN de C para el logro de los objetivos y metas de sus programas e instruir al Director para la ejecución y realización de los mismos (Art. 23o.);
12. Ser el conducto por el que el Ejecutivo Federal designe a los Consejeros que representen a la serie "A" de C de AP. (Art. 24o., párrafo segundo);
13. Ser el conducto para que el Ejecutivo Federal remueva a los Consejeros nombrados por la serie "A". (Art. 27, párrafo primero);
14. Presidir, por conducto del titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los Consejos Directivos de las SN de C o designar al presidente. (Art. 28);
15. Ser el conducto para las designaciones que el Ejecutivo Federal haga de los Directores Generales de las SN de C. (Art. 30o.);
16. Señalar la forma y términos en que deberá llevarse a cabo la fusión de las SN de C, cuidando en todo tiempo la adecuada protección de los intereses del público, de los titulares de los certificados de la serie "B" y de los trabajadores. (Art. 35o.);
17. Autorizar los convenios de fusión de las SN de C. (Art. 35o., párrafo primero);
18. Ser conducto para la disolución de las SN de C que resuelva el Ejecutivo Federal, indicando las bases de la liquidación. (Art. 37o., párrafo primero);
19. Señalar la forma y términos en que se llevará a cabo la liquidación de las SN de C, cuidando en todo tiempo la adecuada protección de los intereses del público, de los titulares de los certificados de la serie "B" y de los trabajadores. (Art. 37o., párrafo segundo);
20. Autorizar las modificaciones en los reglamentos orgánicos de las SN de C. (Art. 38o.);
21. Señalar la forma y términos en que las SN de C deberán establecer y mantener los mecanismos que garanticen la solvencia y liquidez de las SN de C y la seguridad de las operaciones que realicen para salvaguardar los intereses del público usuario. (Art. 40o.);
22. Imponer multas hasta de tres veces el importe de lo condenado si fuere cuantificable o, hasta de cinco mil veces el salario mínimo aplicable en el Distrito Federal a las instituciones de crédito (y no nadamás las SN de C) que no cumplan en quince días hábiles los laudos que en amigable composición o enjuicio arbitral de estricto derecho condenen a las instituciones nacionales de crédito. (Art. 42, fracción VI);
23. Proveer lo necesario a efecto de que los bancos estatificados continúen prestando, de manera adecuada y eficiente, el servicio público de banca y crédito, en tanto se llevan a cabo sus transformaciones en SN de C. (Art. 4o. transitorio, párrafo segundo).

Como puede advertirse, en rigor compete al Ejecutivo Federal no sólo establecer, organizar y gobernar las SN de C, sino también fusionarlas o extinguirlas, sirviendo de conducto para tal efecto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La recién creada Subsecretaría de Banca tendrá por delante no escaso trabajo y por lo que hace digamos, a la Dirección de Instituciones Nacionales de Crédito y Dirección de Bancos y Valores, debe suponerse que tarde o temprano quedarán incorporadas a dicha dependencia cuando se tenga su organización actualizada y como se anuncia en la exposición de motivos, "el marco jurídico integral" dentro del cual deberá moverse la totalidad de la banca mexicana.

Las Sociedades Nacionales de Crédito

La Ley las define como "Instituciones de Derecho Público creadas (sic) por Decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la presente Ley", con personalidad jurídica y patrimonio propios. Independientemente de la mala redacción, porque debe suponerse que todavía no están creadas, cabe hacer las siguientes preguntas:

1o. Si estamos frente a una nueva sociedad mercantil, ¿puede el Ejecutivo Federal crearlas?

2o. Tal parece que sí, puesto que en el párrafo siguiente se habla de "el ordenamiento que crea (sic) la Sociedad Nacional de Crédito", pero entonces, ¿cuándo nace la Sociedad Nacional de Crédito?

3o. De acuerdo con la ley, el reglamento orgánico de cada sociedad nacional de crédito no tiene más requisito que su publicación en el Diario Oficial de la Federación, lo cual parece indicar que aun teniendo gran analogía con las sociedades anónimas, no deberán observar formalidades tales como las de otorgarse ante Notario Público, inscribirse en el Registro Público, obtener permiso de la Secretaría de Relaciones, hacer del conocimiento de la Comisión Nacional Bancaria sus estatutos, etc.

4o. Antiguamente sólo podían disfrutar de concesión o autorización las sociedades constituidas en forma de sociedad anónima de capital fijo y variable, organizadas con arreglo a la Ley General de Sociedades Mercantiles y a ciertas reglas de aplicación especial que establecía el Art. 8o. de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, disposición que, en lo sucesivo, al parecer solamente le será aplicable a las tradicionales Instituciones Nacionales de Crédito.

5o. No hay remisión en la ley que se comenta a la de sociedades mercantiles, sin embargo, cabe preguntar si por la gran analogía que presentan las SN de C con las anónimas, tal ordenamiento, en la aplicación de detalle, les es aplicable, de la misma manera que a los C de AP, nuevo título de crédito creado por la Ley que se comenta, le son aplicables las disposiciones de la

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "en lo que sea compatible por su naturaleza y no esté modificado por la presente ley". (Art. 9o.).

Los nuevos Títulos de Crédito (C de AP)

Estos nuevos títulos de crédito (C de AP) serán nominativos y se dividen en dos series, la "A" que siempre representará el 66.0% del capital de la sociedad y que únicamente podrá ser suscrita por el Gobeirno Federal. Son intransmisibles, en ningún caso podrá cambiarse su naturaleza o los derechos que confieren al Gobierno Federal, podrán emitirse en uno o más títulos y no llevarán cupones. No se sabe contra qué documento, en la práctica, se cubrirán al Gobierno Federal los eventuales dividendos o utilidades de la sociedad emisora y no hay disposiciones en la ley que aclaren este punto. Se debe suponerse que el 66.0% de las utilidades que eventualmente se pagarán al Gobierno Federal serán cobradas en la forma que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determine, puesto que ya hemos visto que el Art. 6o. le confiere facultades para proveer a todo cuanto se refiera a la aplicación de la ley que se comenta.

Por lo que toca a los C de AP de la serie "B", que representa el 34.0% del capital social, podrán ser suscritos también por el propio Gobierno Federal, por entidades de la Administración Pública Paraestatal, por los Gobiernos de las Entidades Federativas y los Municipios, por los usuarios del Servicio Público de Banca y Crédito y por los trabajadores de las SN de C.

Ya se ha comentado la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para resolver todo lo relativo a la suscripción, tenencia y circulación de los C de AP de la serie "B", debiendo subrayarse que tanto para la serie "A" como para la serie "B" se aplican las reglas de exclusión de personas físicas o morales extranjeras o de sociedades mexicanas que no tengan cláusula de extranjeros, so pena de pérdida en beneficio de la Nación es decir, se trata de sociedades mercantiles mexicanas químicamente puras.

Tanto en el caso de la serie "A" como de la "B", los títulos deben contener todos los datos necesarios para que su tenedor pueda ejercitar los derechos que el título le confiere, además de las disposiciones contenidas en los Arts. 10o., segundo párrafo, 11o., 12o. y 15o., último párrafo, de la ley.

Por último, los C de AP de la serie "B" llevarán cupones nominativos y darán a sus tenedores, además del derecho de participar en las utilidades de la emisora y en su caso en la cuota de liquidación, el derecho de participar en el Consejo Directivo, integrar la Comisión Ejecutiva y tener derecho al tanto en los casos de aumento de capital.

El registro que deben llevar los C de AP de las SN de C deberán contener los datos relativos a la identificación de los titulares y de los propios C de AP y los datos relativos a la transmisión, siendo indispensable la inscripción en el Registro, puesto que expresamente se ordena que únicamente se considerarán como propietarios a quien obtenga tal inscripción.

Aunque el capital mínimo de las SN de C debe estar íntegramente pagado, cuando el capital social exceda del mínimo (que será el que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público), el capital social deberá estar pagado por lo menos en un 50%, siempre que este 50% no sea menor del mínimo establecido. Debe mencionarse la posibilidad de que, como ocurre con las sociedades de capital variable y las instituciones nacionales de crédito, los C de AP queden emitidos en tesorería sin suscribir, y se entreguen a los suscriptores contra el pago de su valor nominal "y de las primas que, en su caso, fijen las mismas" (no se sabe a qué se refiere este "mismas", pero debe suponerse que a las SN de C).

También se establece un caso de excepción a la regla general de que las sociedades no pueden adquirir sus propias acciones, que ya comentamos cuando señalamos las facultades y atribuciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que puede establecer los casos en que las SN de C puedan adquirir sus propios C de AP de la serie "B" de su propio capital, transitoriamente.

Administración de las SN de C

Está encomendada a un Consejo Directivo y a un Director General, sobre la base de que el Consejo, de conformidad con las políticas, lineamientos y prioridades que establezca el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debe dirigir la sociedad "para el logro de los objetivos y metas de sus programas" e instruir al Director General para la ejecución y realización de los mismos. Al Consejo Directivo se le confieren todos los poderes legalmente necesarios y la facultad de delegar "discrecionalmente" sus facultades de Director General. Sin embargo, el Consejo Directivo no podrá delegar las siguientes facultades:

i. Nombrar a propuesta del Director General a los funcionarios de las SN de C que ocupen cargos con jerarquía administrativa inmediata inferior a la de aquél y a todos aquellos que señala el reglamento orgánico, así como concederles licencias y resolverles sobre sus renuncias;
ii. Nombrar y remover al Secretario del Consejo;
iii. Establecer o clausurar Sucursales, Agencias y Oficinas;
iv. Acordar la creación de Comités Regionales Consultivos y de Crédito, así como los de carácter administrativo que se requieran;
v. Conocer y aprobar los estados financieros y de resultados de la sociedad, previo informe del Comisario;
vi. Aprobar el pago de utilidades y la forma de hacerlo;
vii. Determinar las bases para la publicación de los estados financieros mensuales;

viii. Aprobar el presupuesto anual de gastos e inversiones y modificarlo;
ix. Aprobar la compra venta de inmuebles que las SN de C requieran para la prestación de sus servicios;
x. Proponer modificaciones al Reglamento Orgánico, y
xi. Todas las que con carácter de indelegables se "provean" (sic) en el Reglamento Orgánico.

El Consejo Directivo debe estar compuesto por un número non de miembros no inferior a 9 ni superior a 21, sobre la base de que los Consejeros de la serie "A" en todo tiempo constituirán las dos terceras partes del Consejo. Sólo podrán ser Consejeros por los C de AP funcionarios de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y profesionales independientes de reconocida calidad moral y experiencia bancaria o que hayan destacado en actividades académicas en tal materia, en cuyo caso tales profesionales no deberán ocupar cargos en la Administración Pública Federal, "ni desarrollar actividades que los hagan dependientes de cualquier otro Sector".

Por los certificados de la serie "B" sólo podrán ser Consejeros personas que por sus conocimientos y experiencias sean idóneas para representar los intereses del sector al que pertenezcan, trabajadores de las instituciones de que se trate con 5 años de antigüedad en la propia Institución y personas de reconocida calidad moral y notoria experiencia en materias económicas y financieras.

Tienen prohibición de ser Consejeros de cualquier clase el Director General y los demás funcionarios o empleados del Banco, así como los parientes del Director General o Subdirectores y sus parientes hasta el cuarto grado, las personas declaradas en estado de quiebra, concursos, suspensión de pago, los deudores morosos, los que tengan litigio pendiente con el "Banco" (sic), los inhabilitados para el comercio y los condenados por delito que amerite pena corporal de más de un año (cabe consignar que la fracción VI del Art. 26 innecesariamente repite la I que dice que tienen prohibición de ser Consejeros el Director General o los funcionarios del Banco).

Los Consejeros de la serie "A" durarán en su cargo hasta que sean removidos por el Presidente de la República a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y los de la serie "B" durarán en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designados, aun cuando pueden ser removidos anticipadamente por causa justificada. Se prevé la sustitución escalonada de estos Consejeros.

Los Consejos Directivos serán presididos por el Secretario de Hacienda y Crédito Público o por quien éste designe.

Los Consejos Directivos sesionarán válidamente con la asistencia de por lo menos la mitad más uno de sus miembros, siempre que la mayoría de los asistentes sean Consejeros designados por la serie "A".

Se establece la obligación de sesionar, cuando menos, una vez al mes.

Para ser Director General, que ya hemos visto que será designado por el

Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se requiere ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos, tener notorios conocimientos y reconocida experiencia en materia bancaria, haber prestado cinco años de servicios en un cargo o puesto de alto nivel decisorio que requiera conocimiento y experiencia en materia financiera y administrativa y no estar impedido para ser Consejero en los términos indicados.

La vigilancia estará encomendada a dos Comisarios, uno designado por la Contraloría General de la Federación y otro por los Consejeros de la serie "B".

La Comisión Consultiva de las SN de C

Integrada por los titulares de los C de AP de la serie "B", distintos del Gobierno Federal, deberá funcionar en los términos y forma que señale el Reglamento Orgánico de las SN de C, se reunirá en las fechas que el Consejo Directivo indique, pero cuando menos una vez al año, sin tener de ninguna manera otras funciones que vayan más allá del mero conocimiento, opinión y análisis sobre políticas y criterios con que las SN de C lleven a cabo sus operaciones y las actividades que haya desarrollado, pudiendo formular recomendaciones sobre estos aspectos. Estas Comisiones Consultivas pueden ser convocadas, sin embargo, en cualquier tiempo por una tercera parte de sus miembros, por dos Consejeros de la serie "B" o por el Comisario de la misma serie.

Fusión de dos o más SN de C

El Art. 34 dispone que podrá efectuarse por Decreto del Ejecutivo Federal "con vistas a propiciar un desarrollo armónico del sistema bancario nacional, la solidez de las instituciones integrantes del mismo, y una adecuada prestación del servicio público de banca y crédito".

Ya se ha señalado el papel de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de los Consejos Directivos sobre este particular, debiendo subrayarse que una vez autorizada la fusión por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el acto de fusión deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación en el domicilio de las sociedades que se fusionen, teniendo efecto la fusión en la fecha que se indique en tales publicaciones. Como se establece también en la Ley General de Sociedades Mercantiles, los acreedores de las sociedades que hayan de fusionarse pueden oponerse judicialmente sólo para obtener el pago de sus créditos, y los titulares de los C de AP de la serie "B" tienen el derecho de separación para obtener el reembolso de sus títulos a su valor en libros, siempre que lo soliciten dentro del mencionado plazo de 90 días.

Disolución de las SN de C

Queda facultado el Ejecutivo Federal para declarar la disolución. Ya se indicó, entre las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la de señalar la forma y términos en que deberá llevarse a cabo la liquidación, cuidando la protección de los intereses del público, de los titulares de la serie "B" y de los derechos de los trabajadores.

Protección de los intereses del público

En los artículos 39o. a 43o. que forman el Capítulo Tercero y último de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se establece un procedimiento novedoso, aplicable a todas las instituciones de crédito, no sólo a las SN de C, optativo para los interesados, para ocurrir ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros a fin de hacer valer las reclamaciones que tengan en contra de las SN de C.

Antes de entrar en el detalle de este asunto, conviene tener presente que en este capítulo se reitera el llamado secreto bancario como obligatorio para las SN de C, técnicamente innecesario porque, como ya se ha visto, a las SN de C les es aplicable las disposiciones de la LGIC y AO que en su Art. 105 establece también el secreto bancario, dentro del Título Cuarto de la Ley Bancaria, que por disposición del Art. 3o. de la ley que se comenta les es aplicable a las SN de C. El texto del Art. 105 y del Art. 39 son casi idénticos, con la novedad de que el 105 prohíbe dar noticias sobre "depósitos y demás operaciones", y el 39 habla de los "depósitos, *servicios* o cualquier tipo de operaciones".

También conviene comentar que el Art. 40 contiene una disposición verdaderamente candorosa, ya comentada cuando hablamos de las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, "mecanismos que garanticen la solvencia y liquidez de las mismas y la seguridad de las operaciones que realicen para salvaguardar el interés del público usuario".

El procedimiento novedoso que se establece es el de someter obligatoriamente a las instituciones de crédito a un procedimiento de conciliación, cuya resolución o laudo estará a cargo de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, por reclamaciones derivadas de la realización de operaciones y de la prestación de servicios bancarios. En la parte final del Art. 41 se dice que tratándose de diferencias que surjan respecto del cumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios, lo cual no deja de ser simplista puesto que obviamente las fiduciarias no tienen el carácter de usuarios del servicio público de banca y crédito en el desempeño de su cometido y, por lo tanto, resulta ociosa la mención, pues los únicos usuarios y por tanto facultados para reclamar, no pueden ser sino los fideicomitentes o los fideicomisarios.

Las reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros deben ser presentadas por escrito, del cual se correrá traslado a la institución de crédito, la cual deberá presentar un informe en la fecha que señale la Comisión para la realización de una junta de avenencia, en la que se exhortará a las partes a conciliar sus intereses, y en caso de que no fuere posible, la Comisión las invitará para que designen un árbitro "sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho, a elección de las mismas".

Para la amigable composición la Comisión tiene la libertad de resolver "en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento". La Comisión tiene facultades para allegarse elementos que juzgue necesarios para resolver y su resolución no admitirá otro recurso que el de aclaración. En este caso de la amigable composición, no habrá términos ni incidentes.

Por lo que toca al juicio arbitral de estricto derecho, las partes fijarán las reglas del procedimiento convencional y hay remisión expresa para la aplicación supletoria de las Reglas del Código de Comercio y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con excepción de lo dispuesto en los Arts. 1247 (legalización de instrumentos por los gobernantes de los Estados o del Distrito Federal); y 1296 (reconocimiento de documentos privados para que hagan prueba plena) del Código de Comercio, y 617 (término del juicio arbitral) del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Las resoluciones del juicio arbitral admiten como único recurso el de revocación.

El incumplimiento o desacato de los laudos de la Comisión Nacional Bancario y de Seguros se castiga con multa administrativa que hará efectiva la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de 50 a 100 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

En caso de condena del laudo que se dicte tanto en amable composición como en juicio arbitral se debe otorgar para su cumplimiento un plazo de 15 días hábiles a partir de su notificación; si no se cumpliere, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público impondrá a la institución de crédito una multa de hasta tres veces el importe de lo condenado, si fuere cuantificable, o de cinco mil veces el salario mínimo diario aplicable en el Distrito Federal si no se pudiere cuantificar. Si después de impuesta la multa la sociedad rebelde tampoco cumpliere, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá seguir imponiendo sucesivas multas dentro de los mismos plazos de quince días por un máximo del doble de la multa anterior hasta el debido cumplimiento del laudo, con la posibilidad de que además la parte afectada acuda a los tribunales competentes para efecto de ejecución del laudo.

Como regla de procedimiento, se establece que las notificaciones en el juicio arbitral de estricto derecho se harán por cédula fijada en los estrados de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros o de la Delegación Regional Correspondiente, a excepción hecha del traslado de la reclamación, de la demanda de la citación a junta conciliatoria y del laudo que se harán por correo certificado con acuse de recibo. Merece destacarse de todo lo anterior la obligatoriedad para las instituciones de crédito de someterse al procedimiento de conciliación.

Informe del Ejecutivo Federal

El último artículo de la ley que se viene comentando (43) obliga al Ejecutivo Federal a informar al Congreso de la Unión durante el mes de diciembre de cada año con una gran amplitud sobre las SN de C, pues tal informe debe comprender "el establecimiento, disolución y operación de las SN de C en el año del que se trate.

Artículos Transitorios

El texto del Art. 2o. transitorio sin duda dará lugar a numerosas polémicas si se tiene presente el Decreto del 1o. de septiembre "que establece la nacionalización de la Banca Privada", fundamentalmente porque el Art. 2o. de tal decreto establece que el Ejecutivo Federal, previa la entrega de las acciones y cupones por parte de las sociedades expropiadas, pagará la indemnización correspondiente, el Art. 2o. transitorio que se comenta dice que el Gobierno Federal "en su carácter de titular de las acciones representativas del capital social de las instituciones de crédito, motivo de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal... que establecieron la nacionalización de la Banca Privada", tomará las medidas necesarias a efecto de que esas sociedades se transformen en SN de C en un plazo no mayor de 180 días a partir del 1o. de enero de 1983, en que entró en vigor la ley.

Caben las siguientes preguntas:

i. ¿Cómo puede tener carácter de titular de las acciones el Gobierno Federal si sobre la circunstancia de que no fueron expropiadas, no ha pagado la indemnización?
ii. ¿Cómo al transformarse las sociedades mantendrán su mismo capital social, conservando en su patrimonio la titularidad de sus demás bienes, derechos y obligaciones, si este patrimonio a virtud de la expropiación pertenece a la Nación?
iii. ¿Cómo pagará el Gobierno Federal, o no lo hará, los C de AP?

Numerosas preguntas como las anteriores suscita este artículo 2o. transitorio que, sin embargo, dispone también que el Gobierno Federal "en ejercicio de sus derechos corporativos", realizará los actos que se requieran para que el Banco Mexicano Somex, S. A., el Banco Internacional, S. A., Banca Promex, S. A. y Banco Provincial de Sinaloa, S. A., también se transformen en SN de C en el mismo plazo de 180 días, a más de tardar el 1o. de julio de 1983.

Situación de las Instituciones Nacionales de Crédito

El Art. 3o. transitorio dispone que las instituciones que tenían tal carácter en los términos de la LGIC y OA al 31 de agosto de 1982, incluyendo el Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, el Banco Obrero y las Sucursales en México de Bancos extranjeros que cuenten con concesión del Gobierno Federal, continuarán rigiéndose con las disposiciones conforme a las cuales se venían operando, lo cual no es completamente exacto porque debió decirse que, además, les son aplicables, como hemos visto, disposiciones de esta Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, por ejemplo, el procedimiento de conciliación que hemos comentado.

El último artículo transitorio de la ley dice que las SN de C deben calcular y pagar el Impuesto Sobre la Renta conforme al título segundo de la ley de la materia que es el que prevé el régimen fiscal de las sociedades mercantiles que es lo que, pese a todo, son estas Sociedades Nacionales de Crédito, nuevas personas jurídicas de derecho público creadas por la Ley que se ha comentado.

EL NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

ELISUR ARTEAGA NAVA

El título cuarto de la constitución, el relativo a la responsabilidad de los servidores públicos, ha sido modificado. Las reformas introducidas, por muchos conceptos, sólo son aparatosas. No afectaron la esencia. Lo novedoso y trascendente es cualitativamente poco; se encuentra perdido en la verbosidad legislativa que caracteriza al nuevo título; no ameritaban la transformación total del capítulo respectivo que casi sin variación se había sostenido durante sesenta y cinco años. Éste, más que cambios, requería de su aplicación; salvo uno que otro caso en que se pretendió darle vigencia, se puede decir, en honor a la verdad, que el mismo se fue virgen a los archivos legislativos. Los cambios, antes que otra cosa, obedecieron a consideraciones teóricas; no fueron el producto de experiencias recabadas en la práctica.

El nuevo título tiene una gran virtud; haber respetado en términos generales el sistema anterior, vigente en México, detalles más, detalles menos, desde 1874 y que, como se sabe, por lo que hace al juicio de responsabilidad, había sido imitado del sistema jurídico norteamericano. Conserva el equilibrio teórico de poderes; el presidente de la república, en un hipotético enfrentamiento con el congreso de la unión, no queda a merced de una minoría insubordinada; a la vez el poder legislativo tiene elementos para defenderse de posibles invasiones.

Errores que aún subsisten

No obstante a que se hizo un intento global por afinar y adecuar todas las las disposiciones que tenían que ver con responsabilidad de los que ahora se denomina servidores públicos, algunos errores, lagunas y deficiencias que se habían notado en el anterior texto aún subsisten:

Así se modificó el artículo 22 constitucional, pero la incongruencia gramatical que existía en el párrafo segundo, ahora tercero, no desapareció; éste comienza hablando de delitos: "Quedan también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás..." el lector, con toda razón, está autorizado a suponer que el legislador seguirá hablando de delitos, pero no sucede de esa manera, así, sin ninguna hilación, sin existir el enlace gramatical, pasa a hablar de delincuentes, pues sigue diciendo: "...sólo podrá

imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida..."

Al órgano por conducto de quien el presidente de la república ejerce el gobierno del Distrito Federal, la constitución lo denominaba gobernador del Distrito Federal (art. 89, frac. II), ello a pesar de las muy comunes, pero inexactas, de jefe del departamento o regente desconocidas a nivel constitucional; pues bien, el constituyente, no obstante existir al principio de técnica legislativa que dispone que donde se haga referencia a la misma institución, se debe utilizar el mismo término para referirse a ella, ignoró tal principio; en lo sucesivo para hacer referencia al mismo órgano podrán utilizarse, indistintamente, los términos gobernador o jefe del departamento, lo que pudiera propiciar, innecesariamente, confusión en gente poco informada. Debe hacerse notar que si bien a nivel de ley secundaria han desaparecido los departamentos administrativos y, de hecho, no los hay, la posibilidad teórica de su existencia está prevista a nivel constitucional en los nuevos artículos 110 y 111.

El artículo 108, tanto del texto vigente, como del derogado, dispone que el presidente de la república, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común, el precepto, de una u otra forma, se encontraba en la carta de 1857 y desde el siglo pasado existe la duda respecto de lo que debe entenderse por delitos graves del orden común; no obstante que la doctrina hizo notar la laguna y que se han propuesto posibles soluciones, los legisladores no hicieron nada por colmar el vacío. Es obvio que nunca lo harán.

En el actual artículo 111 se incide en la misma falta de técnica jurídica que aparecía en el artículo 109 anterior. El texto derogado, en forma impropia, exigía que tanto para determinar si se desaforaba a un alto funcionario, como para determinar la negativa requería de la concurrencia de una mayoría absoluta de votos del número total de miembros, lo que era ilógico, era suficiente con que no se reuniera el número de votos requeridos para aprobar el desafuero, para estimar que la situación del alto funcionario continuaba sin alteración; al exigir el anterior precepto que también para negar el desafuero se reuniera dicha mayoría, pues eso se desprende de la fórmula: "...si ha o no lugar a proceder...", de no reunirse ésta el presunto desaforado quedaría en una situación indefinida, porque no se puede decir que estuviera subjudice, pues no había propiamente juicio. Tratándose de funcionarios activos es impropio exigir una mayoría especial para determinar que no ha lugar para desaforar o poner a disposición. Existe la presunción legal de que no hay resolución, que debe seguir. No obstante que dicha irregularidad existía en el texto anterior y que se había hecho notar, pasó al nuevo texto; aunque en éste se tuvo el acierto de reducir el número de votos que es necesario, se acuerda por simple mayoría.

Como se sabe el período ordinario de sesiones del congreso de la unión es de cuatro meses, corre de septiembre a diciembre; es susceptible de reducirse más no de ampliarse. Si se descuentan los días festivos, los días que siendo

hábiles, por disposición del reglamento no hay sesiones y que el último mes de actividades se dedican los legisladores a aprobar en forma apresurada cuantos proyectos les son enviados por el presidente de la república, se puede decir que el congreso, teóricamente, podría destinar para el ejercicio de sus facultades de jurado o de hacer la declaración de procedibilidad, sin atender ningún otro asunto, sólo unas sesenta sesiones. Es obvio que en cada caso se invertirá más de una sesión. Pues bien, bajo el texto anterior, con un número menor de altos funcionarios respecto de los cuales debía intervenir el congreso, por decir una cantidad: aproximadamente mil cien, la tarea, de haberse intentado en los casos que lo ameritaron, era de realización imposible. En la actualidad, con un nuevo texto que duplica con creces la lista de los funcionarios sobre los cuales tiene competencia exclusiva el congreso, sin haber aumentado el número de las sesiones, se le está asignando una tarea a todas luces irrealizable; de ello se tuvo conciencia durante la vigencia del texto anterior, pero más que optar por disminuir el número de servidores públicos, como lo aconsejaba la prudencia, con las reformas se aumentaron. Es de suponerse que el congreso seguirá estando al margen en lo relativo a responsabilidad y que en forma principal se recurrirá a los procedimientos administrativos que tanto la constitución como la ley de responsabilidad establecen.

La redacción del título cuarto, al igual que las restantes reformas hechas a la constitución es ampulosa, declarativa y redundante; es poco jurídica, está muy alejada de los principios de técnica constitucional que exigen que los preceptos de la carta magna sean escuetos, claros, generales. El ser declarativo más es propio de una exposición de motivos que de la ley misma. El texto fundamental mexicano en razón a sus muchas modificaciones, se ha alejado de su primitiva sobriedad y se ha sumado irremisiblemente al equipo de los textos ampulosos que bajo el nombre de constitución periódica y regularmente se dan en algunos países centroamericanos y del Caribe. El ser redundante tiene sus inconvenientes, sobre todo cuando se es poco cuidadoso, una muestra de ello es la siguiente:

El artículo 109 fracción I dice: 'Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho".

De conformidad con dicha fracción un servidor público, en ejercicio de sus funciones, puede ser enjuiciado en dos supuestos: cuando incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos y, un segundo caso, cuando redunden en perjuicio de su buen despacho, eso se desprende del texto, pues el legislador utilizó la conjunción disyuntiva "o".

No obstante lo anterior la fracción VII del artículo 76, también reformada, dice lo siguiente:

"Erigirse en Jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas

u omisiones que cometan los servidores públicos y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho, en los términos del artículo 110 de esta constitución."

Como se ve este precepto utiliza la conjunción copulativa "y", más no la disyuntiva "o", como lo hace el artículo 109. Una estricta interpretación del precepto pudiera inclinarse por el artículo 76 por cuanto a que pudiera favorecer a un presunto reo, que por el artículo 109, que lo pudiera perjudicar. Un penalista, en defensa de un cliente, pudiera impugnar cierta acusación por cuanto a que no se reúnan los dos requisitos que la ley exige para poder encausar a un servidor público. La ley de responsabilidad en su artículo sexto se inclina en el mismo sentido del artículo 109 fracción I. Éste y muchos otros inconvenientes pudieron haberse evitado con fórmulas bien estudiadas, escuetas y no reiterativas.

Sobre este particular cabe la observación de que no se trata de una errata, pues la iniciativa original, por lo que hace a los dos artículos, salvo la sustitución del término funcionarios públicos por el de servidores públicos en el artículo 76 fracción VII, estaba redactada tal cual fue aprobada y ahora publicada.

Aciertos del nuevo sistema

No obstante sus evidente defectos, el nuevo texto tiene aciertos.

En el nuevo sistema, cuando el senado actúa como jurado, únicamente contarán los votos de los legisladores presentes, más no los de los ausentes, como sucedía en el anterior el que, incluso, partía del supuesto de que estos votaban en contra de la resolución condenatoria. Los ausentes no votan, mucho menos en sentido negativo.

Por lo que hace al manejo indebido de fondos y recursos federales que aporta el centro en apoyo de las entidades, una vez que obran en las tesorerías estatales pasan a ser fondos propios. Para determinar posibles responsabilidades, en respecto de la autonomía local, si bien el gran jurado hace una declaración de culpabilidad, la imposición de las sanciones queda a la discreción de las legislaturas estatales, mientras ésta se hace el servidor público queda privado de sus funciones, lo que es un acierto.

Por lo que se refiere a la declaración de procedibilidad a que se refiere el artículo 111, respecto de funcionarios estatales cuando cometen delitos federales comunes, los reformadores no las tuvieron todas consigo. Hasta ahora la aplicación del derecho federal a casos concretos había sido confiada a los tribunales federales, salvo el caso de que se afectaran únicamente intereses particulares en los que podría conocer, a elección del actor, un juez federal o un juez local. El principio aplicable es el de que todo cuerpo es en sí completo y no tiene por qué requerir de auxilios ajenos para hacerse obedecer. En lo sucesivo, por virtud de las reformas, aplicarán leyes federales

los estados. El precepto se limita a decir: "...para el efecto de que se comunique a las legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda." La fórmula carece de la más elemental técnica jurídica, cuando menos debió haber dicho la legislatura respectiva o competente al congreso local lo que, a no dudarlo, salvo que exista consigna condenatoria, puede propiciar impunidad, pues de hecho, en muchos casos, gran parte de los encargados de sancionar, pudieran deber su nombramiento o estar ligados al servidor público local procesado.

Otro acierto en el nuevo texto es el hecho de haber eliminado una supervivencia de la constitución de 1857, que se había hecho inoperante a raíz de haber cambiado el sistema de designación de los ministros de la suprema corte de justicia. Como es sabido, los miembros de la corte eran de elección popular en la constitución de 57, en esa virtud el artículo 120 de ella, similar al 127 de la de 1917, era congruente con su contexto; dejó de serlo cuando los ministros dejaron de ser de elección popular, en 1917. A pesar de haberse cambiado el sistema el artículo 127 subsistió sin variación, lo que era incongruente. Esto ya fue eliminado.

En el nuevo capítulo existe otro acierto: el haber ampliado el término para que opere la prescripción por delitos oficiales y haber adoptado al respecto la fórmula prevista en el código penal. Anteriormente la acción penal derivada de los delitos oficiales prescribía en un año; en la actualidad el plazo de prescripción no podrá ser menor de tres años, en todo lo demás se aplican los principios que regulan la prescripción penal y, lo que también es importante, no comienza a correr o se interrumpe mientras el servidor público desempeñe algún encargo de los enumerados en el artículo 111.

Responsabilidad de las autoridades estatales

La responsabilidad en que pudieran incurrir las autoridades de los estados: gobernador, diputados y magistrados, en respeto de la autonomía estatal es algo que debe quedar perfectamente definido. Los textos no son claros. En la incertidumbre no sería remoto que vía al actual artículo 110, se pretenda sojuzgar a las autoridades locales en forma paralela o concomitante con el artículo 76, fracción V, que prevé la forma de dotar de autoridades a las entidades que han quedado totalmente acéfalas, más no la desaparición de poderes, como se ha pretendido entender hasta ahora.

De conformidad con las reformas constitucionales, y la nueva ley de responsabilidad, las autoridades estatales son responsables por las violaciones graves a la constitución; ¿qué debe entenderse por violaciones graves?, ni la carta magna ni la ley de responsabilidad lo definen. ¿Violaciones, delitos graves debe entenderse para estos efectos lo mismo que podrán suponerse para el presidente de la república?, ante la indefinición quedará a juicio, primeramente de la cámara acusadora y en última instancia del senado, sin que con-

tra tal criterio proceda revisión alguna. Al fin de cuentas ¿no se prestará la indefinición existente a arbitrariedades en perjuicio de autoridades locales insumisas?

Si una legislatura local emite y un gobernador promulga una ley que los poderes del centro estimen violatoria de la forma republicana de gobierno representativo y federal ¿ello dará lugar a que sean sometidos al gran jurado y como poderes locales sean destituidos o inhabilitados? Parece ser que esos no fueron los objetivos que se persiguieron. Una sana interpretación de los nuevos textos pudiera llevar a las siguientes conclusiones:

Que las violaciones por las que pueden ser enjuiciados los funcionarios estatales son las que cometen en forma individual, más no cuando actúan en ejercicio de las funciones que les atribuye la ley.

Que en último de los casos e invocando la defensa adicional de la constitución de que hablaba don Manuel Herrera y Lasso, sólo procedería el juicio político de toda una legislatura y del gobernador, cuando el acto violatorio no sea enmendable por vía del amparo o la controversia a que hace referencia el artículo 105; esto sólo se podría dar, teóricamente, en uno que otro caso, por ejemplo cuando un estado "reasume su soberanía", como fue frecuentemente hace ya muchos años.

Es necesario insistir; existirá la presunción a favor de la competencia del gran jurado cuando el acto atribuido a la autoridad estatal no sea enmendable por vía diversa que no sea el sometimiento a juicio. La medida, por drástica, por ser atentatoria de la autonomía estatal, debe quedar como última solución. No debe servir de base a ingerencias en los estados impropias de un sistema federal.

Es conveniente, aunque sea brevemente, hacer referencia a la nueva ley de responsabilidad que se dio en función del nuevo título constitucional. La ley, en general, es mejor que la anterior, aunque incide en el mismo grave defecto de establecer como delitos oficiales figuras en las que según sea quien las examine, pudiera caber todo o nada; tienen poco que ver con la precisión que es propia de la disciplina penal y sí mucho con la arbitrariedad y la impunidad. Será necesario afinarlas.

Aportaciones del nuevo sistema

En torno al nuevo sistema, independientemente de las observaciones anteriores, cabe apuntar las siguientes variantes o novedades:

I. Se ha ampliado la lista de los servidores públicos que pueden ser sujetos de juicio político por parte del gran jurado, en la actualidad, por virtud de la reforma, se adicionan los siguientes:

1. Jefes de departamentos administrativos;

2. Procurador general de justicia del Distrito Federal.
3. Magistrados y jueces tanto federales como locales del Distrito Federal.
4. Directores generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades, asociaciones, fideicomisos públicos.

II. Por lo que toca al desafuero que existió en el texto derogado existen las siguientes variantes:

a) Lo que era la institución del desafuero se ha convertido en un requisito de procedibilidad.
b) A la lista original de altos funcionarios objeto del desafuero se agregó al procurador general de justicia del D. F.
c) A nivel de funcionarios estatales a la lista original se agregan los magistrados de los tribunales superiores de justicia; se agregó que los altos funcionarios locales que cometan delitos federales la cámara de diputados dictará resolución de procedibilidad y pondrá al funcionario destituido a disposición de las legislaturas locales para que éstas lo juzguen y le apliquen la sanción.

III. Por lo que toca al juicio político hay las siguientes novedades:

1. Se concede expresamente acción a los particulares, bajo su más estricta responsabilidad, para formular denuncias por delitos oficiales y comunes.
2. Se fija un plazo no mayor de un año para que el gran jurado dicte sentencia.

IV. Independientemente de las dos figuras, que de una u otra ya tenían cabida en el texto anterior, se crea una figura jurídica adicional: la de sanciones administrativas por actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia de los servidores públicos, sobre ésta caben los siguientes comentarios:

1. La sanción puede ser de carácter económico, consistente en el decomiso y privación de la propiedad de los bienes adquiridos ilegalmente, apercibimiento, amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación. (Art. 53 L. R.).
2. El procedimiento para aplicar este tipo de sanción se sigue en forma autónoma.
3. De conformidad con la ley de responsabilidad existen dos autoridades competentes para aplicar las sanciones a que se refiere anteriormente.

a) La contraloría interna de cada dependencia podrá imponer sanciones

disciplinarias, excepto las económicas cuyo monto sea superior cien veces el salario mínimo del D. F.

b) Las sanciones que excedan lo anterior será competencia de la secretaría de la contraloría general de la federación.

4. Por lo que toca a este tipo de responsabilidad existen algunas obligaciones específicas:

a) Deben existir unidades específicas a las que el público tenga fácil acceso, para que cualquier interesado pueda presentar quejas y denuncias (Art. 49); las que deben establecerse dentro de la estructura orgánica de cada dependencia en un plazo no mayor de seis meses, contado a partir del 1o. de enero de 1983. (2o. transitorio).

b) Cada secretaría debe establecer normas y procedimientos para que las quejas y denuncias sean atendidas y resueltas con eficacia. (Art. 49).

c) Todos los servidores públicos tienen obligación de respetar el derecho de los particulares a quejarse y presentar denuncias. (Art. 50).

d) Existen procedimientos especiales para determinar la responsabilidad de los servidores públicos de la secretaría de contraloría. (Art. 52).

e) Todo servidor público está obligado a denunciar por escrito a la contraloría interna de su dependencia los hechos que a su juicio sean causa de responsabilidad administrativa. (Art. 57).

f) Existe responsabilidad específica para los servidores públicos de las contralorías internas que se abstengan injustificadamente de aplicar sanciones a los infractores. (Art. 591).

g) La contraloría interna de cada dependencia debe dar vista a la secretaría de contraloría de actos o hechos que impliquen responsabilidad penal. (Art. 61).

h) Las resoluciones de la secretaría de contraloría son impugnables ante el tribunal fiscal de la federación. (Art. 73 y 74).

5. La secretaría de contraloría llevará en lo sucesivo el registro de la situación patrimonial de los servidores públicos. (Art. 79).

6. Por lo que toca a la declaración de situación patrimonial de los funcionarios, dada su trascendencia, es necesario subrayar los siguientes aspectos:

1. La declaración es anual;
2. Se debe rendir dentro de los sesenta días naturales que sigan a la toma de posesión;
3. Debe presentarse una declaración dentro de los treinta días naturales que sigan a la terminación del cargo;
4. En los meses de mayo de cada año deberá presentarse la declaración de situación patrimonial, acompañada de una copia de la declaración anual de personas físicas para los efectos de la ley del impuesto sobre la renta;
5. La no presentación de la declaración para los funcionarios en ejercicio significa que quede sin efectos el nombramiento; para ello es necesario una declaración de la secretaría de contraloría;
6. Es necesario estar al pendiente de los formatos, normas y manuales que deberá expedir la secretaría de contraloría para los efectos de presentarse la declaración;
7. La secretaría de contraloría, cuando existan razones para ello, podrá ordenar la práctica de visitas de inspección y auditoría.

VI. Es muy importante hacer notar que por virtud de la nueva ley, lo relativo a donativos en dinero o especie derivados o relacionados con las funciones propias del encargo están prohibidas (Art. 88); quedan excluidos el o los donativos que durante un año reciba un servidor público y cuyo monto acumulado no exceda a diez veces el salario mínimo vigente en el D. F. Todo donativo que exceda de dicha suma deberá ser informado a la secretaría de contraloría y además poner el obsequio a disposición de dicha dependencia.

VII. La legislación penal mexicana, por lo que toca a los delitos que pudieran cometer los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, ha sido notablemente reformado, su análisis requiere de un estudio por separado, ya que implican el establecimiento de controles, supervisiones de parte de los funcionarios respecto de sus subalternos.

Es necesario hacer notar que la secretaría de contraloría es un instrumento de control secundario y accesorio, que a nivel de administración pública federal hace las veces de una auditoría interna, para los efectos de detectar posibles irregularidades habidas en el manejo del fondo público y, en su caso, se le ha facultado para exigir cierto tipo de responsabilidad a los servidores federales, ello sin perjuicio de dos instituciones: el juicio de responsabilidad y del control que del gasto público está facultada a realizar la cámara de diputados por medio de la contaduría mayor; a nivel constitucional éste es el verdadero y efectivo control. La cámara de representantes, siguiendo una tradición que se remonta al parlamentarismo inglés, siempre ha estado facultada para vigilar el manejo del gasto público, para conocer en primer lugar de lo relativo a contribuciones y empréstitos; la existencia de la nueva dependencia, la secretaría de contraloría, sólo tiene una explicación: la contaduría mayor, por razones políticas, ha sido remisa en el cumplimiento de su misión constitucional y, a menos de que en verdad se tenga el firme propósito de procurar un verdadero cambio, es de suponerse que con la nueva dependencia y con muchas otras más similares que se pudieran crear, las cosas pudieran seguir como hasta ahora.

No era necesaria la nueva secretaría, fórmula que de alguna manera ya se

experimentó y desechó, era suficiente con desempolvar la antigua institución de la contaduría mayor, atribuirle en la ley orgánica, que necesariamente da el congreso de la unión, todas las facultades para actuar, dejarla al margen del control partidista, proveerla de los elementos humanos de supervisión, vigilancia y acusación, para lograr en forma institucional lo que a través de mayor burocracia ahora se pretende alcanzar.

Con las reformas desapareció también el procedimiento, hasta cierto punto administrativo, por virtud del cual el presidente de la república podía pedir al congreso de la unión la destitución de un funcionario judicial cuando observara mala conducta, que al parecer nunca tuvo aplicación.

En fin todo parece indicar que existe un verdadero interés por lograr una eficiente y honrada administración pública; lo que es laudable desde cualquier punto de vista.

BREVES COMENTARIOS SOBRE LAS REFORMAS FISCALES FEDERALES EN VIGOR A PARTIR DE 1983

MARIO BECERRA POCOROBA

En la Exposición de Motivos enviada a la Cámara de Diputados por el Presidente Miguel de la Madrid el día 7 de diciembre de 1982, en relación con los diversos ordenamientos a los cuales se pretendía reformar en materia fiscal federal, señaló que "las modificaciones fiscales que se presentan ante esa Soberanía tienen por propósito fortalecer las finanzas públicas mediante incrementos significativos en las contribuciones, lograr una distribución equitativa de las nuevas cargas y procurar aumentar los incentivos a la inversión, al ahorro y en general al empleo", asimismo, se eliminan diversos tratamientos tributarios otorgados en algunos ordenamientos y se establecen gravámenes tributarios para bienes y servicios de carácter preponderantemente suntuario.

Lo antes citado significa que el Estado Mexicano en virtud de la reforma fiscal federal vigente a partir del 1o. de enero de 1983, pretende obtener mayor recaudación a nivel impositivo en todas las áreas y procurar financiarse con dinero de los contribuyentes.

En efecto, como todos nosotros sabemos en el año de 1982 los ingresos que pretendía percibir la Federación en materia de contribuciones por el ejercicio a que nos venimos refiriendo, fueron de aproximadamente $ 1.3 billones y en el ejercicio de 1983, se pretende percibir por ingresos derivados de contribuciones la cantidad de $ 3.2 billones, lo que trae como consecuencia un incremento superior al 100%.

Por otra parte, en la propia Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1983, nos encontramos con que el Estado pretende recaudar en materia de los Impuestos Indirectos de mayor importancia, como son el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios la cantidad de $ 1.1 billón, cifra ésta última que excede en más de un 200% a la que se pretendió recaudar en el ejercicio de 1982.

Esta situación, deriva fundamentalmente de que en el ejercicio de 1982, se pretendió recaudar en materia del Impuesto al Valor Agregado la cantidad de $ 211.700 millones y en 1983 se pretende recaudar la cantidad de $ 811.456 millones y en cuanto al Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios se pretende recaudar en 1983, la cantidad de $ 343.183 millones, siendo que en 1982 se pretendió recaudar únicamente la cantidad de $ 133.100 millones.

Por lo que se refiere al Impuesto directo de mayor importancia a nivel Federal, es decir, al Impuesto sobre la Renta, la recaudación que se pretendió llevar a cabo en el ejercicio de 1982, fue de $ 442.500 millones y en 1983 se pretende recaudar únicamente la cifra de $ 580.907 millones, cantidad ésta última que no excede en más de un 32% aproximadamente.

La razón, por la que consideramos que la pretendida recaudación en materia de Impuesto sobre la Renta no se incrementó en forma tan exhorbitante, como la que se pretende llevar a cabo en los Impuestos Indirectos, tiene su fundamento en la precaria situación económica por la que atraviesan una gran parte de las empresas del país, y porque en materia de personas físicas, la Tarifa aplicable se incrementó en forma muy similar a la inflación que sufrió nuestro país en 1982.

Otra posible razón de la elevación tan desmedida en los Impuestos Indirectos y tan precaria en el Impuesto Directo de mayor importancia, puede ser la consistente en que los Impuestos Indirectos se controlan más fácilmente por las Autoridades Hacendarias, puesto que por regla general se repercuten al adquirente y se acredita además dicho Impuesto.

También es asombroso el incremento en la pretendida recaudación que se supone se llevará a cabo en materia de Derechos a nivel Federal, puesto que en 1982 se pretendió recaudar únicamente la cifra de $ 34,170 millones y en 1983 la estratosférica cifra de $ 959.661 millones que representan un incremento muy superior al 2000%.

Por último, sobre este particular cabe señalar que a partir de 1983 con un Presupuesto de Egresos superior en más de un 100% al de 1982, se pretende recurrir en menor cantidad a los financiamientos y procurar cubrir los recursos con los ingresos recaudados.

Lo anterior, es en virtud de que el recurrir al financiamiento externo resultó contraproducente para la economía del país por las razones que todos nosotros conocemos de sobra, tan es así, que en 1983 con un Presupuesto de Egresos de aproximadamente $ 7.1 billones únicamente se recurrirá a financiamientos en $ 1.4 billones, siendo que en 1982 con un Presupuesto de Egresos de aproximadamente $ 3.3 billones se recurrió a financiamientos por la cantidad de $ 939.860 millones.

A continuación pasaremos a exponer las principales reformas que sufrieron los Ordenamientos de índole Fiscal Federal de mayor importancia en nuestro país, y con la finalidad de ser más congruentes con las mismas, se analizarán por separado.

1. LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

En la Exposición de Motivos sobre las reformas a este Ordenamiento se señala que es preocupación constante del Gobierno Federal el mantener la Legislación Fiscal acorde a la época y necesidades del país, procurando lo-

grar en todo momento un justo equilibrio fiscal que sea proporcional y equitativo a la capacidad de los contribuyentes y represente una fuente de ingresos para cumplir con la prestación de los servicios públicos.

En la citada Iniciativa se señala que las reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta pretenden dar claridad y mejorar la aplicación de las disposiciones respectivas y se trata también de atenuar o dar solución a los problemas derivados de la crisis económica que afronta el país.

La Ley del Impuesto sobre la Renta sufrió reformas de trascendencia únicamente en lo que respecta al pago de Dividendos que realicen las Sociedades Mercantiles residentes en el país, en donde se pretende llegar totalmente al fenómeno de la "transparencia fiscal", que sobre esta materia ya se había iniciado a partir de 1979.

Por lo que se refiere al TÍTULO I de las "DISPOSICIONES GENERALES" se derogó el ARTÍCULO 5o. que señalaba las actividades empresariales, que son las comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, o de pesca, en virtud de que dicho precepto pasó a formar parte del nuevo Código Fiscal de la Federación en su ARTÍCULO 16, con la única salvedad de que también se considera en dicho ARTÍCULO como actividad empresarial a las silvícolas que son "las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial".

En el propio ARTÍCULO 16 del Código Fiscal de la Federación se introdujo que se considerará como empresa, desde un punto de vista estrictamente fiscal, a la persona física o moral que realice actividades empresariales. Este supuesto se encontraba ya plasmado en el ARTÍCULO 3o. del Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, pero que sin embargo, por tratarse de un principio de carácter general aplicable a esta materia, se consideró conveniente el que aparezca en el citado Código Fiscal de la Federación.

Asimismo, también se señala en el ARTÍCULO 16 lo que para efectos fiscales se entiende por establecimiento, cometiendo el grave error de conceptualizarlo en los mismos términos en que lo hace la Ley del Impuesto sobre la Renta en su ARTÍCULO 2o., pero en relación al "establecimiento permanente", por lo que sería aconsejable que se señalará un concepto de lo que es "establecimiento", sin pretender asimilarlo al "establecimiento permanente".

Dentro del propio TÍTULO I que venimos comentando, se reformó también el ARTÍCULO 6o. que se refiere al acreditamiento en México del Impuestos pagados en el Extranjero, en el que ya no se regula en forma expresa a la exportación de tecnología o asistencia técnica, puesto que los Ingresos que se deriven por este concepto, ya no tienen el tratamiento especial que se les otorgaba hasta 1982, en el sentido de optar por pagar un 10%

sobre el ingreso percibido, sin tener obligación de acumularlo para la determinación de la base gravable.

En lo que toca al ARTÍCULO 10 ubicado ya dentro del TÍTULO II "DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES", en el que se establece la forma en que las Sociedades Mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales y las Sociedades Nacionales de Crédito (de acuerdo con la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 31 de diciembre de 1982), determinarán su resultado fiscal, es decir, su base gravable, consideramos pertinente el analizarlo en conjunto, con las diversas disposiciones de la Ley que se refieren al pago de Dividendos y sobre las cuales se aplica, a partir del 1o. de enero de 1983 la figura de la "transparencia fiscal".

Como lo hemos señalado anteriormente, la "transparencia fiscal" surgió en su inicio en 1979, pero sin embargo, a partir del 1o. de enero de 1983 se pretende aplicarla en forma total, tal como se aplica en diversos países, pero con la diferencia de que en lugar de poder acreditar el Impuesto pagado por la Sociedad en el momento en que a la persona física se le efectúe el pago de los Dividendos correspondientes, se establece que no se podrá acreditar el Impuesto pagado por la Sociedad por la persona física, pero sin embargo, la Sociedad podrá considerar el Dividendo pagado en efectivo o en bienes como deducción autorizada, en los términos del actual ARTÍCULO 22 fracción IX.

El fenómeno de la "transparencia fiscal" tiene las siguientes características:

a) La personas física que en los términos del ARTÍCULO 120 de la Ley (que cabe aclarar fue reformado en cuanto a su redacción, más no en cuanto al fondo) que se encuentra ubicado dentro del Capítulo VII "DE LOS INGRESOS POR DIVIDENDOS" del TÍTULO IV de la Ley "DE LAS PERSONAS FISICAS", señala que una Sociedad Mercantil residente en México o bien una Sociedad Nacional de Crédito que distribuya utilidades entre sus Socios o Accionistas, tendrá la obligación de retener en todos los casos al momento de hacer los pagos, el 55% de la ganancia distribuida, salvo que nos encontremos en los supuestos de diferenciamiento a que se refiere la fracción I del citado precepto.

El 55% que retiene la Sociedad que paga el Dividendo o la utilidad, se considera como pago de Impuesto provisional, es decir, que en los términos del ARTÍCULO 121, la persona física que obtuvo dichos ingresos, lo podrá acreditar contra el Impuesto determinado en su Declaración Anual.

El acreditamiento a que nos hemos referido en el párrafo anterior, no lo podrán efectuar las personas físicas residentes en México cuando reciban ganancias pagadas por Sociedades en liquidación, en cuyo caso la retención será del 21% sobre la ganancia gravable, siempre que dichas ganancias no se

hubieran alcanzado a reducir en el ejercicio de liquidación, en cuyo caso la retención se considerará como pago de Impuesto definitivo.

Por lo que se respecta a los demás supuestos a que se refiere el ARTÍCULO 122, en el que se señala cuándo no se puede acreditar el Impuesto retenido y además que en esos casos la retención se considera pago de Impuesto definitivo, ya se encontraban en dicho ARTÍCULO, siendo únicamente digno de comentarse lo señalado en la fracción VII que se refiere a los Dividendos en efectivo generados por revaluación de activos y de su capital.

b) El tratamiento que tendrá una Sociedad Mercantil, de las que son sujetas del TÍTULO II de la Ley, será la de considerar como deducible el Dividendo o utilidad distribuido en efectivo o en bienes en el ejercicio correspondiente.

Lo anterior, representa un cambio en la Ley que no significa mayor recaudación, sino más bien un mayor control de las personas físicas que son los inversionistas y además una fuente de financiamiento importante para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que fue comentado por nosotros al inicio del presente trabajo.

En efecto, de acuerdo con la Ley en 1982 una "Sociedad Mercantil" que tenía una base gravable (resultado fiscal), superior a $ 1'500,000.00 cubría un Impuesto sobre la Renta del 42% y cuando pagaba Dividendos a sus Accionistas tenía obligación de retenerles el 21% que se consideraba como pago de Impuesto definitivo, lo que trae como consecuencia el que por cada peso de utilidad de una Sociedad se tuviera un costo fiscal de 54.18%, sin tomar en cuenta la participación de utilidades a los trabajadores que actualmente es de 8%.

En los términos de la Legislación vigente se retendrá un 55% que se considera como pago provisional, cuando se pague un Dividendo por una Sociedad, pero con la salvedad de que la Sociedad podrá deducir el Dividendo pagado en efectivo o en bienes en el ejercicio en que lo efectúa, es decir, recuperará el 42% que ya fue cubierto cuando se generó la utilidad, lo que trae como consecuencia el no tener, como ya lo señalamos, un mayor impacto fiscal, sino el tener un costo financiero que puede ser alto, dependiendo de las circunstancias, ya que actualmente los intereses son de aproximadamente un 60%.

Además, por otra parte, cabe señalar que es prácticamente imposible llegar al 55% como persona física, en cuanto al pago del Impuesto sobre la Renta, puesto que este porcentaje se paga sobre el excedente de $ 7'000,000.00 de ingresos y sin embargo, no se paga sobre los primeros $ 7'000,000.00 cuyo porcentaje es de 45%.

Existen sobre este mismo tema de la "transparencia fiscal", otras reglas que son dignas de comentario:

Una Sociedad Mercantil que no pague el Dividendo en efectivo o en bienes, no podrá deducir su pago; por ejemplo, si el Dividendo se paga en Acciones, éste se podrá deducir hasta que la Sociedad se liquide o reduzca su capital.

La Sociedad Mercantil que pagó el Dividendo en efectivo o en bienes, y que lo haya deducido en el ejercicio en que lo efectuó, no tomará en cuenta su deducción para determinar su utilidad fiscal, puesto que sobre esta base se calcula la participación de los trabajadores en las utilidades.

Por otra parte y ya analizando las reformas del ARTÍCULO 10 de la Ley, cabe señalar que en el mismo desaparecieron como ingresos "disminuibles" de la utilidad fiscal para determinar la utilidad fiscal ajustada, los estímulos fiscales otorgados por el Ejecutivo y los ingresos derivados de la exportación de tecnología o asistencia técnica ya comentada.

A partir de 1983, la utilidad fiscal ajustada de una Sociedad Mercantil se determinará restando de la utilidad fiscal los ingresos por Dividendos distribuidos mediante la entrega de Acciones o Partes Sociales, o bien aquéllos que se reinviertan dentro de los 30 días siguientes a su distribución en la suscripción o pago de aumento de capital en la misma Sociedad, así como los Dividendos pagados por la Sociedad en efectivo o bienes y la deducción adicional a que se refiere el ARTÍCULO 51 de la Ley.

Es lógico que sean ingresos "disminuibles" de la utilidad fiscal, aquéllos a los que nos referimos en primer lugar en el párrafo precedente, puesto que dentro de la "transparencia fiscal" ya comentada, se pretende llegar en última instancia, a la persona física que recibe el Dividendo en efectivo, por lo que mientras los pagos sean mediante la entrega de Acciones o bien se reinvierta el dividendo, no se debe tener repercusión fiscal alguna, hasta el momento en que se reduzca el capital o bien se liquide a la Sociedad.

Lo anterior encuentra su fundamento en el propio ARTÍCULO 10 al señalar que "En el ejercicio en que se decrete el reembolso por reducción de capital o por liquidación de la persona moral de que se trate, se sumará a los ingresos que forman parte de la utilidad fiscal ajustada, el valor del dividendo distribuido en acciones o partes sociales..." o bien el que se reinvierta en la suscripción o pago de aumento de capital en la misma Sociedad.

La forma de calcular la utilidad fiscal es, como ya lo señalamos, disminuyendo de la totalidad de los ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio las deducciones autorizadas salvo los Dividendos pagados en efectivo o en bienes y la deducción adicional del ARTÍCULO 51; y como consecuencia, la pérdida fiscal es la diferencia entre los ingresos acumulables del ejercicio y las deducciones autorizadas, salvo los Dividendos pagados en efectivo o en especie y la deducción adicional del ARTÍCULO 51, cuando el monto de aquéllos sea inferior al de ésta.

En el ARTÍCULO 13 relativo a las reducciones que pueden llevar a cabo determinados sujetos del TÍTULO de la Ley, se adiciona un último párrafo, como consecuencia de la "transparencia fiscal", en el sentido de considerar

que los contribuyentes que perciban ingresos por Dividendos o utilidades de otras Sociedades Mercantiles, para determinar las reducciones deberán disminuir de su base gravable (resultado fiscal) los ingresos por Dividendos o utilidades que hubieran percibido en el ejercicio y aplicar, en su caso a la diferencia, la Tarifa contenida en el propio ARTÍCULO 13.

Una vez obtenido el resultado anterior, calcularán las reducciones correspondientes, las cuales se restarán del Impuesto que resulte de aplicar la citada Tarifa a la base gravable (resultado fiscal), sin reducción alguna.

En cuanto a las posibilidades de no considerar como ingresos sujetos al pago del Impuesto sobre la Renta aquellos ingresos "en crédito" a que se refiere el ARTÍCULO 16, es conveniente manifestar que en lo relativo a las llamadas "ventas en abonos", este concepto fue trasladado al ARTÍCULO 14 del nuevo Código Fiscal de la Federación.

En el precepto antes mencionado se establece que serán enajenaciones a plazo con pago diferido o en parcialidades, aquéllos que se pacten por un término de doce meses y en las que se difiera más de la mitad del precio para después del sexto mes, sin embargo, se estableció una excepción a esta regla general y es aquélla que se efectúa con clientes que sean público en general, en las que bastará que se difiera más del 35% del precio para después del sexto mes, siempre y cuando el plazo exceda de doce meses.

Sobre este particular el propio Código Fiscal de la Federación nos conceptualiza lo que se debe entender por "público en general", señalándonos que es aquél al que en la documentación comprobatoria correspondiente, no se le traslade en forma expresa y por separado el Impuesto al Valor Agregado; aun cuando parece absurda la disposición, es conveniente que tengamos presente que reúne el requisito de "público en general" aquél al que se le realice una enajenación de un bien que se encuentre exento del Impuesto; también a aquél que se le enajene un bien sujeto a tasa 0%, puesto que en las Reglas Generales que publica la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que se encuentran actualmente en vigor, específicamente en el punto 33; se señala que no es obligatorio el traslado en forma expresa y por separado.

Asimismo, hay que tener presente que en el punto 65 de las Reglas Generales a que nos hemos referido en el párrafo precedente, se señala que aquellos contribuyentes que operan productos o servicios comercialmente considerados de consumo final, podrán trasladar el Impuesto al Valor Agregado incluyendo su monto en el valor de la contraprestación pactada, salvo que el adquirente les exija que conste en forma expresa y por separado.

En el propio ARTÍCULO 16 que venimos comentando, se establece que tratándose de obras de construcción de inmuebles provenientes de contratos celebrados con la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, también se podrá diferir el ingreso en crédito hasta el momento en que efectivamente se perciba. Señalándose también, que en cuanto a la determinación del costo se deducirá únicamente el de los materiales utilizados en la construcción de las obras, en la misma proporción que el avance reali-

zado de la misma en el ejercicio de que se trate y en proporción al total de la obra respectiva (ARTÍCULO 30).

Por otra parte, hasta el ejercicio de 1982 el único ingreso no acumulable para las Sociedades Mercantiles era el Impuesto al Valor Agregado que se trasladara en los términos de la Ley, no obstante, como lo veremos posteriormente en virtud de las reformas a la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, tampoco será ingreso acumulable aquél que se traslade por concepto de este último impuesto.

En cuanto a las deducciones que pueden efectuar las Sociedades Mercantiles y los requisitos que las mismas deben cumplir, conviene señalar que a partir del 1o. de enero de 1983 las Sociedades Mercantiles que hayan obtenido ingresos acumulables superiores a $ 100 millones y efectúen erogaciones superiores a dos veces el salario mínimo de su zona económica vigente al 1o. de enero de cada año (en el Distrito Federal $ 27,300.00), deberán librar forzosamente un cheque nominativo para efectuar el pago, pues de lo contrario la erogación no podrá liberar de esta obligación a quienes se encuentren en poblaciones sin servicios bancarios o en zonas rurales (AR- o Socio correspondiente (ARTÍCULO 24 fracción III).

Por lo que se refiere al pago de Dividendos o utilidades que se paguen en efectivo, para que proceda la deducción analizada con anterioridad, se deberá expedir cheque nominativo no negociable a nombre del Accionista o Socio corerspondiente (ARTICULO 24 fracción III).

Tratándose de pagos por salarios, honorarios, uso o goce temporal de bienes y dividendos, así como donativos, sólo se podrá deducir cuando hayan sido efectivamente erogados en el ejercicio de que se trate, es decir, que ya no se tiene el plazo de tres meses con el que se contaba hasta antes del 1o. de enero de 1983, para reunir este requisito.

Cabe apuntar que a partir del 1o. de enero de 1983 cuando se adquieran o se arrienden motocicletas de más de 350 centímetros cúbicos de cilindrada sólo serán deducibles hasta el 70% de las mismas, los gastos que se efectúen también serán deducibles al 70% y por último, la pérdida derivada de su enajenación sólo se deducirá en un 70% (ARTÍCULOS 24 fracción XX, 25 fracción II y XV y 46 fracción II).

Al reestructurar totalmente la Ley del Impuesto sobre Producción y Servicio, en el sentido de que el mismo debe ser trasladado en forma expresa y por separado, es reformaron como consecuencia las fracciones VII del ARTÍCULO 24 y XVI del ARTÍCULO 25 de la ley.

Por último, sólo nos resta comentar que tratándose de establecimientos permanentes de empresas residentes en el Extranjero que se dediquen al aerotransporte internacional, sus deducciones las efectuarán tomando en cuenta la parte proporcional del gasto promedio que por sus operaciones hayan tenido en el ejercicio, considerando tanto la oficina central como todos sus establecimientos. La forma de determinar el gasto promedio se encuentra plasmada en el propio ARTÍCULO.

Resulta conveniente resaltar que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pretende que a partir de 1984 las empresas que se dediquen a la agricultura, ganadería o pesca y que no sean consideradas como pequeñas o medianas industrias, en los términos del ARTÍCULO VIGÉSIVO OCTAVO TRANSITORIO de las reformas que venimos comentando, se incorporen al régimen general establecido en la Ley para los contribuyentes que realicen actividades empresariales, por lo que con esa misma finalidad se señala en el ARTÍCULO 29 que a partir del 1o. de enero de 1983 los contribuyentes que se dediquen a estas actividades, podrán dejar de determinar el costo de las mercancías o productos que enajenen y como consecuencia deducirán en el ejercicio respectivo los gastos que correspondan a dichas mercancías o productos.

En cuanto a la deducción de las inversiones de las Sociedades Mercantiles, en primer lugar se establece que tratándose de semovientes y vegetales, los mismos se podrán deducir en un solo ejercicio hasta el 100%.

Ahora bien, para determinar el monto original de la inversión en los casos de arrendamiento financiero, se reestructura totalmente la Tabla contenida en el ARTÍCULO 48 de la Ley, en donde ya se llegan a prever intereses hasta de un 100%, en lugar de hasta un 40% como lo hacía con anterioridad, ya que la situación del país se encuentra económicamente muy deteriorada.

Se reestructura también la deducción adicional a que se refiere el ARTÍCULO 51, ya que se incorporan los supuestos que ya se venían utilizando y que fueron publicados en el Diario Oficial del jueves 19 de agosto de 1982.

Las Sociedades Mercantiles controladoras sufren también una reestructuración general, de la que resulta conveniente comentar en primer lugar que se establece que una vez ejercida la opción de consolidar su resultado fiscal, no se podrá abandonar la citada consolidación hasta en tanto que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no autorice el cambio de opción, y en segundo lugar, que ya no se necesita la absurda conformidad por escrito que debían dar las "Sociedades Controladas" a la "Sociedad Controladora" para consolidar su resultado fiscal.

El TÍTULO II de la Ley "DE LAS PERSONAS MORALES CON FINES NO LUCRATIVOS" no sufrió grandes modificaciones, salvo que se incorporaron a las Sociedades de Inversión, señalándose expresamente que no serán ingresos acumulables para los integrantes de dichas Sociedades, los que obtengan por la enajenación que efectúen de las Acciones emitidas por dichas personas. Se adiciona al TÍTULO que venimos comentando, el ARTÍCULO 68-A que expresamente dispone:

"Las personas físicas integrantes de personas morales con fines no lucrativos y los socios de sociedades mercantiles, que realicen actividades de transporte terrestre, de carga o de pasajeros, en camiones o autobuses,

podrán cumplir con las obligaciones establecidas en esta Ley en forma individual, siempre que administren directamente los vehículos que les correspondan o hubieran aportado a la persona moral de que se trate.

Cuando opten por pagar el impuesto en forma individual, deberán comunicarlo por escrito a la persona moral respectiva, dentro de los tres primeros meses del ejercicio de que se trate.

Las personas físicas que hayan optado por pagar el impuesto individualmente, podrán deducir los gastos realizados durante el ejercicio que correspondan al vehículo que administren, incluso cuando la documentación comprobatoria de los mismos se encuentre a nombre de la persona moral, siempre que dicha documentación reúna los requisitos que señalen las disposiciones fiscales e identifique el vehículo al que corersponda.

Este ARTÍCULO tiene íntima relación con el VIGÉSIMO SEXTO TRANSITORIO de la reforma que venimos comentando, ya que establece que hasta 1983 podrán los contribuyentes que se dediquen al transporte terrestre de carga o de pasajeros gozar de bases especiales de tributación, puesto que a partir del 1o. de enero de 1983 aparentemente se deberán integrar al régimen general de la Ley.

Por lo que se refiere al TÍTULO IV de la Ley "DE LAS PERSONAS FÍSICAS" sufrió las siguientes modificaciones:

Se establece en primer lugar que las personas físicas que residen en el país que cambien su residencia durante el año de calendario a otro país, considerarán como pago de Impuesto definitivo, los pagos provisionales efectuados y no podrán presentar Declaración Anual.

Una cuestión muy importante de comentar es que se suprimió la fracción IV del ARTÍCULO 75 de la Ley, que señalaba que cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en ejercicio de sus facultades de comprobación emitiera una liquidación a alguna persona física que tuviese discrepancia entre los ingresos declarados y las erogaciones realizadas en un ejercicio, no sería constitutiva del delito de defraudación fiscal.

Al suprimir dicha fracción IV, caemos automáticamente en el supuesto del delito de defraudación fiscal, el que tiene una penalidad de tres meses a seis años cuando el monto de lo defraudado no exceda de $ 500,000.00 y si el monto de lo defraudado excede de esta cantidad, la pena será de tres a nueve años de prisión, o sea que en esta última instancia no se tendrá derecho a gozar de la libertad bajo fianza.

Por lo que respecta a las exenciones establecidas en el ARTÍCULO 77 quedan prácticamente igual, salvo que las gratificaciones que perciban los trabajadores que se ubiquen en el apartado b) del ARTÍCULO 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya no estarán siempre exentas, sino tendrán las mismas limitaciones que se señalan para las

del apartado a) del mismo ARTÍCULO. Esta reforma es correcta, puesto que desaparece el régimen inequitativo en el que se encuentran los trabajadores del apartado a), del propio artículo 123.

El CAPÍTULO I del TÍTULO IV que se refiere a los "INGRESOS POR SALARIOS Y EN GENERAL POR LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PERSONAL SUBORDINADO" no sufrió reformas de consideración, simplemente son dignas de comentario el que en primer lugar se reestructuró totalmente la TARIFA del ARTÍCULO 80 relativa a las retenciones en la que únicamente se reconoció la inflación tan alta que tuvo el país en 1982.

Sobre este mismo CAPÍTULO se señala que un patrón únicamente estará obligado a calcular la Declaración Anual y a presentar la misma, cuando el asalariado perciba una cantidad que no exceda de cinco veces al salario mínimo general del Distrito Federal elevado al año, que en el año de 1983 será de $ 830,375.00, en lugar de $ 300,000.00 que como límite se establece en 1982.

Otro CAPÍTULO que sufrió reformas fue el IV del propio TÍTULO IV, relativo a los "INGRESOS POR ENAJENACIÓN DE BIENES", en el cual se reestructuró la parte de la ganancia que deberá ser acumulable para determinar el Impuesto en la Declaración Anual, los pagos provisionales tratándose de enajenación de inmuebles que deberá retener el Notario, y las pérdidas derivadas de la enajenación de Acciones, Partes Sociales, Certificados de Aportación Patrimonial emitidos por Sociedades Nacionales de Crédito e inmuebles:

A) A partir del 1o. de enero de 1983 para calcular la ganancia que será acumulable a los demás ingresos de las personas físicas para su Declaración Anual, se deberá dividir la misma entre el número de años transcurridos entre la fecha de adquisición y de enajenación del bien de que se trate, cuando el número de años transcurridos exceda de diez, solamente se considerarán diez años; le resultado de la operación anterior será la ganancia acumulable a los demás ingresos.

B) La forma en que el Notario Público calcule el pago provisional tratándose de enajenación de inmuebles, será el que resulte de dividir la ganancia entre el número de años transcurridos entre la fecha de adquisición y de enajenación del bien inmueble, teniendo como límite también diez años, al resultado obtenido se le aplicará la TARIFA del ARTÍCULO 141 y ésta última cantidad se deberá multiplicar por el mismo número de años transcurridos entre la fecha de adquisición y la enajenación, teniendo también como límite diez años.

C) Para determinar la pérdida disminuible que derive de la enajenación de inmuebles, partes sociales, acciones y certificados de aportación patrimonial, se deberá estar a lo dispuesto por el ARTÍCULO 97-A de la Ley, que fue adicionado y que prácticamente permite deducir la mayor parte de la pérdida a aquél que la haya sufrido por tener en propiedad un bien el menor número de años y por el contrario, entre más años se haya tenido la propiedad del bien, la posibilidad de disminuir la pérdida será signifi-

cativamente inferior; además de que también se toma en cuenta el porcentaje de Impuesto que se haya cubierto en el año en que se sufrió la citada pérdida, o bien en los tres siguientes.

Por lo que toca a los sujetos que hayan sufrido pérdidas antes de entrar en vigor este nuevo ARTÍCULO, en los términos del ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO TRANSITORIO, seguirán las mismas reglas que se establecieron en la fracción V del ARTÍCULO 97 que fue derogado.

En cuanto a los ingreso por actividades empresariales a que se refiere el CAPÍTULO VI DEL TÍTULO IV de la Ley, los mismos sufrieron una reestructuración total en lo que toca a los "contribuyentes menores", a los que ya se les exige no solamente un requisito, sino cuatro, que veremos a continuación:

1. No tener ingresos por actividades empresariales de más de $ 3'000,000.00 o de más de $ 2'000,000.00 si su coeficiente de utilidad es superior al 15% en los términos del ARTÍCULO 62 de la Ley.

2. Para explotar la negociación, no deberán de emplear a más de tres personas, o cuando empleen un número mayor, en conjunto no deberán cubrir más de tres jornadas individuales de 8 horas de trabajo, o sea podrán tener tres trabajadores laborando 8 horas cada uno, 4 laborando 6 horas cada uno, o rayando en el absurdo, 24 trabajadores laborando una hora.

3. Que la negociación esté establecida en una superficie que no exceda de 50 metros cuadrados, cuando el inmueble sea rentado o 100 metros cuando sea de su propiedad, no aplicándose este requisito cuando la negociación esté establecida en una población de hasta 300,000 habitantes.

4. Que no tengan más de un establecimiento fijo, salvo que se encuentren ubicados en mercados públicos o se trate de puestos semifijos.

Los cuatro requisitos anteriores los deberán cumplir los sujetos para poder ser considerados como contribuyentes menores, si no los cumplen, no podrán serlo, puesto que una de las principales finalidades de la Secretaría de Hacienda es eliminar en forma paulatina el régimen inequitativo del que gozan los mencionados contribuyentes menores, incorporándolos poco a poco en el régimen general de la Ley.

Con esta misma finalidad se señala que no podrán ser considerados contribuyentes menores quienes obtengan la mayor parte de sus ingresos por la enajenación de aparatos científicos, fotográficos, sus accesorios y componentes; artículos deportivos; maquinaria; muebles metálicos, de mimbre, de bambú, o ratán, así como equipos para oficina; así como la prestación de servicios de laboratorios de análisis clínicos, radiológicos, dentales y de ultrasonido; hospitales, clínicos, o sanatorios; boliches, frontones, y salones de patinaje; centros nocturnos o salones de baile a excepción de los que operen una o dos veces por semana; agencias de viaje, hoteles, moteles y balnearios, a excepción de casas de huéspedes.

Es indiscutible que en la lista señalada en el párrafo anterior, no están incluidos todos los que deberían, pero sin embargo, es plausible el que ya se haya iniciado la eliminación paulatina de este tipo de contribuyentes.

Por último, en relación con los contribuyentes menores se señala con claridad que no podrán ser nunca considerados como tales, aun cuando cumplan los requisitos que hemos señalado con anterioridad, quienes se dediquen a la producción y venta de pan, a la realización de espectáculos públicos con establecimiento fijo, al arrendamiento de vehículos, a la distribución autorizada de llantas nuevas, de cemento o varilla y a la comercialización de vehículos en establecimiento fijo.

Lamentablemente en la enumeración antes señalada se comete el grave error de hablar de vehículos, sin especificar que se trata de los automóviles, porque esto puede dar lugar a que quien se dedique, por ejemplo a la venta o arrendamiento de triciclos, no podrá ser considerado contribuyente menor.

El CAPÍTULO VII relacionado con los Ingresos por Dividendos ya fue comentado al hablar del fenómeno de la "transparencia fiscal".

Por lo que se refiere al CAPÍTULO X de los "DEMÁS INGRESOS QUE OBTENGAN LAS PERSONAS FÍSICAS", se adiciona un último párrafo al ARTÍCULO 133 que señala que el remanente distribuible proveniente de una persona moral con fines no lucrativos (Sociedad Civil, Asociación Civil, etc.) se entiende que lo obtiene en la totalidad quien presta el servicio cuando provenga únicamente de servicios personales independientes.

La anterior adición se realizó toda vez que hasta el 31 de diciembre de 1982 una persona física integrante de una persona moral con fin no lucrativo que prestara servicios personales independientes, al obtener una determinada cantidad como remanente distribuible y en el supuesto de que estuviera casado bajo el Régimen de Sociedad Conyugal, podía dividir sus ingresos entre dos, en los términos del ARTÍCULO 154 del Reglamento de la Ley, situación ésta que era incongruente con las demás disposiciones del citado Ordenamiento, toda vez que en el ARTÍCULO 84 del mismo, incluido dentro del CAPÍTULO II, "DE LOS INGRESOS POR HONORARIOS Y EN GENERAL POR LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PERSONAL INDEPENDIENTE", se establece que se entiende que los ingresos los obtiene en su totalidad quien presta el servicio, es decir, que aun cuando esté casado bajo Sociedad Conyugal, no puede dividir sus ingresos.

Por último, en relación con las reformas al TÍTULO IV sólo son dignas de comentarse la que sufrió la fracción IV del ARTÍCULO 138 de la Ley, al permitir que se deduzca en un solo ejercicio hasta el 25% del monto original de la inversión de activos consistentes en computadoras, puesto que las de

los ARTÍCULOS 167 y 137 son esencialmente iguales que las que se efectuaron a los ARTÍCULOS 24 y 25 de la Ley ya comentados.

La TARIFA del ARTÍCULO 141 se reestructura totalmente en el sentido de que como ya lo hemos mencionado se reconoce simplemente la inflación de nuestro país; como mero dato numérico nos permitimos señalar que en el ejercicio de 1982 se pagaba un 55% por los ingresos que excedieran de ..... $ 3'250,000.00 y en 1983 se pagará un 55% por los ingresos que excedan de $ 7'000,000.00.

En relación con las personas físicas sujetas del TÍTULO IV de la Ley, el ARTÍCULO VIGÉSIMO CUARTO TRANSITORIO señala:

"Los contribuyentes que por el año de 1983 estén obligados a presentar declaración anual en los términos del Título IV de la Ley del Impuesto sobre la Renta y, que en dicha declaración deban considerar ingresos gravables superiores a una cantidad equivalente a cinco veces el salario general que corresponda a la zona económica del Distrito Federal, elevado al año, determinarán el impuesto a pagar en la declaración correspondiente a dicho año, sumando al monto del impuesto que resulte conforme al Título mencionado, la cantidad que se obtenga de aplicar a dicho monto la tasa del 10%.

Tratándose de dividendos o ganancias por los que no se pueda acreditar acreditar el impuesto en los términos del artículo 122 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la tasa a que se refiere el párrafo anterior se calculará sobre el impuesto retenido o que debió retenerse conforme a la Ley y, se enterará con la declaración anual.

En los casos en que en virtud de la aplicación de este artículo, al contribuyente le resulte un ingreso menor, después de calcular y deducir el impuesto, al que le quedaría de haber obtenido ingresos hasta por el monto de los salarios mencionados en el primer párrafo de este artículo, deberá considerar como impuesto a pagar únicamente la cantidad que exceda a la que le resultaría, después de pagar el impuesto, de haber obtenido ingresos hasta por el monto de los salarios referidos en este artículo".

Estimamos que la sobretasa del 10% a que se refiere dicho precepto sólo sea aplicable en 1983; desgraciadamente en nuestro sistema tributario ya no se puede tener la seguridad de que las Autoridades no pretendan lo contrario.

Por otra parte, en relación al TÍTULO V de la Ley, "DE LOS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO CON INGRESOS PROVENIENTES DE FUENTE DE RIQUEZA UBICADA EN TERRITORIO NACIONAL", sólo vamos a señalar lo siguiente:

a) Cuando se efectúen pagos al extranjero por dividendos, se deberá retener el 55% como pago de Impuesto definitivo.

Este supuesto se debe a que como lo vimos con anterioridad por virtud de la "transparencia fiscal" los dividendos pagados en efectivo o en bienes, son deducibles para la Sociedad emisora de los Títulos.

b) Se deberá retener un 55% sobre el remanente distribuible que determinen las personas morales con fines no lucrativos, en la parte que corresponda al residente en el Extranjero, anteriormente era de 42%. Esta retención se considera pago de Impuesto definitivo.

c) Se deberá retener el 55%, como pago de Impuesto definitivo sobre las participaciones, que por cualquier concepto, remitan las personas físicas o morales residentes en el país, que obtengan ingresos por la prestación de un servicio personal independiente, a personas físicas o morales residentes en el extranjero. Hasta el 31 de diciembre de 1982 era del 42%.

La última reforma sufrida por la Ley del Impuesto sobre la Renta que venimos comentando, es la relativa a la adición de un TÍTULO VI al citado Ordenamiento, denominado "DE LOS ESTÍMULOS FISCALES".

Antes de analizar las reformas debemos tener presente que el ARTÍCULO TRIGÉSIMO SÉPTIMO TRANSITORIO establece:

"ARTÍCULO TRIGÉSIMO SÉPTIMO.—Se derogan todas las disposiciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, por el Ejecutivo Federal en materia de estímulos fiscales, con excepción de los relacionados con los impuestos al comercio exterior, así como el Decreto del Empleo y la Inversión en las Actividades Industriales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1979.

Continuarán vigentes hasta el 30 de junio de 1983, quedando derogados a partir del 1o. de julio de dicho año el Decreto que Establece los Estímulos Fiscales para el Fomento del Sector Agropecuario, únicamente en lo que se refiere a la explotación avícola; así como el Programa de Fomento a la Producción, Pasteurización e Industrialización de Leche de Vaca, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 9 de septiembre de 1981 y 28 de diciembre de 1981, respectivamente.

Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las devoluciones de impuestos indirectos y a la importación a que se refiere el Decreto Publicado en el Diario Oficial el 7 de enero de 1980.

Las solicitudes de estímulos fiscales pendientes de resolver, formuladas con base en las disposiciones que se derogan y que hubieran sido presentadas antes de la fecha en que las mismas quedan derogadas, se tramitarán y resolverán conforme a los procedimientos previstos en dichas disposiciones.

Las personas físicas y morales que conforme a las disposiciones que se

derogan, hayan obtenido Certificado de Promoción Fiscal, podrán seguir acreditando su importe, en los términos de dichas disposiciones.

Los contribuyentes a que se refiere el párrafo anterior, continuarán cumpliendo con las obligaciones que les establecieron las disposiciones que se derogan, durante los plazos que en las mismas se señalaban".

Entrando en materia, el ARTÍCULO 163 establece un estímulo fiscal que representa prácticamente una depreciación acelerada del 50% o del 25% sobre determinados bienes, en un sólo ejercicio, dependiendo de la zona de prioridad nacional en donde sean utilizados y siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

1. Ser una Sociedad Mercantil o bien una persona física que realice actividades empresariales.
2. Adquirir bienes nuevos. Para los efectos de este ARTÍCULO se considera bien nuevo aquél que con anterioridad a su compra no haya formado parte del Activo de una persona residente en México o del establecimiento permanente en el país de una persona residente en el extranjero, es decir, deben ser forzosamente importados.
3. Deben formar parte del Activo Fijo; por Activo Fijo debemos entender lo que señala la Ley en su ARTÍCULO 42.
4. La persona física o moral a que nos hemos referido en el primer requisito, debe dedicarse a actividades empresariales en ramas de actividad que mediante disposiciones generales establezcan las dependencias de la Administración Pública.
5. El bien nuevo de Activo Fijo debe ser utilizado en zonas de prioridad Nacional.

Para gozar de este estímulo se tiene un plazo máximo de cinco años y una vez ejercida la opción, la deducción del bien de que se trate, se deberá seguir efectuando en los porcientos máximos que señala la Ley; si transcurren los cinco años a que nos hemos referido, se pierde el derecho a gozar del estímulo.

Por último, los bienes que gozaron del estímulo deberán permanecer en el Activo Fijo del contribuyente y en la misma zona de prioridad nacional, durante los cinco ejercicios siguientes a aquél en que se hayan adquirido, salvo claro está, que se destruyan.

En lo referente al estímulo establecido en el ARTÍCULO 164 de la Ley, éste consistirá en poder acreditar una cantidad equivalente al 50% del Impuesto sobre Adquisición de Bienes Inmuebles que se hubiera causado, contra las cantidades que esté obligado a enterar, por concepto de Impuesto sobre la Renta propio o bien retenido. Los requisitos que se deberán cumplir para gozar del mismo, serán los siguientes:

A) Sólo podrán gozar de él las Sociedades Mercantiles y las personas físicas que realicen actividades empresariales.
B) Deberán enajenar bienes inmuebles de su Activo Fijo, ubicados en el Distrito Federal o en el área de crecimiento controlado que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
C) Deberán invertir el importe de la enajenación dentro de los dos años siguientes a aquél en que se realizó.
D) Lo deberán invertir en la adquisición de bienes de Activo Fijo que sean utilizados para realizar actividades empresariales fuera del Distrito Federal o del área de crecimiento controlado, o bien, en la adquisición de Acciones Nominativas o Partes Sociales de Sociedades que realicen actividades en zonas de prioridad nacional.

Para poder gozar del estímulo se tendrá un plazo máximo de cinco años.

La adquisición de bienes del Activo Fijo fuera del Distrito Federal o del área de crecimiento controlado, no podrá consistir en mobiliario y equipo de oficina o en bienes para el transporte.

Por último, los bienes de Activo Fijo, o en su caso las Acciones Nominativas o Partes Sociales, por los cuales se goza del estímulo, deberán permanecer durante un término de cinco años en propiedad del contribuyente.

Los estímulos fiscales a que nos hemos referido en esta sección, no representan en ningún momento, ningún aliciente para aquel que pretenda invertir en nuestro país, por lo que sería deseable que en un futuro cercano, realmente se estimulara la inversión en Territorio Nacional, no sólo de mexicanos, sino también de extranjeros, puesto que será una de las tantas formas en que el país podrá salir adelante de la grave crisis económica por la que atraviesa.

2. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

La reforma a este Ordenamiento es prácticamente para incrementar la recaudación, la cual como regla general se incrementa en un 50%, ya que la tasa genérica es a partir de 1983 del 15% en comparación del 10% de 1982, además de que se establece una tasa del 20% para los supuestos artículos suntuarios, a que nos referimos al iniciar el presente trabajo y por último, se establece también una tasa del 6% para los productos destinados a la alimentación y las medicinas de patente.

Antes de entrar al análisis en específico de las reformas, creemos conveniente señalar que en la Iniciativa que se envió al Congreso de la Unión, se pretendía que el Impuesto al Valor Agregado no fuese trasladado expresamente y por separado, sino que se trasladara dentro del precio o contraprestación y que en ningún caso se podía ofrecer un bien o servicio al público señalando un precio y después cobrar otro al trasladar este Impuesto.

Lo anterior se pretendió establecer para que los consumidores no sintieran el impacto de una tasa general que es un 50% superior a la de 1982, y si en cambio criticar ácremente los aumentos de precios del industrial o comerciante.

Es triste pensar que las Autoridades Hacendarias pretendan desvirtuar la temática principal de este Impuesto, para tratar de engañar a los consumidores. Afortunadamente esta reforma no fue aprobada, pero hay que tener presente que ésta es la tendencia de la Autoridad.

Entrando en materia, se adicionaron a la Ley los ARTÍCULOS 2o.-B y 2o.-C, que analizaremos a continuación:

El ARTÍCULO 2o.-B señala la tasa especial del 20%, que volvemos a repetir, es supuestamente para los artículos suntuarios, pero es indiscutible que no son todos los que están ni están todos los que son, es una enumeración totalmente arbitraria que quizá tiene como única explicación lógica, el que se introdujeron precisamente los artículos que no consumen las Autoridades.

Se gravaron con una tasa del 20% a la enajenación e importación de los siguientes bienes: Caviar, salmón ahumado, angulas y champaña (por qué no el cognac, el whiskey, los mejillones, pulpos en su tinta, etc.); los televisores para imagen a color con pantalla de más de 75 centímetros (su importación se encuentra prohibida); motocicletas con más de 350 centímetros cúbicos de cilindrada, esquí acuático motorizado, motocicletas acuáticas y tablas de oleaje con motor (por qué no las lanchas); las armas de fuego y sus accesorios (prohibida su importación); rines de magnesio y techos movibles para vehículos y aeronaves, exceptuando aviones fumigadores.

También están sujetos a la tasa del 20% la prestación de los siguientes servicios independientes: Los prestados a usuarios de tarjetas de crédito sobre la cantidad que ellos paguen por la apertura del crédito y por la prórroga para su ejercicio (salvo las que otorguen las Sociedades Nacionales de Crédito); los de señal de televisión por cable, los de instalación de techos movibles; los que permitan la práctica del golf, la equitación, el polo, el automovilismo deportivo o las actividades náuticas y la cuota de membresía para restaurantes, centros nocturnos o bares, de acceso restringido.

Por último, también está sujeto a una tasa del 20% el uso o goce temporal de aeronaves, excepto aviones fumigadores, las motocicletas de más de 350 centímetros cúbicos de cilindrada, esquí acuático motorizado, motocicletas acuáticas y tablas de oleaje con motor, así como el equipo cinematográfico o de videograbación y las cintas, películas o discos para dichos equipos (curiosamente esta última hipótesis no está gravada con el 20% cuando se enajenen los citados equipos ni las cintas, películas o discos).

Por lo que respecta a los productos destinados a la alimentación que se encontraban hasta el 31 de diciembre de 1982 sujetos a tasa 0%, se reducen considerablemente y la tasa genérica que les será aplicable en los términos del ARTÍCULO 2o.-B será la del 6%.

Los únicos productos destinados a la alimentación que se encuentran sujetos a tasa 0% son: Los animales y vegetales no industrializados, la carne en estado natural, la leche y sus derivados y huevo cualquiera que sea su presentación; la harina de trigo y de maíz y el nixtamal; las tortillas y pan de maíz y de trigo; el aceite vegetal comestible, la manteca vegetal y animal; las pastas alimenticias para sopa que no estén enlatadas; el café, la sal común, el azúcar, el mascabado y el piloncillo.

Resulta absurdo que se encuentren sujetos a un gravamen del 6% la mayor parte de los productos destinados a la alimentación humana, ya que se desconoce totalmente que la situación por la que atraviesa el país, es sumamente crítica, en donde el poder adquisitivo de los consumidores se ha perdido considerablemente y el desempleo es cada vez mayor.

Pasando a otro punto, continúa la vigencia de la tasa del 6% para los residentes en las franjas fronterizas de 20 kms. paralelas a la línea divisoria internacional y la colindante con Belice, Centroamérica o bien las zonas libres de Baja California y parcial de Sonora y Baja California Sur, sin embargo, cuando se realicen los actos o actividades que a continuación señalaremos, en dichas franjas o zonas, el Impuesto se calculará aplicando las tasas generales del 15% o especial del 20%.

a) La enajenación e importación de aquellos que están sujetos al Impuesto Especial sobre Producción y Servicios; aquellos combustibles líquidos o gaseosos, aceites, grasas, y lubricantes derivados del petróleo, así como los productos de la petroquímica básica; y los vehículos sujetos a matrícula o registro mexicanos.

b) La prestación parcial de los siguientes servicios independientes: Los de señal de televisión por cable; los prestados por Instituciones de Crédito y de Seguros, así como a los usuarios de tarjetas de crédito por la cantidad que ellos paguen por la apertura del crédito y por la prórroga de su ejercicio; los de panteones; los de estacionamientos de vehículos y los personales independientes.

Por otra parte y en lo relativo a las exenciones en materia de enajenación de bienes y en específico a la fracción VIII del ARTÍCULO 9o. de la Ley, que rompe con la equidad establecida en la misma, en relación con las tiendas de los burócratas, se señala que cuando en dichas tiendas se enajenen bienes afectos a la tasa del 20%, se deberá trasladar el IVA sobre la compra de los artículos correspondientes.

Otra reforma interesante es la efectuada en el ARTÍCULO 12 que señala que cuando el precio pactado, tratándose de enajenaciones, sea cierto y determinable con posterioridad, el Impuesto al Valor Agregado se podrá diferir y pagar hasta que el precio sea determinado, es decir, hasta que se conozca con precisión el mismo.

Por lo que toca a los profesionistas, desde la entrada en vigor del Ordenamiento que venimos comentando, la prestación de los servicios profesionales que requerían Título conforme a las Leyes, se encontraban exentos; a partir del 1o. de enero de 1983 la prestación de servicios de carácter profesional, se

encuentra gravada con la tasa genérica del 15%, con la única excepción de los servicios de medicina, cuando su prestación requiera Título de Médico conforme a las Leyes.

En los términos de la Ley Reglamentaria del ARTÍCULO 5o. Constitucional, aplicable en el Distrito Federal, existen sólo dos Títulos de Médico, que son precisamente el de MÉDICO y el de Médico Veterinario, por lo que por ejemplo no quedan incluidos el Cirujano Dentista, el Cirujano Plástico, etc., quizá la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante un "acuerdo interno", o bien en las Reglas Generales que expida, señale con precisión cuáles considera que son los servicios profesionales de medicinas que requieren Título de Médico para su ejercicio, ampliando los que hemos señalado.

En virtud de que los profesionistas debemos pagar el Impuesto al Valor Agregado por los servicios profesionales que prestamos, se adicionó un último párrafo al ARTÍCULO 32 de la Ley para señalar que las declaraciones para el pago provisional las haremos en los mismos plazos en que para efectos del Impuesto sobre la Renta se lleven a cabo, es decir, en los meses de mayo, septiembre y enero.

Al estar gravada la materia de los servicios profesionales, nos debemos dar de alta ante nuestras respectivas Tesorerías Estatales, para lo cual están exigiendo el presentar nuestros Avisos de Alta ante el Registro Federal de Contribuyentes con tres copias fotostáticas, en una de las cuales nos pondrán nuestro nuevo Registro Estatal y como consecuencia de ello, en la nueva Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal no se establece el Impuesto del 1% por Honorarios Profesionales, para cumplir con lo dispuesto por el ARTÍCULO 41 de la Ley en Materia de Coordinación.

Por último, para terminar con la exposición sobre estas reformas, sólo nos resta señalar que se adicionó un ARTÍCULO 35-A en la Ley con el fin de establecer un régimen de transición para los contribuyentes menores en esta materia que es exactamente igual al establecido en el ARTÍCULO 115-C de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente.

Esencialmente el régimen de transición consiste en que un contribuyente menor que deje de estar en los supuestos para ser considerado como tal, en un año de calendario, en ese año efectuará pagos definitivos y en el siguiente mediante una estimación actualizada pagará también en forma bimestral y los pagos se considerarán definitivos; a partir del tercer año, entrará a formar parte del régimen normal de la Ley.

3. CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

Como todos nosotros sabemos en el sexenio pasado se efectuó una reforma fiscal en la que se establecieron nuevas Legislaciones en algunos de los Ordenamientos de carácter fiscal federal, faltando únicamente un Ordenamiento que era el CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

El día 31 de diciembre de 1981 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación un nuevo Código Fiscal de la Federación y que entraría en vigor en toda la República el día 1o. de octubre de 1982. Este Ordenamiento adolecía de graves defectos de técnica jurídica y además rompía con un principio medular en materia jurídica, que es precisamente el de la "seguridad jurídica".

En virtud de diversas gestiones efectuadas por diversos Colegios de Profesionales, se logró que dicho Ordenamiento no entrara en vigor el 1o. de octubre de 1982, saliendo publicado un Decreto el día 30 de septiembre de dicho año en el que se señalaba que el Ordenamiento que venimos comentando entraría en vigor hasta el día 1o. de abril de 1983.

Con la ya característica falta de seriedad legislativa en nuestro país, el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión diversas reformas al Código Fiscal de la Federación que todavía no se encontraba en vigor y en la que nuevamente se señalaba que tendría vigencia a partir del 1o. de enero de 1983 y no como todos conocíamos el día 1o. de abril del presente año.

Las reformas al citado Ordenamiento son benéficas para el contribuyente, pero es ilógico reconocer que en un país de Derecho, tengamos que agradecer las modificaciones, en lugar de que éstas nunca se hubiesen efectuado, puesto que se presume que los Ordenamientos deben ser esencialmente jurídicos.

El Código en cuestión entró efectivamente en vigor, el 1o. de enero de 1983, salvo el TÍTULO relativo al "PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Juicio de Nulidad) que entrará en vigor hasta el 1o. de abril de 1983.

Las reformas de mayor trascendencia son las siguientes:

En el ARTÍCULO 5o. se establece que las normas fiscales que no establezcan cargas a los particulares o excepción a las mismas se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica, y ya no como antes se señalaba "de acuerdo con los fines para los cuales fueron establecidas", que es evidente que fueron establecidas para recuadar, por lo que resultaba totalmente inequitativo interpretarlas de esa forma.

Asimismo, se le dio mayor supletoriedad a las disposiciones del Derecho Federal Común, siempre y cuando su aplicación no sea contraria a la "naturaleza propia del derecho fiscal".

En cuanto a la residencia en Territorio Nacional de las personas físicas, que se introdujo como principal elemento vinculativo para el pago de las contribuciones a partir de 1981, en lugar de la nacionalidad, se reforma el inciso a) de la fracción I del ARTÍCULO 9o. del Ordenamiento en cuestión, para señalar que son residentes en Territorio Nacional las personas físicas que hayan establecido su casa habitación en México, salvo que permanezcan *en otro país* en el año de calendario por más de 183 días naturales consecutivos o no *y acrediten haber adquirido la residencia para efectos fiscales en ese otro país.*

Con lo anterior resulta evidente que se pretenden subsanar las deficiencias que tenía el concepto anterior, ya que era muy sencillo probar la no

residencia en Territorio Nacional y por lo tanto no estar obligado al pago de los Impuestos.

En cuanto al acreditamiento de los Impuestos pagados en el Extranjero que se permite en el ARTÍCULO 6o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta, con el fin de poder determinar su equivalencia en moneda nacional, se reforma el ARTÍCULO 20 del Código Fiscal para señalar que cuando se pretenda acreditar Impuestos pagados en moneda extranjera, se considerará para efectos fiscales el tipo de cambio que rija a la fecha en que se causó el Impuesto que se traslada o bien, en su defecto, en el momento de efectuarse el pago; actualmente el tipo de cambio se fija de acuerdo con la tabla de equivalencia publicada en el Diario Oficial el día 20 de diciembre de 1982 y partiendo del valor que tenga en moneda nacional el tipo de cambio "controlado" a la venta del dólar.

Por lo que respecta a los recargos, se establece que éstos tendrán un límite máximo del 250%, siendo que hasta el 31 de diciembre de 1982 su límite era del 100%.

Lo anterior fue benéfico dentro de lo abultado del porcentaje, ya que antes de las reformas los recargos no tenían límite.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que el ARTÍCULO CUARTO TRANSITORIO de dicho Ordenamiento, señala que aquellos créditos fiscales que hayan alcanzado el 100% de recargos antes del 1o. de enero de 1983, a partir de esa fecha reanudarán su causación, es decir, a partir del mes de enero deberán cubrirse en el año de 1983 5.25% mensual por este concepto.

Aun cuando lo establecido en el párrafo anterior aparentemente resulta retroactivo, hay que tener presente que hay un precedente en materia jurisprudencial, que señala que este tipo de disposiciones no son retroactivas y por lo tanto, violatorias del Artículo 14 Constitucional.

Por otra parte, en el ARTÍCULO 22 se establece que el interés que nos debe pagar el Fisco cuando le solicitemos la devolución de un pago de lo indebido, será también sobre una base igual a la de los recargos, es decir, en 1983 el 5.25% y también tendrá como límite el 250%.

Lo anterior resulta equitativo, con la única salvedad de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público nos paga intereses a partir del cuarto mes siguiente a aquél en que le solicitemos la devolución, y nosotros le pagaremos recargos a partir del día siguiente en que no enteremos ante las Oficinas autorizadas un crédito fiscal.

Sobre este mismo ARTÍCULO nos resta hacer un comentario, en el sentido de que únicamente se considerará que no implica resolución favorable al particular, aquella en que las Autoridades procedan a la devolución señalada como saldo a favor por las declaraciones presentadas por el contribuyente, sin que medie más trámite que la simple comprobación de que se efectuaron los pagos. Anteriormente, es decir, antes de la reforma, se señalaba que la orden de devolución nunca sería considerada como resolución favorable al particular.

Resulta digno de comentarse que se limitan en el ARTÍCULO 31 los casos en que las Autoridades Fiscales podrán rechazar las declaraciones, avisos, solicitud de inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes y demás documentos que exijan las disposiciones fiscales, a aquellos que no contengan el nombre del contribuyente, su clave de Registro Federal de Contribuyentes, su domicilio fiscal, o no aparezcan debidamente firmadas, no se acompañen los anexos, o tratándose de declaraciones, éstas contengan errores aritméticos o la cantidad a pagar no corresponda a la señalada en la declaración.

Esta situación, parece totalmente inadecuada, puesto que los funcionarios que reciben estos documentos, son de inferior jerarquía y no conocen cabalmente las disposiciones fiscales, por lo que a lo único que se presta es a arbitrariedades y molestias al particular.

En cuanto a las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el ARTÍCULO 42, específicamente en su fracción II, se derogó la posibilidad de que la citada Secretaría dentro de sus atribuciones pudiese requerir a los contribuyentes para que comparecieran a sus oficinas a dar contestación, bajo protesta de decir verdad, a las preguntas que se les formularan y a reconocer firmas, documentos, bienes o mercancías; y como consecuencia se derogaron también los ARTÍCULOS 49 y 50 del Ordenamiento que venimos comentando.

Aparentemente la razón de las derogaciones anteriores obedeció a las múltiples protestas del sector privado en relación a la facultad antes comentada, puesto que era totalmente arbitraria, injusta y absurda la facultad que pretendía atribuirse la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, además de que contrariaba abiertamente lo dispuesto por el Artículo 16 de nuestra Constitución.

Por lo que toca a la inconformidad que los contribuyentes pueden presentar en contra de los hechos contenidos en las actas final y complementarias formuladas por la Autoridad como consecuencia del ejercicio de sus facultades de comprobación, se señala únicamente un término para presentar la citada inconformidad que es de 45 días, con la salvedad de que dentro de este mismo término se deberán presentar también las pruebas documentales que se ofrezcan. (ARTÍCULO 54).

Por lo que respecta a la determinación presuntiva a que se refiere el ARTÍCULO 55 del Ordenamiento que se comenta y en específico con la fracción I, se establece que el hecho de oponerse u obstaculizar la iniciación o desarrollo de las facultades de comprobación de las Autoridades Fiscales, no es aplicable a las aportaciones de seguridad social, en relación a que la mencionada oposición u obstaculización da lugar a una determinación presuntiva, situación que es totalmente lógica puesto que es evidente que el Instituto Mexicano del Seguro Social no es una Autoridad para efectos fiscales.

En el ARTÍCULO 64 que se refiere fundamentalmente al orden que debe seguir toda Autoridad en el ejercicio de sus facultades de comprobación y que es prácticamente igual al ARTÍCULO 84-A del Código Fiscal derogado,

se señala también expresamente que lo dispuesto en el ARTÍCULO primeramente citado no es aplicable a las aportaciones de seguridad social por las razones que ya hemos comentado, ni tampoco a las contribuciones sobre ingresos provenientes del Extranjero, puesto que es evidente que la Autoridad en este caso, no tiene elementos de apoyo suficientes para determinar en un momento dado, la situación fiscal del contribuyente que obtiene ingresos de este tipo.

Dentro de las reformas al Código Fiscal nos encontramos que a partir de 1983, ya sea del 1o. de enero o del 1o. de abril, cuando un contribuyente interponga algún Recurso o bien algún Juicio de Nulidad, no cumpliendo con los requisitos que para ello establecen los ARTÍCULOS 122, 123 y 208 y en el caso de la Autoridad Demandada el ARTÍCULO 213, la Autoridad que conozca del Recurso o bien el Magistrado Instructor de la Sala correspondiente del Tribunal Fiscal de la Federación, los requerirá para que en un término de 5 días cumplan con los requisitos omitidos, teniéndose en caso contrario, es decir de no cumplimentar el escrito o la demanda dentro del término antes señalado, por no presentado el Recurso o la Demanda correspondiente.

Esta reforma nos parece acertada, ya que se pretende suavizar al máximo posible los procedimientos ante la Autoridad, con el fin de no hacer tan estricto el proceso fiscal administrativo o contencioso.

Otra Reforma digna de comentarse es la que se llevó a cabo al ARTÍCULO 129, en relación con el Recurso de Nulidad de Notificaciones, el que se reestructura totalmente ya que tal y como se pretendía establecer en el Código Fiscal antes de sus reformas, era total y absolutamente inoperante, puesto que aun cuando se promoviera el Recurso a que nos estamos refiriendo, se debía forzosamente promover el Recurso en cuanto al fondo del asunto, sin que en ningún momento el plazo fuera suspendido.

Resulta interesante comentar que se derogaron los ARTÍCULOS 138 y 256, que establecían las notificaciones por correo certificado, tanto en el procedimiento administrativo como en el contencioso, y que se pretendía que se tuviesen como legalmente hechas, por el simple hecho de que se dirigiera la pieza postal al último domicilio manifestado para efectos del Registro Federal de Contribuyentes, lo que podía traer como consecuencia el llegar al absurdo de que aun cuando el sobre estuviera vacío, la notificación por el simple hecho de ser dirigida al último domicilio, se tuviera por legalmente hecha.

Por otra parte y en relación a los gastos de ejecución que están obligados las personas físicas o morales a pagar, se reestructura totalmente el ARTÍCULO 150 del Ordenamiento que venimos comentando, en el sentido de señalarse que los citados gastos de ejecución se harán efectivos mediante el procedimiento administrativo de ejecución, y que por otra parte en los términos del ARTÍCULO 142, no se podrán garantizar por ninguno de los medios establecidos en el propio Código Fiscal, es decir, se deberán cubrir

de inmediato, siendo la única excepción a esta regla general, la señalada en el tercer párrafo del propio ARTÍCULO 150 que dice que únicamente se podrán dejar de cubrir cuando se interponga el Recurso de Oposición al Procedimiento Administrativo de Ejecución.

Resulta conveniente resaltar que se establecen también como gastos de ejecución, en el propio ARTÍCULO 150, las llamadas "erogaciones extraordinarias" que son aquéllas que comprenden los gastos de transporte y depósito de los bienes así como los de impresión y publicación de Convocatorias y los honorarios de los Depositarios y de los Peritos.

Aun cuando aparentemente estas erogaciones no son gastos de ejecución propiamente dichos, en los términos del ARTÍCULO 5o. del propio Código, consideramos que se debe entender en el sentido de que también forman parte integrante de los mencionados gastos.

Haciendo eco de palabrerías, en el propio ARTICULO 150 se señala que los gastos de ejecución se destinarán en primer lugar a las Autoridades Fiscales que hayan intervenido y en segundo lugar "a financiar los programas de formación de funcionarios fiscales". Ojalá y realmente se cumpla con esta disposición.

Otro concepto digno de comentarse es el relativo a la reforma que sufrió el ARTÍCULO 197, incluido dentro del TÍTULO VI "Del Procedimiento Contencioso Administrativo" (Juicio de Nulidad) en el que se señala claramente que el Código Federal de Procedimientos Civiles puede aplicarse a falta de disposición expresa y siempre que la disposición que se pretenda aplicar supletoriamente se avenga al procedimiento contencioso establecido en el propio Código.

Esta reforma no tiene otra razón de ser, más que el reconocimiento que se venía dando desde 1967 a la supletoriedad del citado Código Federal de Procedimientos Civiles y que por razones absurdas no se había contemplado en el proyecto inicial.

También resulta digna de comentarse la reforma que sufrió el ARTÍCULO 125, en el que se plasmaba que la Autoridad Demandada en el Juicio podía, hasta antes del cierre de la instrucción, revocar la resolución impugnada dictando una nueva en la que se subsanaran los vicios impugnados, situación que era totalmente inequitativa y que rompía con el principio fundamental en materia procesal, de la igualdad entre las partes. Razonablemente se derogó esta posibilidad y a partir del 1o. de abril de 1983 ya no será posible el que nos encontremos ante este supuesto normativo.

Por último, se ampliaron los supuestos en que se puede interponer el Recurso de Reclamación establecido en el ARTÍCULO 242, pero sin embargo desgraciadamente no se reformó como consecuencia el ARTÍCULO 248 relativo al Recurso de Revisión que pueden interponer las Autoridades Demandadas, puesto que a partir del propio 1o. de abril de 1983, la Autoridad Demandada podrá optar en determinados casos, específicamente cuando se

niegue el sobreseimiento del Juicio, entre interponer el propio Recurso de Reclamación o el de Revisión.

Como conclusión sobre este Ordenamiento sólo nos resta comentar que quizá no era necesario que se elaborara un nuevo Código Fiscal de la Federación, sino más bien el que se le efectuaran las reformas pertinentes al Código ya derogado, que contenía principios jurídicos bien estructurados y no, como lamentablemente sucede, principios absurdos que se establecen en el Ordenamiento que acabamos de comentar.

4. LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS

En la iniciativa de reformas se señala que el Ejecutivo Federal consideró indispensable introducir reformas estructurales a la Ley que a continuación comentaremos. Asimismo, en la iniciativa se señala que las reformas propuestas se justifican, en virtud de que al haberse agrupado en una sola Ley diversos Impuestos, se optó por gravar sólo la primera etapa de comercialización de los bienes, pero que sin embargo, algunos sectores establecieron empresas intermedias con el objeto de manipular precios, por lo que se propone gravar absolutamente todas las etapas de comercialización de los bienes objeto del Impuesto.

Antes de entrar en materia resulta conveniente comentar que la Ley cuyas reformas analizaremos, tiene por objeto el gravar las enajenaciones o importaciones de aguas envasadas y refrescos en envases cerrados; de jarabes o concentrados para preparar refrescos en envases abiertos; de concentrados, polvos, jarabes, esencias o extractos destinados al consumidor final; de cerveza; de vinos de mesa, sidras, rompopes, vinos aromatizados, quinados, generosos y vermouts; el aguardiente; gas avión; los tabacos labrados y la gasolina; así como la prestación de los servicios consistentes en seguros de vida; servicio telefónico y de energía eléctrica.

La Ley que nos ocupa no fue reformada sustancialmente, sino únicamente tal y como lo señala la propia Iniciativa en forma estructural, por lo que sólo resulta digno de comentarse el que a partir del 1o. de enero de 1983 los contribuyentes de este Impuesto estarán obligados a trasladarlo en forma expresa y por separado, y como consecuencia se establece al igual que en el Impuesto al Valor Agregado el fenómeno del "acreditamiento', reformándose por lo tanto los ARTÍCULOS 4o. y 5o. del citado Ordenamiento.

Por último y por ser una hipótesis que consideramos muy importante, en la fracción IV del ARTÍCULO 8o. de la Ley se señala que se encuentran exentas del pago del Impuesto las enajenaciones que se realicen al público en general, salvo que el enajenante sea el productor, envasador o importador.

Para los efectos de esta Ley se considera público en general, a aquél que en el documento en que conste el valor de la contraprestación pactada no

se traslade en forma expresa y por separado el Impuesto que venimos comentando y el del Valor Agregado.

Como consecuencia de lo anterior, en la fracción II del ARTÍCULO 19 de la citada Ley, relativo a las "Obligaciones de los Contribuyentes", se señala que cuando se enajenen bienes al público en general no se estará obligado a efectuar la separación expresa del monto de este gravamen.

Desgraciadamente no tenemos un concepto idóneo, desde un punto de vista estrictamente fiscal de lo que debemos entender para efectos de este gravamen por "público en general", por lo que sería conveniente que en el propio Reglamento de este Impuesto se especificara qué se debe entender por tal.

Como conclusión podemos señalar que la reforma estructural de este Impuesto fue básicamente el de convertirlo en un Impuesto al Valor Agregado, puesto que la técnica del mismo es exactaamente igual a la señalada en el citado gravamen; quizá porque como ya lo hemos mencionado con anterioridad, es más fácil para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el llevar a cabo una fiscalización más idónea y profunda sobre este tipo de Impuestos, que sobre los llamados Impuestos directos.

CONCLUSIONES:

De lo antes expuesto podemos concluir que las tres principales razones de las reformas llevadas a cabo en materia fiscal federal y que regirán a partir del 1o. de enero de 1983, son las siguientes:

PRIMERA.—"MAYOR RECAUDACIÓN". En efecto, tal como lo señalamos al inicio del presente trabajo, la recaudación de contribuciones a nivel federal en el ejercicio de 1983 se pretende que sea superior en más de un 100% a la que se pretendió llevar a cabo en el ejercicio de 1982, quizá con el objeto de cubrir el Presupuesto en su mayor parte con ingresos internos y no recurriendo a financiamientos externos, que han sido totalmente perjudiciales para la economía del país.

SEGUNDA.—"GLOBALIZACIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS". Ya que se pretende que sea en última instancia, la persona física la que cubra los Impuestos y por eso se recurrió en una forma casi total, al fenómeno llamado de la "transparencia fiscal".

TERCERA.—"FISCALIZACIÓN". Se pretende llevar a cabo un control más efectivo de los contribuyentes de los diversos Impuestos, tanto Directos como Indirectos a nivel federal, creándose un Capítulo especial en el Código Fiscal, relativo a las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, señalándose quizá en un tono amenazador en el ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO TRANSITORIO de las reformas que hemos comentado, que

dicha Secretaría iniciará un programa de comprobación permanente de las obligaciones fiscales de los contribuyentes más importantes del país, incluyendo tanto a las empresas públicas, como a las privadas; cumpliendo con este programa mediante la realización de visitas domiciliarias, según lo amerite la situación fiscal del contribuyente y su importancia en relación con la recaudación.

ANÁLISIS DE LAS REFORMAS A LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERCIÓN DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1982

EDUARDO DE IBARROLA

Con fecha 29 de diciembre de 1982 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto del Congreso de la Unión expedido el 22 del mismo mes y año por el cual se reforma y adiciona la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. (En lo sucesivo, cuando se haga mención de la Ley, se entenderá referida a ésta).

Estas enmiendas legislativas configuran la nueva organización administrativa del Poder Ejecutivo Federal que inició su gobierno el primero de diciembre de 1982. Consideramos que la reciente estructura de la Administración Pública Federal que aquí se plantea, es de suma importancia dada la trascendencia de las reformas en lo que a la organización competencial de la Administración Pública Federal se refieren. Cabe destacar la amplitud de la reforma pues sólo la Secretaría de la Defensa Nacional, la Secretaría de Marina y el Departamento del Distrito Federal quedaron sin ninguna modificación.

A continuación se analizarán los cambios sufridos por la Ley mismos que de conformidad con el artículo primero transitorio del decreto en cuestión, entraron en vigor a partir del día 1o. de enero de 1983.

ARTÍCULO 6.—El primer párrafo de este artículo que reglamenta la integración del llamado "Consejo de Ministros" para los efectos de la suspensión de garantías queda igual.

Por lo que hace al segundo párrafo de este artículo, que se refería a las reuniones del Presidente de la República con los Secretarios de Estado y Jefes de Departamentos Administrativos competentes, para definir o evaluar la política del gobierno federal en materias concurrentes de varias dependencias, pasó con algunas modificaciones al artículo 7o.

ARTÍCULO 7.—El nuevo texto se refiere a las reuniones de gabinete para *definir* o *evaluar* la política del Gobierno Federal en materias concurrentes de varias dependencias o entidades. Además de que prevé la participación de

otros "... funcionarios competentes" aparte de los Secretarios de Estado y Jefes de Departamentos Administrativos con lo cual se abre la posibilidad de que participen las entidades de la dministración Pública Paraestatal. La Ley crea ahora el *Secretariado Técnico* de dichas reuniones de Gabinete, mismo que estará adscrito a la Presidencia de la República.

Por Acuerdo Presidencial publicado en el Diario Oficial el 19 de enero de 1983 se creó la Dirección General del Secretariado Técnico de Gabinetes de la Presidencia de la República, cuyo titular será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República.

El Acuerdo señala la creación de los siguientes gabinetes especializados:

I. ECONOMÍA.

Integrado por los littulares de las siguientes Secretarías:

– Hacienda y Crédito Público
– Programación y Presupuesto
– Contraloría General de la Federación
– Energía, Minas e Industria Paraestatal.
– Comercio y Fomento Industrial
– Trabajo y Previsión Social.

II. ASUNTOS AGROPECUARIOS.

Integrado por los titulares de las siguientes Secretarías:

– Agricultura y Recursos Hidráulicos
– Hacienda y Crédito Público
– Programación y Presupuesto
– Contraloría General de la Federación
– Comercio y Fomento Industrial
– Reforma Agraria.

III. SALUD.

Integrado por los titulares de las siguientes dependencias y entidades:

– Salubridad y Asistencia
– Programación y Presupuesto
– Contraloría General de la Federación
– Instituto Mexicano del Seguro Social
– Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado
– Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

IV. COMERCIO EXTERIOR.

Integrado por los titulares de las siguientes Secretarías:

– Comercio y Fomento Industrial
– Relaciones Exteriores
– Hacienda y Crédito Público
– Programación y Presupuesto
– Contraloría General de la Federación
– Energía, Minas e Industria Paraestatal.

El Presidente queda facultado para ordenar la integración de otros gabinetes especializados.

Cada Gabinete contará con un secretariado técnico que dependerá funcional y administrativamente del Director General del Secretariado Técnico de Gabinetes.

Cabe señalar que conforme al Acuerdo Presidencial en estudio, los expedientes de la antes oficina de Asesores del Presidente de la República pasarán a esta Dirección General.

Por último, el texto anterior de este artículo 7o., mismo que desapareció, señalaba que para el ejercicio de sus atribuciones el Presidente contaría con los Departamentos Administrativos que determine la ley. Su desaparición en nada afecta pues además de ser innecesario ya que estaba previsto en el artículo 90 Constitucional, se encuentra también en el contenido del actual artículo 26 de la Ley.

ARTÍCULO 8o.–Se establece que el Ejecutivo podrá contar con unidades de:

– Asesoría
– Apoyo Técnico
– Coordinación.

Estas unidades se crearán por determinación del Ejecutivo de acuerdo con el presupuesto asignado a la Presidencia de la República.

Desaparece la mención expresa que se hacía en la Ley a las unidades de asuntos jurídicos, de reforma administrativa y de difusión y relaciones públicas y la mención de que las otras unidades que se crearan serían para atender las áreas prioritarias. En este sentido, el texto actual amplía el de la legislación anterior, aun cuando en el fondo la situación es similar, pues permanece la facultad del Ejecutivo de crear estas unidades administrativas en la Presidencia de la República.

Además de la Dirección General del Secretariado Técnico de Gabinetes que ya comentamos antes, con la misma fecha de publicación en el Diario

Oficial (19 de enero de 1983) apareció el Acuerdo que creó la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República. A esta Dirección General pasaron los asuntos y recursos que antes se destinaban a la Unidad de Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República creada implícitamente por el Acuerdo publicado en el Diario Oficial el 3 de enero de 1977.

Dentro de sus importantes funciones, que en síntesis consisten en la opinión jurídica al Presidente sobre las iniciativas y sobre las normas que a éste corresponde expedir, incluyendo las resoluciones agrarias, así como su control y registro, destaca la de participar en los procesos de modernización y adecuación del orden jurídico que rige a la Administración Pública Federal y en los *procesos* que se realicen para abatir el *exceso de regulación* (Artículo 1o., fracción IV).

El Acuerdo crea con carácter permanente la Comisión de Estudios Jurídicos integrada por los directores generales de asuntos jurídicos de las *dependencias* de la Administración Pública Federal Centralizada, coordinada por el titular de la Dirección General que nos ocupa.

En suma, su objeto consistirá en revisar el orden jurídico que rige a la Administración Pública Federal para *simplificarlo* y reducir el *exceso de regulaciones.*

En relación a estas unidades de asesoría, apoyo técnico y coordinación previstas por este artículo de la Ley, similar en su contenido al texto anterior, por diversos Acuerdos Presidenciales publicados también el 19 de enero de 1983 se derogaron las disposiciones que dieron origen a:

– Cordinación General del Sistema Nacional de Evaluación.

– Coordinación de Proyectos de Desarrollo.

– Unidad de Coordinación General de Programa para Productos Básicos.

– Coordinación de Servicios de Salud Pública.

– Coordinación para el Desarrollo de Centros Turísticos.

– Unidad de Coordinación General de Estudios Administrativos.

ARTÍCULO 9.–Se establece que las dependencias y entidades conducirán sus actividades en forma programada, con base en las políticas que establezca el Ejecutivo Federal para el logro de objetivos y prioridades de la planeación nacional del desarrollo.

En rigor sólo cambia la redacción del precepto y desaparece la mención de que las dependencias elaborarán sus programas considerando las acciones de

ámbito sectorial que les correspondan, disposición que había sido adicionada a la Ley por reformas publicadas el 4 de enero de 1982.

ARTÍCULO 22.–Se faculta al Ejecutivo Federal a celebrar *convenios de coordinación de acciones* con los Gobiernos Estatales y Municipales con objeto de favorecer el desarrollo integral de las propias entidades federativas.

La reforma faculta al Presidente a celebrar convenios con los Municipios situación que antes no se encontraba prevista. Sin embargo, estos convenios con los Municipios deberán contar en los *casos necesarios,* con la participación de los Gobiernos Estatales.

Por otro lado, el texto de la reforma es más general con respecto a su antecedente ya que en éste se citaban algunos de los objetivos de dichos convenios pero sólo a manera enunciativa, no limitativa. En realidad salvo la modificación arriba citada las demás sólo son de redacción.

ARTÍCULO 25.–Se establece la obligación que tienen las dependencias de proporcionar informes, datos o cooperación técnica a otra dependencia, "atendiendo en lo correspondiente a las normas que determine la Secretaría de la Contraloría General de la Federación".

La modificación que sufrió este precepto radica en la condición impuesta de observar "...en lo correspondiente" las normas de la nueva Secretaría de la Contraloría General de la Federación ya que en el texto anterior los informes, datos y cooperación técnica que debían proporcionarse entre sí las diversas dependencias no estaban sujetos a las normas que expidiese alguna otra autoridad, aun cuando en todo caso debía entenderse que los mismos se proporcionaban en los términos de ley. Es decir una dependencia no podría exigir de otra apoyos no previstos o permitidos por las leyes.

ARTÍCULO 24.–Enumera las dependencias con las que contará el Poder Ejecutivo para el estudio, planeación y despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, a saber:

– Secretaría de Gobernación
– Secretaría de Relaciones Exteriores
– Secretaría de la Defensa Nacional
– Secretaría de Marina
– Secretaría de Hacienda y Crédito Público
– Secretaría de Programación y Presupuesto
– Secretaría de la Contraloría General de la Federación
– Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal
– Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
– Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos
– Secretaría de Comunicaciones y Transportes
– Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología

– Secretaría de Educación Pública
– Secretaría de Salubridad y Asistencia
– Secretaría del Trabajo y Previsión Social
– Secretaría de la Reforma Agraria
– Secretaría de Turismo
– Secretaría de Pesca
– Departamento del Distrito Federal

En la reforma se prevé la creación de cuatro nuevas Secretarías:

– Contraloría General de la Federación
– Energía, Minas e Industria Paraestatal
– Comercio y Fomento Industrial
– Desarrollo Urbano y Ecología

Ahora bien, las tres últimas son producto de la transformación de las antes Secretarías de:

– Patrimonio y Fomento Industrial
– Comercio
– Asentamientos Humanos y Obras Públicas

Por lo que la única realmente nueva es la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Ello nos da un total de 18 Secretarías de Estado y 1 Departamento Administrativo. Antes de la reforma, la ley preveía la existencia de 17 Secretarías y 1 Departamento Administrativo.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

ARTÍCULO 27.–Se refiere a las facultades de la *Secretaría de Gobernación* reformándose lo siguiente:

Fracción III.–Publicar el Diario Oficial de la Federación. Se le excluye la expresión de administrarlo, que se preveía, tanto en la Ley de Secretarios y Departamentos de Estado de 1958 como en el texto original de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. No obstante, se estima que la facultad de publicar el Diario Oficial, presupone la de administrarlo, por lo que el cambio no se considera sustancial.

Fracción IX.–Se adecúa su texto a la reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial del 28 de diciembre de 1982 relativa a la responsabilidad de los servidores públicos, por lo que desaparece la facultad que tenía esta Secretaría de intervenir en la destitución de los funcionarios judiciales.

Fracción XX.–Se faculta a la Secretaría para promover la producción cinematográfica, de radio y televisión y la industria editorial. Es importante hacer notar que esta facultad correspondía conforme al texto anterior de la Ley a la Secretaría de Educación Pública, a la que ahora, conforme al artículo 38, fracción XXIX reformado, sólo compete establecer los criterios educativos y culturales en la producción cinematográfica, de radio y televisión y en la industria editorial.

Fracción XXV.–Se faculta a la Secretaría para formular y conducir la política de *población,* salvo lo relativo a colonización, asentamientos humanos y turismo. El texto anterior era idéntico excepto por lo que hace a la palabra población que antes era "demográfica".

Fracción XXVI.–Se refiere a la defensa y prevención social contra la delincuencia. El texto es igual al reformado salvo por dos insignificantes modificaciones:

a) Se pone con minúsculas "...defensa y prevención social contra la delincuencia..." que antes estaba "...Defensa y Prevención Social..." (sic).

b) Se faculta a la Secretaría a "...*participar* conforme a los tratados relativos en el translado de reos a que se refiere el quinto párrafo del Artículo 18 Constitucional" y antes en lugar de la palabra "participar" estaba la de "intervenir".

Fracción XVII.–La ley reformada facultaba a la Secretaría además de fijar el Calendario Oficial, a regular las vacaciones y horarios de trabajo de los trabajadores de la Administración Pública Federal. Estas dos últimas atribuciones desaparecen de la Secretaría de Gobernación y pasan a la Secretaría de Programación y Presupuesto, según se establece en la nueva fracción X del Artículo 32 de la Ley.

Fracción XXIX.–Se establece que la Secretaría de Gobernación es la facultada para *conducir* la política interior que competa al Ejecutivo y no se atribuya expresamente a otra dependencia. La Ley reformada hablaba de *intervenir* y no de *conducir* como se señala ahora. Por lo demás el texto permanece igual.

Fracción XXX.–Esta importante fracción contiene una disposición nueva que faculta a la Secretaría a "Formular, regular y conducir la política de comunicación social del Gobierno Federal y las relaciones con los medios masivos de información".

Fracción XXXI.–Igualmente, se contiene una nueva disposición que faculta a esta dependencia a "Orientar, autorizar, coordinar, supervisar y evaluar los programas de comunicación social de las dependencias del Sector Público Federal".

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES

ARTÍCULO 28.–Se refiere a las facultades de la Secretaría de Relaciones Exteriores y se reformó solamente la Fracción I a fin de que esta dependencia promueva, propicie y asegure la coordinación de acciones en el exterior de todas las demás dependencias y entidades federales. Por otro lado, sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, Relaciones Exteriores deberá conducir la política exterior, para lo cual conserva la facultad de intervenir en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte.

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

ARTÍCULO 31.–Contiene las atribuciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Pblico.

A pesar de que el Decreto de reformas y adiciones a la Ley, señala en su artículo primero que se reforma totalmente este artículo, no todas las fracciones cambiaron, por lo que sólo se hará referencia a aquellas que sufrieron alguna modificación.

Tal es el caso de:

Fracción IV.–Contiene la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de determinar criterios y montos de los estímulos fiscales, comprendiendo también ahora aquellos que se refieran al comercio exterior y que antes era una atribución de la entonces Secretaría de Comercio aun cuando sujeta a la previa opinión de esta Secretaría.

Fracción VI.–Se conserva la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de proyectar y calcular los ingresos de la Federación y del Distrito Federal.

La reforma faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a proyectar y calcular los ingresos de las *entidades* de la Administración Pública Federal Paraestatal, atribución que conforme a la ley reformada correspondía a la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Se adicionó además la disposición de que en el proyecto y cálculo de los ingresos de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, se deberán considerar las necesidades del gasto público federal que prevea la Secretaría de Programación y Presupuesto, la utilización razonable del crédito público y la sanidad financiera del sector público.

Los ingresos deben ser suficientes para financiar los egresos, cuya determinación corersponde a la Secretaría de Programación y Presupuesto, por ello las necesidades del gasto las preverá esta dependencia y con dicha base, Hacienda y Crédito Público proyectará y calculará los ingresos.

Fracción VII.–Con motivo de la nacionalización bancaria se faculta a esta dependencia a planear, cordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país que comprende al Banco Central, a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio público de banca y crédito.

Fracción IX.–Como una adecuación de carácter técnico se reformó esta fracción que antes establecía la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de *intervenir* en todas las operaciones en que se haga uso del crédito público, para establecer ahora que esta dependencia *realizará* o *autorizará* todas las operaciones en que se haga uso del mismo.

Fracciones XIII.–Atento a lo ya comentado en la fracción VII relativa al sistema bancario nacional, esta fracción que antes incluía a las instituciones de crédito, ahora menciona solamente que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ejercerá las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y organizaciones auxiliares de crédito.

Fracción XIV.–Continúa con la facultad que tiene esta Secretaría de representar el interés de la Federación en las controversias fiscales, y se reconoce que ahora sólo *cordinará* la representación del Departamento del Distrito Federal en este tipo de controversias, ya que conforme a la ley reformada se establecía que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público también intervenía en la representación del propio Departamento en controversias fiscales.

Fracción XV.–Se agrega esta nueva e importante disposición que faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a establecer y revisar los precios y tarifas de los bienes y servicios de la Administración Pública Federal.

Igualmente la Secretaría podrá establecer y revisar las bases para fijar dichos precios y tarifas.

Para todo lo anterior, la Secretaría deberá escuchar la opinión de las Secretarías de Programación y Presupuesto y de Comercio y Fomento Industrial, con la participación de las dependencias que corresponda.

Fracción XVI.–Esta última fracción se encuentra redactada en términos si-

milares para todas las dependencias previstas por la Ley. Se refiere a que además de las facultades anteriores la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (pero es aplicable a todas) tendrá las demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos.

Es difícil sostener la constitucionalidad de reglamentos que otorguen más facultades a las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada, pues conforme al artículo 90 de nuestra Constitución es el *Congreso* a través de leyes o decretos y no el Ejecutivo mediante reglamentos, quien distribuye entre aquéllas los negocios del orden administrativo de la Federación.

Consideramos que en estricto rigor constitucional, a lo más que podría llegar el Ejecutivo Federal en lo que toca a la atribución de competencia de las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada, es a ejercitar la facultad contenida en el artículo 24 de la Ley, para resolver en casos de duda, a qué dependencia compete algún asunto.

Sin embargo dicha determinación será sólo para efectos administrativos, pues en el caso de alguna controversia en la que se afectaran derechos de particulares, la definición de la competencia en casos dudosos corresponderá hacerla al Poder Judicial Federal y si el problema no es de duda, sino de la existencia de alguna laguna legal, consideramos que la competencia se inclinaría en favor de la Secretaría de Gobernación debido a su facultad genérica de conducir la política interior (27, XXIX) o bien a la Secretaría de Relaciones Exteriores en caso de asuntos internacionales (28, I).

Por el contrario, es perfectamente válido y además frecuente, que otras leyes diferentes a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, otorguen facultades a las dependencias federales, aun cuando es deseable y conveniente desde el ángulo de la buena técnica legislativa, que en esta Ley se contenga un catálogo completo de las facultades de las dependencias de la Administración Pública Federal.

Las fraccionesI, relativa a los proyectos de leyes y disposiciones impositivas; II, relativa al cobro de los ingresos federales; III, relativa al cobro de los ingresos del Departamento del Distrito Federal; V, sobre la dirección de los servicios aduanales y la policía fiscal de la Federación; VIII, sobre la práctica de inspecciones en almacenes; X, relativa al manejo de la deuda pública de la Administración Pública Federal; XI, sobre la dirección de la política monetaria y crediticia del país y XII que contiene la facultad de administrar las casas de moneda y ensaye quedaron en los mismos términos en que se encontraban establecidas en la norma que se derogó.

SECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN Y PRESUPUESTO

ARTÍCULO 32.—Este precepto contiene las atribuciones de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Fracciones I, II y III.—Estas tres primeras fracciones se refieren a las atribuciones de la Secretaría de Programación y Presupuesto en materia de planeación nacional y regional del desarrollo.

Salvo algunas modificaciones en la terminología y redacción, los preceptos son similares a los contenidos en la disposición que se reforma.

Una importante innovación consiste en que se prevé expresamente la participación de los gobiernos estatales y municipales en la planeación regional.

Fracción IV.—Esta disposición le otorga a la Secretaría de Programación y Presupuesto la facultad de coordinar las acciones que el Ejecutivo Federal convenga con los gobiernos locales para el desarrollo integral de las diversas regiones del país.

Fracción V.—Se faculta a la Secretaría para proyectar y calcular los egresos, tanto de la Administración Pública Federal Centralizada como de la Paraestatal. Esta facultad se sujeta a dos condiciones:

- Los egresos deberán ser compatibles con la disponibilidad de recursos que *señale* la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Los egresos deberán atender a las necesidades y políticas del desarrollo nacional.

Ya antes se analizó la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público prevista en el artículo 31, fracción VI de la Ley. Ahí se determina que es ésta dependencia la que proyecta y calcula los ingresos, considerando las necesidades del gasto público federal que prevea la Secretaría de Programación y Presupuesto.

La fracción que nos ocupa, al facultar a la Secretaría de Programación y Presupuesto a proyectar y calcular los egresos de la Administración Pública Federal, le impone la obligación de que éstos sean compatibles con la disponibilidad de recursos que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De la conjugación de ambos preceptos parece desprenderse que es ahora la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la que tendrá un mayor peso en la fijación de la política financiera del país al fijar los ingresos y dar la pauta con base en éstos, a la determinación de los egresos. Es decir, al parecer hay una tendencia hacia que éstos queden condicionados a aquéllos.

Ahora bien, la constante dialéctica entre las necesidades de gasto y las posibilidades de financiamiento que se refleja en la acción de dos dependencias: Secretaría de Programación y Presupuesto y Secretaría de Hacienda y Crédito Público es superada por las determinaciones que sobre el particular adopte el titular del Ejecutivo al enviar al Poder Legislativo los proyectos anuales de Presupuesto de Egresos y de Ley de Ingresos y es este poder quien toma la decisión definitiva, la Cámara de Diputados al aprobar el Presupuesto de Egresos y el Congreso de la Unión al expedir la Ley de Ingresos.

Ante la necesidad de una completa correlación entre el egreso y el ingreso, es incomprensible que permanezca en nuestra Constitución como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados (sin que participe el Senado lo que sí se hace al definir los ingresos) la aprobación del Presupuesto de Egresos (Artículo 74, fracción IV de la Constitución).

Por otro lado, con fecha 26 de enero de 1983 fue publicado en el Diario Oficial un Acuerdo Presidencial por el que se modifica el que creó la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento creada mediante Acuerdo publicado el 24 de agosto de 1979.

La Comisión quedará integrada ahora por los Secretarios de Programación y Presupuesto; de Hacienda y Crédito Público y de la Contraloría General de la Federación; por dos Subsecretarios de Programación y Presupuesto y de Hacienda y Crédito Público y uno de la Contralogía General de la Federación sin que se puedan designar representantes suplentes.

El objeto de la Comisión es garantizar una adecuada compatibilidad de los programas financieros y de gasto público y del control y evaluación de la gestión presupuestal.

Fracción X.—Se faculta a la Secretaría de Programación y Presupuesto para establecer normas, lineamientos y políticas en materia de administración, remuneraciones, capacitación y desarrollo de personal. Igualmente será la dependencia encargada de cordinar y vigilar la operación del "Sistema General de Administración y Desarrollo de Personal del Poder Ejecutivo Federal". Esto con miras a establecer un servicio público de carrera en el país, según se expresa en la exposición de motivos de la iniciativa.

Fracción XII.—Se le otorga a la Secretaría de Programación y Presupuesto la facultad de regular la planeación, programación, presupuestación, ejecución y evaluación de las obras públicas que realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Perdió en favor de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación la facultad de *control* de las obras que tenía conforme a la ley anterior.

Fracción XIII.—Se refiere a la facultad que tiene la Secretaría de Programación y Presupuesto para emitir o autorizar los catálogos de cuentas para la contabilidad del gasto público federal, con la única variante de que esto lo debe hacer en consulta con la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Por otro lado conserva las facultades de consolidar los estados financieros que emanen de las contabilidades de las entidades comprendidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEMEX, CFE, etc.) y formular la Cuenta Anual de la Hacienda Pública Federal.

Fracción XIV.—Esta disposición otorga una nueva facultad a la Secretaría

de Programación y Presupuesto por medio de la cual ésta deberá establecer la política y las directrices que apruebe el Presidente de la República para la modernización administrativa de carácter global, sectorial e institucional, que orienten a los Secretarios de Estado y Jefes de Departamento Administrativo en la determinación y ejecución de acciones que autoricen en el ámbito de su competencia.

Esta facultad correspondía antes a la Coordinación General de Estudios Administrativos atento a lo dispuesto en el artículo 3o. del Acuerdo publicado en el Diario Oficial de 24 de abril de 1979 por el que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal adecuarán sus planes, sistemas, estructuras y procedimientos conforme al proceso permanente, programado y participativo de reforma administrativa.

Dicha Coordinación General desapareció al derogarse el Acuerdo Presidencial que la creó, según aparece publicado en el Diario Oficial de 19 de enero de 1983.

Por otro lado, en el nuevo Reglamento Interior de esta Secretaría publicado en el Diario Oficial de 25 de enero de 1983 se crea la Unidad de Modernización de la Administración Pública cuyas funciones serán las de diseñar la política y las directrices para la modernización administrativa de carácter global, sectorial e institucional y para la descentralización y desconcentración administrativa, así como promover y evaluar los estudios que optimicen las estructuras y funciones de la Administración Pública Federal y dictaminar sobre la viabilidad y conveniencia de las propuestas a los cambios de organización que impliquen modificaciones a la estructura orgánica básica de las dependencias y entidades.

Fracción XV.—Se prevé en la Ley la facultad de la Secretaría de Programación y Presupuesto de someter a la consideración del Presidente de la República, los cambios a la organización que determinen los titulares de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, que impliquen modificaciones a su estructura orgánica básica y que deban reflejarse en su reglamento interior.

Esta facultad contiene algunas diferencias importantes con respecto a la prevista en el Acuerdo antes invocado publicado el 24 de abril de 1979 ya que según éste, los titulares de las dependencias sometían al Ejecutivo Federal los proyectos de reformas administrativas institucionales, salvo que dichos proyectos requirieran recursos presupuestales adicionales, en cuyo caso la Secretaría de Programación y Presupuesto era la que los sometía a la consideración del Presidente de la República. Ahora cualquier proyecto de reforma administrativa a la estructura orgánica básica de una dependencia, que deba reflejarse en su Reglamento Interior, deberá ser sometido a la consideración del Presidente de la República por la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Fracción XVI.—Le otorga a la Secretaría la facultad de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de las disposiciones en materia de planeación nacional, programación, presupuestación, contabilidad y evaluación.

La facultad contenida en la norma anterior ahora derogada, hacía referencia a "comprobar" en lugar de "vigilar"; a "planeación" en lugar de "planeación nacional" y a "control" en lugar de "contabilidad".

Fracción XVIII.—Se le otorga a la Secretaría de Programación y Presupuesto la facultad de dictar las normas para las adquisiciones de toda clase que realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, escuchando la opinión de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, así como a dictar las normas y procedimientos para el manejo de:

- almacenes
- inventarios
- avalúos y baja de maquinaria, equipo, instalaciones industriales y los demás bienes muebles patrimonio de la Administración Pública Federal.

Esta facultad correspondía a la entonces Secretaría de Comercio; la que ahora convertida en Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, sólo opinará con respecto a las normas que expida la Secretaría de Programación y Presupuesto para las adquisiciones de bienes muebles por parte de la Administración Pública Federal.

Además, se le otorga a la Secretaría de Programación y Presupuesto la facultad de expedir normas sobre avalúos de instalaciones industriales.

Las fracciones VI, relativa al programa de gasto público y a los proyectos de Presupuestos de Egresos Federal y del Distrito Federal; VII, relativa a la autorización de programas de inversión; IX, relativa a la verificación de la inversión de los subsidios; XI, relativa a los lineamientos de la documentación necesaria para la formulación del informe presidencial y XVII relativa a los servicios nacionales de estadística, de información geográfica y a la normatividad de los servicios de informática quedaron en los mismos términos en que se encontraban establecidas en la norma que se derogó.

SECRETARÍA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA FEDERACIÓN

ARTÍCULO 32 BIS.—Este precepto se adicionó a la Ley con objeto de establecer las facultades de la nueva Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

El Reglamento Interior de esta dependencia fue publicado en el Diario Oficial de 19 de enero de 1983.

Fracción I.—Faculta a esta nueva dependencia a planear, organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental. Esta atribución correspondía antes en términos generales a la Secretaría de Programación y Presupuesto y a la Coordinación General del Sistema Nacional de Evaluación de la Presidencia de la República cuya creación fue publicada en el Diario Oficial el 21 de octubre de 1977, ahora desaparecida según acuerdo publicado en el Diario Oficial de 19 de enero de 1983. Estas facultades genéricas de control y evaluación tendrán que ser armonizadas con das mismas facultades, aunque específicas, que tienen otras dependencias como veremos a continuación:

Como ejemplos de lo anterior podemos citar que la Secretaría de Programación y Presupuesto conserva la facultad de llevar a cabo las "...tramitaciones y registros que requiera la evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los presupuestos de egresos" (Artículo 32 fracción VIII, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal) y regular la evaluación de las obras públicas que realicen las dependencias y entidades (Artículo 32 fracción XII, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

Igualmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público conserva la facultad de evaluar los resultados de los estímulos fiscales (Artículo 31 fracción IV, de la Ley) y de vigilar y evaluar el sistema bancario del país (Artículo 31 fracción VII, de la Ley).

A su vez, en materia de control, podemos citar como ejemplos que la Secretaría de Programación y Presupuesto continúa facultada para verificar la inversión de los subsidios federales y la aplicación de transferencias de fondos en favor de Estados, Municipios, Instituciones y particulares (Artículo 32 fracción IX, de la Ley) y para vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia de planeación nacional, programación, presupuestación, contabilidad y evaluación (Artículo 32 fracción XVI, de la Ley).

Esta nueva Secretaría está facultada para inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos. Por su parte, la Secretaría de Programación y Presupuesto también está facultada para vigilar el ejercicio del gasto público federal y de los presupuestos de egresos y verificar la aplicación de subsidios y transferencias como ya antes quedó expuesto.

Fracción II.—La Secretaría de la Contraloría General de la Federación queda facultada para expedir las normas que regulen el funcionamiento de los instrumentos y procedimientos de control de la Administración Pública Federal. Igualmente se le faculta para que discrecionalmente requiera a las dependencias competentes, la instrumentación de normas complementarias para el ejercicio de facultades que aseguren el control.

Es decir, la nueva dependencia está facultada para establecer procedimientos de control de la Administración Pública Federal y para exigir el establecimiento de este tipo de procedimientos en las dependencias competentes que tienen a su cargo funciones de control. De hecho, la creación de la Secretaría

no releva a las dependencias y entidades de sus responsabilidades en cuanto a control y supervisión. Sobre el particular, conviene transcribir el texto correspondiente de la exposición de motivos de la iniciativa del Decreto de reformas y adiciones a la Ley:

> "Es importante resaltar que la creación de la Secretaría de Contraloría General de la Federación, no releva a las dependencias y entidades de su responsabilidad en cuanto al control y supervisión de sus propias áreas que manejan recursos económicos del Estado, ya que ésta continúa plenamente en vigor y lo que estará a cargo de la Secretaría de Contraloría General de la Federación, será precisamente establecer la regulación que asegure el funcionamiento de sus respectivos sistemas de control y que sobre bases uniformes se cubra con una perspectiva completa de legalidad, exactitud y oportunidad, la responsabilidad en el manejo de los recursos patrimoniales de la Administración Pública Federal."

Fracción III.–Se le otorga a la nueva dependencia la facultad de vigilar el cumplimiento de las normas de control y fiscalización y asesorar y apoyar a los órganos de control interno de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Fracción IV.–Otorga a la Secretaría una doble facultad. Por un lado la de establecer las bases generales para la realización de auditorías en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Por el otro, realizar dichas auditorías en las Dependencias y Entidades en sustitución o apoyo de sus órganos de control interno.

Fracción V.–Se le faculta para comprobar el cumplimiento por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de:

– planeación
– presupuestación
– ingresos
– financiamiento
– inversión
– deuda
– patrimonio
– fondos y valores de la propiedad o al cuidado del Gobierno Federal.

Como ya se apuntó antes, algunas de estas facultades también las tiene la Secretaría de Programación y Presupuesto por lo que hace a planeación, presupuestación, financiamiento e inversión.

La facultad relativa a fondos y valores propiedad del Gobierno Federal o a su cuidado, le fue transferida de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Fracción VI.–Se le faculta para sugerir normas a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros en relación con el control y fiscalización de las entidades bancarias y de otro tipo, que forman parte de la Administración Pública Federal. Esta facultad está en relación con la contenida en el Artículo 31 fracción VII, que otorga a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la facultad de vigilar el sistema bancario.

Fracción VII.–Faculta a la Secretaría a realizar auditorías y evaluaciones a las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal con un doble objeto:

– promover la eficiencia en sus operaciones
– verificar el cumplimiento de los objetivos contenidos en sus programas.

Fracción X.–La Secretaría es competente para designar a los auditores externos de las entidades de la Administración Pública Paraestatal y normar y controlar su actividad. Esta facultad correspondía antes a la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Fracción XI.–La Contraloría General de la Federación está facultada para proponer la designación de comisarios o sus equivalentes en los órganos de vigilancia, en los consejos o juntas de gobierno y administración de las entidades de la Administración Pública Paraestatal.

Esta facultad se encuentra redactada en términos ambiguos e inexactos. Los órganos de vigilancia no se designan *en* los órganos de gobierno o administración. Por el contrario, son designados por quien es dueño de la entidad para vigilar a aquéllos. Así, en una sociedad anónima, los comisarios no son designados por el consejo de administración, sino por la asamblea general de accionistas precisamente para vigilar a aquél y a los demás administradores, directivos o gerentes (Artículo 181 fracción II, Ley General de Sociedades Mercantiles).

Si bien la Secretaría de la Contraloría General de la Federación tiene la facultad de proponer la designación de comisarios o sus equivalentes, en los términos en que la disposición se encuentra redactada no se señala a quien se le propone dicha designación. Por otro lado se establece que los comisarios o sus equivalentes serán designados *en* los consejos o juntas de gobierno de las entidades, lo cual como ya se analizó es inexacto.

Fracción XII.–Opinar sobre el nombramiento, y en su caso solicitar la remoción de los titulares de las áreas de control de las dependencias y entidades.

En principio suponemos que deberá existir alguna norma reglamentaria que señale cuáles son consideradas áreas de control en las dependencias y entidades a fin de darle mayor precisión al precepto.

Por otro lado, no se señala si la opinión sobre el nombramiento del titular de un área de control debe ser previo o puede ser posterior a dicho acto.

Esta fracción contiene una disposición que es aplicable a ésta y a las dos anteriores. Se refiere a que las personas propuestas o designadas (auditores externos, comisarios y titulares de áreas de control) deberán reunir los requisitos que esablezca la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Fracción XIII.—Faculta a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación a coordinarse con la Contaduría Mayor de Hacienda para establecer los procedimientos necesarios que permitan a ambos órganos el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades.

De conformidad con el artículo 74 fracciones II, III y IV de la Constitución, la Contaduría Mayor de Hacienda es un órgano dependiente de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, cuya función es la revisión y glosa de la Cuenta Pública. Su funcionamiento se encuentra previsto en su Ley Orgánica.

Es desde luego importante que ambos órganos de control se coordinen de tal manera que sus funciones se perfeccionen, pero no se debe perder de vista que la Contaduría Mayor de Hacienda pertenece al Poder Legislativo y que su control se ejerce sobre el Ejecutivo, incluyendo a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Fracción XIV.—Más que una facultad, este precepto le establece a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación el deber de informar anualmente al Presidente de la República sobre el resultado de la evaluación de las dependencias y entidades que hayan sido objeto de fiscalización, e informar a las autoridades competentes, si así fuere requerida, el resultado de tales intervenciones.

La última parte de este precepto amerita algunos comentarios, ya que no señala qué autoridad o autoridades pueden requerir a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación a informar a las autoridades competentes, el resultado de las fiscalizaciones practicadas.

Pudiera considerarse que el precepto alude al Presidente de la República pues es a quien se refiere la primera parte de la norma contenida en la fracción que nos ocupa, aun cuando también estarían facultados para realizar tal requerimiento el Ministerio Público Federal y las autoridades judiciales.

Por otra parte, consideramos que hay ocasiones en las que incluso sin requerimiento previo, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación debe informar de las fiscalizaciones efectuadas, como sería el caso en que se encontraren elementos para presumir la comisión de delitos.

Fracción XV.—Esta fracción le otorga a la Secretaría una atribución que antes correspondía a la Procuraduría General de la República y que consiste en recibir y registrar las declaraciones patrimoniales que deban presentar los servidores públicos en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades

de los Servidores Públicos (Diario Oficial de 31 de diciembre de 1982) y verificar y practicar las investigaciones pertinentes.

Este último ordenamiento y les reformas promulgadas relativas al Título X del Código Penal Federal publicadas el 5 de enero de 1983 contienen un nuevo sistema así como penalidades en lo que hace a la declaración patrimonial de los servidores públicos.

Fracción XVI.—Esta disposición otorga a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación la facultad novedosa e importante de atender las quejas que presenten los particulares con motivo de acuerdos, convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de acuerdo con las normas que se emitan.

Para la aplicación de esta facultad deberá estarse a "...las normas que se emitan". Suponemos que en ellas se regularán los alcances y efectos de las quejas de los particulares, así como el procedimiento a seguirse, en su caso.

Por lo pronto, conforme al Reglamento Interior de esta dependencia, corresponde a la Direccción General de Responsabilidades y Situación Patrimonial "...tramitar y resolver en consulta con la Dirección General Jurídica las quejas y denuncias que se formulen con motivo de los acuerdos, convenios o contratos celebrados por particulares con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal".

Por otro lado, consideramos inexacta la redacción del precepto pues se refiere a los "acuerdos, convenios o contratos que los particulares puedan celebrar con la Administración". En los términos de los artículos 1792 y 1793 del Código Civil de aplicación Federal, los acuerdos de voluntades toman el nombre de convenios o contratos según sea el caso; en consecuencia, los acuerdos como concepto genérico quedarían incluidos en los conceptos específicos de convenios y contratos.

Fracción XVII.—La facultad aquí otorgada a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación está en íntima relación con las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Esta fracción señala una triple atribución a la Secretaría en estudio:

a) Conocer e investigar los actos, omisiones o conductas de los servidores públicos para constituir responsabilidades administrativas.
b) Aplicar las sanciones que correspondan en los términos que señalen las leyes;
c) Hacer las denuncias correspondientes ante el Ministerio público prestándole para el efecto la colaboración que le fuere requerida.

Por lo que hace a las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, este novedoso sistema previsto en las reformas al Título Cuarto de la Constitución (publicadas el 28 de diciembre de 1982) implica la aplicación de

sanciones de tipo administrativo, no punitivo o penal, a aquellos servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Como ya se apuntó, las sanciones a estas conductas no son de naturaleza penal, por lo que no importan la pérdida de la libertad. Sin embargo pueden consistir en apercibimiento, amonestciones, suspensión, multa, pérdida de empleo, inhabilitación patrimonial además en la indemnización por daños y perjuicios causados (Artículo 53 y 55 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).

Fracción XVIII.—Esta fracción le otorga a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación una facultad de carácter interno. Se refiere a la vigilancia del cumplimiento de las normas internas de la misma, la constitución de responsabilidades administrativas de su personal, la aplicación de las sanciones que correspondan y la formulación de las denuncias a que hubiere lugar.

La norma presupone la existencia de una unidad administrativa de control interno, que conforme al artículo 52 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos es una contraloría interna cuyo titular será designado por el Presidente de la República y sólo será responsable administrativamente ante él.

SECRETARÍA DE ENERGÍA, MINAS E INDUSTRIA PARAESTATAL

ARTÍCULO 33.—Este artículo hacía referencia antes a las facultades de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial cuyas atribuciones se distribuyeron entre la dependencia que ahora estudiaremos y la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de la que nos ocuparemos adelante.

Fracción I.—En muchos de sus aspectos esta norma continúa sin alteración desde la época en que contenía facultades de la Secretaría del Patrimonio Nacional. Cada vez se justifica menos su inclusión en favor de las dependencias que han sustituido a dicha dependencia, como fue el caso de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial y ahora lo es de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal.

En efecto, el precepto actual faculta a la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal a poseer, vigilar, conservar, o administrar cuatro categorías de bienes nacionales:

- los de propiedad originaria
- los que constituyen recursos naturales no renovables
- los de dominio público
- los de uso común,

con la salvedad de que no estén encomendados *expresamente* a otra dependencia.

Por la distribución de competencias a raíz de la expedición en 1976 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, las excepciones fueron mayores que la regla general prevista en esta disposición.

Del análisis de los preceptos contenidos en la Ley y en las normas que clasifican y definen los bienes propiedad de la Nación, como es el caso de la Constitución, de la Ley General de Bienes Nacionales, de la Ley de Terrenos Baldíos, Nacionales y Demasías, etc., se desprende que a la actual Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal sólo corresponderá poseer, vigilar, conservar o administrar algunos de los recursos naturales previstos en el cuarto párrafo del artculo 27 Constitucional (yacimientos minerales, petróleo, carburos de hidrógeno) y del párrafo séptimo (combustibles nucleares).

Esta norma, así redactada, se justificaba plenamente cuando la facultad correspondía a la Secretaría del Patrimonio Nacional pues ésta tenía a su cargo la administración y control de los bienes nacionales casi en su totalidad como se desprendía de las entonces en vigor Leyes de Secretarías y Departamentos de Estado y General de Bienes Nacionales.

Por otro lado, las demás fracciones de la II hasta la VII, son iguales a las contenidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal antes de su reforma y continen facultades que correspondieron a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial. Se refieren en términos generales al otorgamiento de concesiones mineras, al inventario de los recursos naturales no renovables, al catastro petrolero y minero y a la explotación de las salinas ubicadas en terrenos de propiedad nacional.

Fracción VIII.—Este nuevo precepto faculta a la dependencia que nos ocupa a regular las industrias:

- petrolera
- petroquímica básica
- minera
- eléctrica
- nuclear

Fracción IX.—Esta fracción faculta a la nueva Secretaría a promover y a organizar la investigación técnico-industrial en materia de:

- energía
- siderúrgica
- fertilizantes
- recursos naturales no renovables

Fracción X.—Se faculta a la Secretaría a regular y promover las industrias extractivas.

Fracción XI.–Se señala que esta dependencia será la encargada de impulsar el desarrollo de los energéticos, de la industria básica o estratégica y de la industria naviera.

Esta atribución la tenía la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial en los mismos términos en que está ahora redactada. El precepto es claro con respecto a los energéticos y a la industria naviera, sin embargo por lo que hace a la industria básica o estratégica, que no se encuentra definida, podría caber una duplicidad de funciones con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (Artículo 34, fracción XXIII) la que es competente para promover, orientar, fomentar y estimular la industria nacional. Esto quedaría superado definiendo legalmente lo que se entiende por industria básica o estratégica.

Fracción XII.–Faculta a la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal a conducir, aprobar, coordinar y vigilar la actividad de las industrias paraestatales, con exclusión de las que estén asignadas a otras dependencisa, atendiendo a la política industrial establecida por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Aun cuando el texto de esta fracción es nuevo y adecuado pues prevé expresamente una atribución de esta dependencia que inclusive se refleja en su denominación, en realidad la atribución la tenía ya la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial, pues quedaron bajo su sector casi todas las empresas industriales paraestatales, según se desprende del Acuerdo de Agrupación Sectorial publicado en el Diario Oficial de 17 de enero de 1977, en sus reformas y en los Acuerdos de sectorización que se han expedido posteriormente.

Fracción XIII.–Esta fracción le otorga a la nueva dependencia una doble función:

- Formular y conducir la política de desarrollo de la industria de fertilizantes, en coordinación con las dependencias correspondientes; y
- Coordinar los programas de producción de las entidades paraestatales.

Fracción XIV.–Se faculta a esta dependencia para formular la política de desarrollo de la industria siderúrgica, en coordinación con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial así como regular y conducir la producción de las entidades paraestatales correspondientes.

En síntesis, como ya se ha visto, esta nueva Secretaría toma a su cargo lo relativo a la industria en los ramos minero; energético (petróleo, electricidad, energía nuclear); básica o estratégica; siderúrgica; de fertilizantes y toda la paraestatal no encomendada expresamente a otra dependencia.

SECRETARÍA DE COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL

ARTÍCULO 34.–Este artículo se refería a las facultades de la Secretaría de Comercio ahora convertida en Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, esta nueva dependencia adquiere varias de las atribuciones que tuvo la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.

Las fracciones IV, V, IX, XIV, XV y XVI se conservan en sus términos. Las facultades en ellas consignadas correspondían a la Secretaría de Comercio y en términos generales se referían al fomento del comercio exterior; aranceles; Sistema Nacional para el Abasto; desarrrollo de lonjas, centros y sistemas comerciales; fomento al pequeño comercio e impulso a la producción de bienes y servicios que se consideren fundamentales para la regulación de precios.

Es conveniente señalar además, que muchas de sus actuales facultades (fracciones IV, V, VII, X, XI, XII, XIII, XVII, XX, XXI, XXII, XXIII y XXV) correspondieron también a la denominada Secretaría de Industria y Comercio conforme a la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958, ya que ésta dependencia se asemejaba en atribuciones a la actual Secretaría de Comercio y Fomento Industrial excepción hecha, entre otras, por las facultades correspondientes a pesca, estadística, industria extractiva e industria eléctrica que desde la vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1976 pasaron a ser competencia de otras dependencias.

Fracción I.–Se faculta a esta nueva dependencia a formular y conducir las políticas generales de:

- industria
- comercio exterior
- comercio interior
- abasto
- precios (con excepción de los correspondientes a bienes y servicios de la Administración Pública Federal cuya fijación corresponderá ahora a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público).

Fracción II.–Se faculta a la Secretaría a regular, promover y vigilar la comercialización, distribución y consumo de los bienes y servicios. Antes se facultaba a la Secretaría de Comercio a intervenir en la distribución y consumo, sólo cuando pudieran afectar a la economía general del país.

Fracción III.–Escuchando la opinión de las dependencias competentes, se faculta a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial a establecer la política de industrialización, distribución y consumo de los productos:

- agrícolas
- ganaderos
- forestales
- minerales
- pesqueros

Fracción VI.–Contiene varias atribuciones en favor de esta nueva Secreta-

ría, relativas a los estímulos fiscales necesarios para el fomento industrial y el comercio interior y exterior, incluyendo los subsidios sobre impuestos de importación. En consecuencia esta dependencia es la competente para estudiar dichos estímulos y determinarlos mediante reglas de carácter general, conforme a los montos globales establecidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Asimismo, es competente para administrar la aplicación de los estímulos fiscales señalados y para vigilar y evaluar sus resultados.

Es convieniente recordar que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (artículo 31, fracción IV) determina los criterios y montos globales de los estímulos fiscales en general y queda facultada también para evaluar los resultados de los mismos.

Fracción VII.–Compete a esta Secretaría establecer la política de precios y vigilar su estricto cumplimiento *con auxilio y participación de las autoridades locales,* fundamentalmente por lo que se refiere a los productos de consumo y uso popular. También se le faculta para establecer las tarifas en la prestación de servicios de interés público que considere necesarios.

La anterior fue también facultad de la Secretaría de Comercio, con excepción de que aquélla podía fijar los precios de los bienes y servicios proporcionados por la Administración Pública Federal que como ya se señaló antes corresponde ahora fijarlos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (31, XV) y de que se prevé la participación de las autoridades locales en la vigilancia de los precios.

La Secretaría queda facultada también para definir el uso preferente que deba darse a determinadas mercancías.

Fracción VIII.–La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial es la encargada de regular, orientar y estimular las medidas de protección al consumidor.

La fracción era similar por lo que hace a la orientación y el estímulo. Se agregó la facultad de regular las medidas de protección al consumidor, que de cualquier forma ya se encontraba prevista en la Ley Federal de Protección al Consumidor (Artículo 6o.).

Fracción X.–Se faculta a esta Secretaría a fomentar la organización y constitución de cooperativas de producción industrial, distribución o consumo. Excepción hecha de las cooperativas de producción industrial cuyo fomento correspondía a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial, el resto de esta fracción contenía facultades de la Secretaría de Comercio.

Fracción XI.–Se otorga competencia a esta dependencia para autorizar y vigilar la actividad de:

– las sociedades mercantiles
– cámaras y asociaciones industriales y comerciales

– lonjas
– asociaciones de corredores

En realidad sólo se agregó a las anteriores facultades de la Secretaría de Comercio la relativa a las cámaras y asociaciones industriales.

Fracción XII.–Contiene varias facultades, a saber:

– Normar y registrar la propiedad industrial y mercantil.
– Regular y orientar la inversión extranjera.
– Regular y orientar la transferencia de tecnología.

De éstas, salvo la propiedad mercantil que correspondía a la Secretaría de Comercio las demás eran facultades de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.

Fracción XIII.–En esta fracción se faculta a la nueva dependencia a establecer y vigilar:

–Normas de calidad.
– pesas y medidas para la actividad comercial.
– Normas y especificaciones industriales.

Se agregó a las que tenía la Secretaría de Comercio la última de las citadas que correspondía a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial.

Fracción XVII.–Adquirió de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial la facultad de organizar y patrocinar exposiciones, ferias y congresos de carácter industrial, conservando las facultades relativas a la cuestión comercial que ya antes tenía como Secretaría de Comercio.

Fracción XVII.–Su contenido es nuevo y se refiere a la facultad de organizar y patrocinar exposiciones, ferias y congresos de carácter industrial, conservando las facultades relativas a las de carácter comercial que ya antes tenía como Secretaría de Comercio.

Fracción XVIII.–Su contenido es nuevo y se refiere a la facultad de organizar la distribución y el consumo a fin de evitar tanto el acaparamiento como el que las intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen el encarecimiento de los productos y servicios.

En términos generales la facultad prevista en esta fracción se encuentra ya en la fracción II del mismo artículo, que como ya se apuntó se refiere a la regulación de la distribución y consumo de bienes y servicios.

Fracción XIX.–Se le faculta a regular la producción industrial con exclusión de la que esté asignada a otras dependencias.

Fracción XX.—Asesorar a la iniciativa privada en el establecimiento de nuevas industrias, facultad que correspondía a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial. Se le agregó la facultad de asesorar a la iniciativa privada en el establecimiento de empresas que se dediquen a la exportación de manufacturas nacionales.

Fracción XXI.—Esta facultad también correspondía a la entonces Secretaría del Patrimonio y Fomento Industrial y se refiere al fomento, regulación y promoción de la industria de transformación.

Fracción XXII.—Correspondió igualmente a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial y se refiere al fomento, estímulo y organización de la producción económica del artesanado, de las artes populares y de las industrias familiares.

Fracción XXIII.—Facultad que le viene de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial y que consiste en la promoción, orientación, fomento y estímulo de la industria nacional.

Fracción XXIV.—También correspondió a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial. Se trata de la promoción, orientación, fomento y estímulo de las industrias pequeña, mediana y rural y se le otorga la facultad de regular la organización de productores industriales.

Fracción XXV.—El mismo caso, se trata de una facultad que adquiere de la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial consistente en promover y organizar la investigación técnico-industrial.

SECRETARÍA DE AGRICULTURA Y RECURSOS HIDRÁULICOS

ARTÍCULO 35.—El Decreto de reformas y adiciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal cuyo estudio nos ocupa, señala como totalmente reformado este artículo que corresponde a las facultades de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos. Sin embargo no todas las facultades contenidas en las diversas fracciones del precepto cambiaron, tal es el caso de las siguientes: I; II; VI; VII; VIII; IX; X; XI; XII; XIII; XIV; XV; XIX (antes XXI); XXII (antes XXVI); XXIII (antes XXVII); XXIV (antes XXVIII); XXVI (antes XXX); XXVII (antes XXI); XXIX (antes XXXIII); XXX (antes XXXIV); XXI (antes XXV); XXXIII (antes XXXVI); XXXIII (antes XXXVI (antes XLI), cuya redacción permanece idéntica.

Dichas fracciones se refieren a la programación y fomento de la producción agrícola, ganadera, avícola, apícola y forestal; métodos y procedimientos técnicos para obtener producción en dichos campos; servicios de defensa y vigilancia de sanidad agropecuaria y forestal; controles de calidad de los productos de alimentación animal; centros de educación agrícola superior y media; realización de investigaciones; organización y patrocinio de ferias, congresos, exposiciones y concursos; conservación de suelos; construcción de pequeñas obras de irrigación; estudios económicos sobre la vida rural; estudios meteorológicos y climatológicos; métodos y procedimientos para obtener rendimientos en los bosques; censo de predios forestales y silvopastorales; industrialización de los productos forestales; reglamentación de los trabajos de hidrología; aplicación de la Ley Federal de Aguas; aprovechamiento de las cuencas hidráulicas y de las zonas federales; construcción de obras de riego; realización de estudios geohidrológicos; manejo del sistema hidrológico del Valle de México; ejecución de obras hidráulicas que deriven de Tratados Internacionales; manejo de los sistemas nacionales de riego y llevar el inventario de los recursos naturales.

Las fracciones que sufrieron alguna modificación son las siguientes:

Fracción III.—A la antigua facultad de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos de encauzar el crédito ejidal, agrícola, forestal y ganadero, en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, hacia los renglones prioritarios, se le adiciona la facultad de participar con dicha dependencia en la determinación de los criterios generales para el establecimiento de estímulos fiscales y financieros, para el fomento de la producción agropecuaria y la administración, aplicación, vigilancia y evaluación de resultados de dichos estímulos.

Fracción IV.—Faculta a la Secretaría a determinar y conducir las políticas de organización de productores del sector agropecuario en torno a programas regionales y nacionales, con la participación de las autoridades locales que corresponda.

Esta fcultad que es nueva en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se encontraba ya en la Ley de Fomento Agropecuario en favor de esta dependencia (Artículo 4o., fracción VIII), aun cuando en el nuevo precepto se enfatiza en la determinación de la política de organización y además se prevé la participación de las autoridades locales que corresponda.

Fracción V.— Se mejora la redacción de este precepto, que faculta a la Secretaría a fomentar las organizaciones mixtas con fines de producción agropecuaria o silvícola. Además en el texto anterior se estblecía que esto se haría en coordinción con la Secretaría de la Reforma Agraria lo que se omitió en el texto actual.

Fracción XVI.—Se faculta a la Secretaría a organizar y regular el aprovechamiento racional de los recursos forestales, atendiendo a las restricciones de protección ecológica que señale la nueva Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

La facultad anterior incluía la organización y administración además de los

recursos forestales de los de la fauna y flora silvestre que ahora competen a dicha nueva dependencia.

Fracción XVII.–Faculta a la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos a fomentar y a realizar programas de reforestación en coordinación con la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología. Esta facultad ya la tenía pero sin la necesidad de coordinarse con ninguna otra dependencia.

Fracción XVIII.–Contiene la facultad de la Secretaría de administrar los recursos forestales en los terrenos baldíos y nacionales. Esta facultad ya la tenía pero se incluía también a la caza, facultad que ahora pasa a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Por otro lado, la antigua facultad contenida en la fracción XX anterior, consiste en el registro y cuidado de la conservción de los áarboles históricos y notables del país, paso también a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (Artículo 37, fracción XXIV).

Fracción XX.–La Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos conserva la facultad de organizar y administrar reservas forestales, pero pierde las relativas a reservas de flora y fauna terrestres, parques zoológicos, jardines botánicos y colecciones forestales en favor de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (Artículo 37, fracción XXI).

La anterior fracción XXIII en la que se facultaba a la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos a realizar exploraciones y recolecciones científicas de la flora y fauna terrestres, pasó a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Lo mismo sucedió con la facultad que antes tenía de fomentar y distribuir colecciones de los elementos de la flora y de la fauna terrestre (anterior fracción XXIV) que pasó a la Secretaría de Desarrrollo Urbano y Ecología (Artículo 37, fracción XXIII).

Fracción XXI.–Corrobora la facultad de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos para otorgar contratos, concesiones y permisos forestales, el cambio consistió en que los relativos a caza pasaron a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (Artículo 37, fracción XX).

Fracción XXV.–El único cambio de esta fracción es la alusión que hacía a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial para ahora mencionar a la Secretaría de Enería, Minas e Industrias Paraestatal. La facultad de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos consiste en los derechos, concesiones, permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de aguas nacionales, pero con la cooperación de la dependencia citada cuando se trate de la generación de energía eléctrica.

Fracción XXVIII.–Cambió la redacción de "...intervenir" a "Regular y vigilar..." corrientes, lagos y lagunas, cuencas alimentadoras y obras de corrección torrencial.

Fracción XXXIV.–Se refiere a la facultad de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos para otorgar asignaciones y concesiones de dotación de agua para las poblaciones. El cambio consistió en que la consulta que se hacía conforme al texto anterior a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas ahora deberá hacerse a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Fracción XXXV.–Contiene la facultad de intervenir en la dotación de agua a centros de población e industrias, las relativas a obras de captación, potabilización y conducción hasta los sitios en que se determine con la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología. El precepto anterior se refería a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y en esto consistió el único cambio.

La facultad de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos contenida en la antes fracción XL de este artículo, relativa a las aguas residuales, pasó a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (Artículo 37 fracción XXV).

SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES

ARTÍCULO 36.–Este precepto contiene las facultades de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Muchas de sus fracciones cambiaron pero sólo con objeto de adecuar o mejorar su redacción, sin que ello implicara modificación en las atribuciones de esta dependencia, tal es el caso de los numerales IV, V, IX, X, XI, XIII, XIV, XVII y XIX.

Estas fracciones se refieren al otorgamiento de concesiones y permisos para operar servicios aéreos; vigilancia de aeropuertos; concesiones y permisos de autotransportes en las carreteras federales; vigilancia en las mismas; construcción y explotación de puentes internacionales; fomento de sociedades cooperativas de transporte; regulación de la marina mercante y su inspección; comunicaciones por agua y puertos.

Por los cambios sufridos, ameritan comentarios las siguientes fracciones:

Fracción I.–Se le otorga a esta Secretaría una facultad genérica de formular y conducir las políticas y programas para el desarrollo del transporte y las comunicaciones de acuerdo a las necesidades del país.

Fracción II.–Contiene varias facultades:

– Organizar y administrar los servicios de correos y telégrafos en todos sus aspectos;

– Conducir la administración de los servicios federales de comunicaciones eléctricas y electrónicas y su enlace con los servicios similares públicos concesionados, con los servicios privados de teléfono, telégrafos e inalámbricos y con los estatales y extranjeros.
– Conducir la administración del servicio público de procesamiento remoto de datos. Esto último como una importante novedad que actualiza la ley a los avances tecnológicos.

Fracción III.–Se corrobora la facultad que tiene la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para otorgar concesiones y permisos para establecer y explotar:

– sistemas y servicios telegráficos;
– sistemas y servicios telefónicos;
– sistemas y servicios de comunicación inalámbrica por telecomunicaciones y satélites;
– servicio público de procesamiento remoto de datos;
– estaciones radio experimentales;
– estaciones de radio culturales;
– estaciones de radio aficionados;
– estaciones de radiodifusión comerciales y culturales.

Como una importante modificación se señala que el otorgamiento de estas concesiones y permisos requiere de opinión previa de la Secretaría de Gobernación. . . . .

Conforme a la Ley Federal de Radio y Televisión (Artículos 9 y 10) a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes compete otorgar y revocar concesiones y permisos para estaciones de radio y televisión, asignándoles la frecuencia respectiva y por su parte, a la Secretaría de Gobernación corresponde vigilar que las transmisiones de radio y televisión se mantengan dentro de los límites del respeto a la vida privada, a la dignidad personal y a la moral y no ataquen los derechos de tercero, ni provoquen la comisión de algún delito o perturben el orden y la paz públicos.

Por otro lado, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes queda facultada para vigilar el aspecto técnico del funcionamiento de tales sistemas, servicios y estaciones.

Fracción VI.–Se contiene la facultad de administrar la operación de los servicios de control de tránsito y la información y seguridad de la navegación aérea.

La facultad contenida en la anterior fracción VIII relativa a organizar trabajos y servicios meteorológicos destinados a la seguridad en la navegación aérea, desapareció como tal, sin embargo podemos estimar que se encuentra contenida en la actual fracción VI.

Fracción VII.–Se corrobora la facultad de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de construir vías férreas, patios y terminales de carácter federal y la vigilancia técnica de su funcionamiento y operación.

De la anterior facultad que le era correlativa (fracción IX) salió la de otorgar concesiones para el establecimiento y operación de ferrocarriles.

Fracción VIII.–Se faculta a esta Secretaría a regular y vigilar la administración del sistema ferroviario. La facultad correlativa anterior (fracción X) señalaba que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes era competente para administrar los ferrocarriles federales no encomendados a organismos descentralizados.

Fracción XII.–Esta frcción contiene varias atribuciones que ya antes tenía la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y una variante importante. Entre las atribuciones están:

– Fijar normas técnicas del funcionamiento y operación de los servicios públicos de comunicaciones y transportes.
– Fijar las tarifas para el cobro de los mismos.
– Otorgar concesiones y permisos, fijar las tarifas y reglas de aplicación de todas las maniobras y servicios marítimos, portuarios, auxiliares y conexos relacionados con los transportes o las comunicaciones.

La variante importante radica en que ahora la Secretaría de Comunicaciones y Transportes participará con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el establecimiento de las tarifas de los servicios que presta la Administración Pública Federal de comunicaciones y transportes, situación acorde con la reforma contenida en el artículo 31 fracción XV relativa a las facultades de esta última dependencia, ya comentadas antes.

La facultad contenida en la fracción XV anterior consistente en asesorar a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas en la formulación de sus programas de construcción, desapareció por la circunstancia de que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes será la competente para realizar obras de construcción en las vías de comunicación según se comentará más adelante.

Fracción XV.–Se precisó y mejoró la redacción de la facultad contenida en esta fracción que faculta a la Secretaría a establecer los requisitos del personal técnico de:

– aviación civil;
– marina mercante;
– servicios públicos de transporte terrestre;
– telecomunicaciones.

Se le faculta también para conceder las licencias y autorizaciones respectivas.

Fracción XVI.–Se contiene la facultad genérica de esta Secretaría para regular las comunicaciones y transportes por agua.

Fracción XVIII.–La facultad aquí contenida que ya existía (antes fracción XXII) se modificó en su redacción precisándola. Se señala que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes podrá construir, reconstruir y conservar las obras marítimas, portuarios y de dragado, instalar el señalamiento marítimo y proporcionar los servicios de información y seguridad para la navegación marítima.

Fracción XX.–Esta facultad de la Secretaría consiste en administrar los puertos centralizados y coordinar los de la administración pública paraestatal.
Por otro lado, se le agrega la facultad de otorgar concesiones y permisos para la ocupación de las zonas federales dentro de los recintos portuarios, facultad que correspondía a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.

Fracción XXI.–Otorga una nueva facultad a esta Secretaría consistente en construir y conservar los caminos y puentes federales, incluso los internacionales, así como las estaciones y centrales de autotransporte federal.
Esta facultad correspondió a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas (Artículo 37; fracción X de la Ley reformada).

Fracción XXII.–Igualmente es una nueva facultad consistente en construir y conservar caminos y puentes en cooperación con los gobiernos locales, municipales y con los particulares.
Esta facultad era de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas (Artículo 37, fracción XI de la Ley reformada).

Fracción XXII.–Contiene también una facultad que correspondía a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas (Artículo 37, fracción XIII de la Ley reformada) relativa a la construcción de aeropuertos federales y su conservación y a la cooperación con los gobiernos locales y municipales en obras de este género.

Fracción XXIV.–La facultad contenida en esta fracción correspondía también a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas (Artículo 37, fracción XIV) y se refiere al otorgamiento de concesiones y permisos para construir las obras que le corresponda ejecutar.

Fracción XXV.–La facultad aquí contenida, pero limitada a las arboledas de alineación de las vías de comunicación correspondía a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas (Artículo 37, fracción XXI). La nueva fracción modifica la redacción ampliando la facultad al cuidado de los

aspectos ecológicos en los derechos de vía de las vías federales de comunicación, pero el ejercicio de esta facultad será en apoyo de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Fracción XXI.–Se le otorga una nueva facultad a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes consistentes en promover y organizar la capacitación, investigación y el desarrollo tecnológico en materia de comunicaciones y transportes.

SECRETARÍA DE DESARROLLO URBANO Y ECOLOGÍA

ARTÍCULO 37.–Este precepto contenía las facultades de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas y ahora las de la nueva Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.
De las antiguas facultades de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas se conservan en favor de la nueva Secretaría, sin cambios o con modificaciones mínimas de redacción las contenidas en las siguientes fracciones: IX (antes XV); X (antes XVI); XI (antes XVII); XII (antes XVIII); XIII (antes XIX y XIV (antes XX) relativas a los parques nacionales; aprovechamiento de bienes federales; administración y posesión de las playas y zona marítimo terrestre; adquisición, enajenación, destino, afectación, inventario y avalúo de los inmuebles de la Administración Público Federal; actualización de dichos avalúos y manejo del Registro Público de la Propiedad Federal e inventario de los bienes de la Nación.
De las facultades de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas la nueva dependencia pierde las siguientes:

- Proyección, construcción y vigilancia de las obras públicas que emprendiera por sí o en coordinación con el Gobierno Federal.
- Establecimiento de bases y normas para la celebración de contratos de construcción que pasó a la Secretaría de Programación y Presupuesto (Artículo 37, fracción XII).
- Construcción y conservación de caminos y puentes que pasó a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (Artículo 36, fracción XXII).
- Construcción de aeropuertos que también pasó a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (Artículo 36, fracción XXIII).
- El otorgamiento de concesiones o permisos para la construcción de las obras que le correspondiere ejecutar, que igualmente pasó a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Con respecto a las facultades de la nueva Secretaría ameritan comentarios las siguientes:

Fracción I.—Además de la formulación y conducción de las políticas generales de asentamientos humanos se le otorgan las de urbanismo, vivienda y ecología.

Fracción II.—A la facultad que ya tenía de planear (ahora proyectar) la distribución de la población y la ordenación territorial de los centros de población, se estableció que ésta se ejercería conjuntamente con las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal que corresponda. Además, se le otorgó la facultad de coordinar las acciones que el Ejecutivo Federal convenga con los Ejecutivos Locales para la realización de acciones coincidentes en esta materia, con la participación de los sectores social y privado.

Fracción III.—A la facultad que ya tenía de promover el desarrollo urbano de la comunidad se agregó la de fomentar la organización de sociedades cooperativas de vivienda y materiales de construcción.

Fracción IV.—Se continúa con la facultad de promover el desarrollo de programas de vivienda y urbanismo adicionándole la de apoyar a las autoridades estatales y municipales en su ejecución.

Fracción V.—La facultad de proyectar, construir, administrar, operar y conservar los sistemas de agua potable, drenaje y alcantarillado en los centros de población se transformó en la de fomentar el desarrollo de los mismos y apoyar técnicamente a las autoridades locales en su proyección, construcción, administración, operación y conservación a partir de los sitios determinados con la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos.

Fracción VI.—Se le faculta para determinar y conducir la política inmobiliaria de la Administración Pública Federal, dictar normas técnicas, autorizar y en su caso construir, reconstruir y conservar los edificios públicos, monumentos, obras de ornato y las demás que realice la Federación por sí o en cooperación con otros países, estados y municipios o particulares, excepto las encomendadas expresamente por ley a otras dependencias. Esta facultad de construcción, es la única que la nueva dependencia conserva de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.

Fracción VII.—Mantiene la facultad de poseer, vigilar, conservar o administrar los inmuebles de propiedad federal, destinados o no a un servicio público o a fines de interés general o social, los que se utilicen para dichos fines y los equiparados a dichos bienes por Ley así como las plazas, parques y paseos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal. La innovación que contiene esta facultad es que sólo se ejercita por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología en caso de que los inmuebles a que se refiere la primera parte de la fracción no estén encomendados a "...las dependencias usufructuarias..." ya que si lo están, es la dependencia "usufructuaria" la facultada para poseer, vigilar, conservar o administrar el bien de que se trate.

Consideramos que es un error que se mencione la dependencia "usufructuaria" ya que el usufructo es un derecho real que implica un desmembramiento de la propiedad y que tiene claras connotaciones en el derecho civil, pero como tal, requiere de la existencia de dos personas: el nudo propietario y el usufructuario. Esto no se da entre dependencias que por carecer de personalidad jurídica, no puedan tener el usufructo de bienes cuya propiedad es de la Nación representada por el Gobierno Federal. En este sentido consideramos que técnicamente lo correcto sería referirse a la dependencia que tenga destinado el bien a su servicio o uso pero no su usufructo.

Fracción VIII.—Se mantiene la facultad de prever a nivel nacional las necesidades de tierra para vivienda y desarrollo urbano. El texto anterior (fracción XII) señalaba que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas administraría el sistema tendiente a satisfacer dichas necesidades. El texto actual señala que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología regulará, en coordinación con los Gobiernos de los Estados y de los Municipios dicho sistema.

Fracción XV.—Se le otorga la nueva facultad de formular y conducir la política de saneamiento ambiental en coordinación con la Secretaría de Salubridad y Asistencia. Esta facultad correspondía antes a esta última dependencia (Artículo 39, fracción VI, texto ahora derogado).

Fracción XVI.—Establecer los criterios ecológicos para el uso y destino de los recursos naturales y para preservar la calidad del medio ambiente. Esta facultad es nueva.

Fracción XVII.—Determinar las normas que aseguren la conservación de los ecosistemas fundamentales para el desarrollo de la comunidad. Esta facultad es nueva.

Fracción XVIII.—Vigilar en coordinación con las autoridades federales, estatales y municipales la aplicación de las normas y programas que establezca para la protección o restitución de los sistemas ecológicos del país. Esta facultad es nueva.

Fracción XIX.—Normar el aprovechamiento racional de la flora y fauna silvestres, con el propósito de conservarlos y desarrollarlos. Esta atribución proviene de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (Artículo 35, fracción XVI del texto anterior de la Ley).

Fracción XX.—Decretar las vedas forestales y de caza; otorgar contratos, con-

cesiones y permisos de caza o de explotación cinegética y orgnizar y manejar la vigilancia forestal y de caza. Esta facultad proviene de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (Artículo 35 fracciones XVII y XXV del texto anterior de la Ley).

Fracción XXI.—Organizar y administrar reservas de flora y fauna terrestres, parques zoológicos, jardines botánicos y colecciones forestales. Esta facultad proviene de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (Artículo 35, fracción XXII del texto anterior de la Ley).

Fracción XXII.—Hacer exploraciones y recolecciones científicas de la flora y de la fauna terestres. Esta facultad proviene de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (Artículo 35, fracción XXIII del texto anterior de la Ley).

Fracción XXIII.—Fomentar y distribuir colecciones de los elementos de la flora y de la fauna terrestres. Esta facultad proviene de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (Artículo 35, fracción XXIV del texto anterior de la Ley).

Fracción XXIV.—Esta fracción contiene dos facultades:

- Cuidar de las arboledas y demás vegetación con la cooperación de las autoridades federales y locales competentes. La facultad anterior (contenida en la fracción XXI) limitan esta facultad a las arboledas y demás vegetación en centros poblados. Consideramos que al desaparecer esto último la atribución se amplió a todo tipo de arboledas y vegetación.

- Llevar el registro y cuidar la conservación de los árboles históricos y notables del país. Esta facultad proviene de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (Artículo 35, fracción XX del texto anterior de la Ley).

Fracción XXV.—La facultad aquí contenida relativa a la regulación de aguas residuales correspondía a la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (Artículo 35, fracción XL del texto anterior de la Ley). Ahora corresponde a esta nueva dependencia pero en coordinación con aquélla.

Fracción XXVI.—Esta facultad se refiere a la organización y fomento de las investigaciones relacionadas con la vivienda, el desarrollo urbano y la ecología. Por lo que hace a la vivienda y el desarrollo urbano, es evidente que si antes la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas tenía la facultad de formular los programas de vivienda y urbanismo (anterior fracción IV) también tenía facultades de relizar investigaciones en estas materias. Por lo que hace a las investigaciones ecológicas, éstas, dependiendo de la materia, se

encontraban en la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos o en la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

Fracción XXVII.—Conservar y fomentar el desarrollo de la flora y fauna marítimas, fluviales y lacustres. Esta facultad le proviene de la Secretaría de Pesca (Artículo 43, fracción II primera parte del texto anterior de la Ley).

Fracción XXVIII.—Establecer viveros, criaderos y reservas de especies acuáticas. Esta facultad proviene de la Secretaría de Pesca (Artículo 43, fracción IV del texto anterior de la Ley).

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

ARTÍCULO 28.—De las facultades de la Secretaría de Educación Pública sólo fueron modificadas dos fracciones:

Fracción XI.—A la facultad que ya tenía de mantener al corriente el escalafón del magisterio y el seguro del maestro y crear un sistema de compensaciones y estímulos para el profesorado, se le agregó que en ello deberá atender las directrices que emita la Secretaría de Programación y Presupuesto sobre el sistema general de administración y desarrollo de personal. Esto va acorde con la facultad contenida en el Artículo 32, fracción X de la Ley, en favor de la Secretaría de Programación y Presupuesto que ya fue comentada antes.

Fracción XXIX.—Esta facultad cambió en forma importante. De corresponder a la Secretaría la promoción de la producción cinematográfica, de radio, televisión e industria editorial, atribución que pasó a la Secretaría de Gobernación (Artículo 27, fracción XX) ahora le corresponderá solamente establecer los criterios educativos y culturales en dicha producción.

SECRETARÍA DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA

ARTÍCULO 39.—De este artículo, correspondiente a las facultades de la Secretaría de Salubridad y Asistencia se reformaron las siguientes fracciones:

Fracción I.—El precepto actual otorga una doble facultad a la Secretaría de Salubridad y Asistencia:

- Establecer y conducir la política nacional en materia de:
  - asistencia social
  - servicios médicos

– salubridad general
se exceptúa el saneamiento del ambiente que ahora corresponde a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, Artículo 37.

– Coordinar los programas de servicios a la salud de la Administración Pública Federal y los agrupamientos por funciones y programas afines que se determinen.

Fracción II.–El texto anterior de la fracción I le atribuía a la Secretaría la facultad de crear y administrar establecimientos de salubridad, de asistencia pública y de terapia social en cualquier lugar del territorio nacional. Esta disposición, junto con la facultad de organizar la asistencia pública en el Distrito Federal (antes fracción II) integran la actual fracción II.

Fracción VI.–Quedó derogada pues la facultad aquí contenida, relativa a la planeación y conducción de la política de saneamiento ambiental pasó a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (Artículo 37, fracción XV).

Fracción VII.–De la facultad que tenía esta Secretaría de *impartir* asistencia médica y social a la maternidad y a la infancia, se limitó en el texto actual, a normarla, promoverla y apoyarla, pero sin impartirla directamente.
Quedó la anterior facultad ahí establecida respecto a la vigilancia de la asistencia médica y social a la maternidad y a la infancia impartida por instituciones públicas o privadas.

Fracción XXI.–Contiene sólo un cambio de redacción que otorga mayor precisión a la competencia de esta Secretaría como autoridad sanitaria y a la vigilancia del cumplimiento del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos y de sus Reglamentos.

Fracción XXII.–Es de nueva creación. Faculta a la Secretaría para establecer las normas que deben orientar los servicios de asistencia social que presten las dependencias y entidades federales y proveer a su cumplimiento.
Aun cuando esta nueva fracción otorga mayor precisión a la competencia de esta Secretaría, en estricto rigor la facultad aquí contenida estaba de alguna manera en las fracciones I, II y V del precepto (ahora numerales II y V y el nuevo texto de la fracción I).
Por otro lado, la fracción V que quedó sin modificación señala que compete a la Secretaría de Salubridad y Asistencia administrar los bienes y fondos que el Gobierno Federal destine para la atención de los servicios de asistencia pública, de tal manera que esta disposición tendía a impedir que otras entidades y dependencias destinaran fondos y prestaran servicios de asistencia pública o "social" como así le llama esta fracción.
Ahora, la Ley parte del supuesto que otras dependencias y entidades prestarán servicios de "...asistencia social", situación que se corrobora con la nueva estructura del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, según Decreto publicado en el Diario Oficial del 21 de diciembre de 1982.

SECRETARÍA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL

ARTÍCULO 40.–El decreto de reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal cuyo estudio nos ocupa, señala que este artículo, que contiene las facultades de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, se reformó íntegramente.
Sin embargo, la mayoría de las fracciones quedaron igual o sufrieron simples modificaciones de redacción.
Quedaron idénticas las fracciones I, II, VI, IX, XIII, XV y XVII relativas a la vigilancia de la observancia de las normas de trabajo; a la procuración del equilibrio entre los factores de la producción; a la promoción de la capacitación para el trabajo; registro de asociaciones; higiene industrial; exposiciones y museos de trabajo; estadísticas laborales y a los planes para impulsar la ocupación en el país.
Sufrieron simples modificaciones de redacción las fracciones III, IV, VII, VIII, XII y XIV relativas a la intervención de la Secretaría en los contratos de trabajo de nacionales para prestar servicios en el exterior; formulación y promulgación de los contratos-ley; servicio nacional de empleo; Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje; Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo y a la participación en congresos y reuniones internacionales de acuerdo con la Secretaría de Relaciones Exteriores.
Sufrieron modificaciones que ameritan comentarios, las siguientes:

Fracción V.–En relación al incremento de la productividad del trabajo se cambió el verbo elevar por el de promover. Anteriormente se señalaba que dicha facultad se ejercería en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, lo que ahora se omitió. La coordinación con esta Secretaría se conserva en la fracción VI que se refiere a la capacitación para el trabajo misma que está en relación con la atribución contenida en favor de la Secretaría de Educación Pública en el artículo 38, fracción XXVII de la Ley en donde se le señala que para los programas de capacitación y adiestramiento debe coordinarse con las dependencias del Gobierno Federal.

Fracción X.–Se refería exclusivamente a la organización, registro y vigilancia de las sociedades cooperativas. El nuevo precepto faculta a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social para promover, en coordinación con las dependencias competentes (P/ej. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, etc.) la organización de toda clase de cooperativas y demás formas de organización social para el

trabajo y resolver, tramitar y registrar su constitución, disolución y liquidación.

Fracción XVI.—De singular importancia es la reforma de la presente fracción. La Secretaría conserva la competencia que tenía en los asuntos relacionados con el seguro social y se le otorgan nuevas facultades para el establecimiento de la política y coordinación de los servicios de seguridad social de la Administración Pública Federal (Vg. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado).

SECRETARÍA DE LA REFORMA AGRARIA

ARTÍCULO 41.—Lo comentado antes para el artículo 40 es aplicable aquí. En realidad son pocas las modificaciones de fondo al precepto en lo que hace a las facultades de la Secretaría de la Reforma Agraria y sin embargo aparece como totalmente reformado.

Quedaron idénticas las siguientes fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, IX y XI (antes XIII) relativas a la aplicación de los preceptos agrarios; dotaciones y restituciones; nuevos centros de población; titulación y el parcelamiento ejidal; Registro Agrario Nacional; límites y deslindes de tierras ejidales y comunales; reconocimiento y titulación de tierras y aguas comunales y programas de conservación de tierras y aguas en ejidos y comunidades.

Fracción VIII.—Esta fracción en virtud de la modificación, otorga participación a las autoridades estatales y municipales con esta Secretaría, en las cuestiones relacionadas con los problemas de los núcleos de población ejidal y de bienes comunales.

La fracción X (antes XII) relativa a los programas de colonización ejidal cambió sólo en la referencia la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, ya que antes hacía mención a la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.

La fracción X del texto anterior de la Ley, relativa a la organización de ejidos con objeto de lograr un mejor aprovechamiento de sus recursos pasó a la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos según se establece en el Artículo 35, fracción IV de la Ley.

La fracción XII, de nueva creación, otorga una doble facultad a la Secretaría:

- Ejecutar las resoluciones y acuerdos que dicte el Presidente de la República en materia agraria, situación que conforme a nuestro sistema jurídico era ya obligatorio para la Secretaría de la Reforma Agraria; y
- Resolver los asuntos correspondientes a la organización agraria ejidal. La exposición de motivos de la iniciativa señaló que esto tiene por objeto aumentar la capacidad de los campesinos para resolver en forma más expedita la problemática jurídica y social que implica la tenencia de la tierra.

SECRETARÍA DE TURISMO

ARTÍCULO 42.—Contiene las atribuciones de esta Secretaría. Conforme a Decreto de reformas a la Ley este artículo aparece como totalmente reformado, sin embargo algunas de sus fracciones quedaron idénticas como es el caso de la III relativa a la participación de la Secretaría en las Comisiones Consultivas de Tarifas y en la Comisión Técnica Consultiva de Vías Generales de Comunicación; la VIII, que le atribuye competencias para estimular la formación de asociaciones, comités y patronatos de naturaleza turística; la IX para emitir opinión, ahora ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial respecto a la inversión extranjera en proyectos turísticos; la X, relativa a las medidas de protección al turismo y la XVII que se refiere a las estadísticas en materia turística.

Otras fracciones cambiaron en su redacción pero el contenido permaneció similar como la XI (antes XII) relativa al intercambio internacional en materia de turismo; la XII (antes XIII) relativa a la capacitación, investigación y desarrollo tecnológico en materia turística en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, la XIV (antes XV) sobre eventos tradicionales y folklóricos de carácter oficial para atracción turística y la XV (antes XVI) sobre las categorías de los prestadores de servicios turísticos.

Las fracciones que sufrieron algún cambio que amerite comentarios son las siguientes:

Fracción IV.—Se refiere al registro de los prestadores de servicios turísticos. El precepto es igual al anterior salvo que el registro de los precios de alimentos y bebidas pasó a la fracción VI.

Fracción V.—Continúa con la facultad de promover y opinar sobre el otorgamiento de facilidades y franquicia a los prestadores de servicios turísticos.

Se señala ahora que la Secretaría está facultada para participar con la de Hacienda y Crédito Público en la determinación de los criterios generales para el establecimiento de los estímulos fiscales necesarios para el fomento de la actividad turística.

La Secretaría queda facultada para administrar la aplicación de los estímulos fiscales y para vigilar y evaluar sus resultados.

Fracción VI.—Contiene una doble facultad:

- Autorizar los precios y tarifas de los servicios turísticos previamente registrados.

– Participar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el establecimiento de los precios y tarifas de los bienes y servicios turísticos a cargo de la Administración Pública Federal.

La anterior fracción XI que faculta a la Secretaría de Turismo a celebrar convenios en coordinación con la Secretaría de Programación y Presupuesto, con los Gobiernos de los Estados y Municipios a fin de promover y operar servicios turísticos, desapareció ya que ahora quien celebra convenios con las autoridades locales es el Titular del Ejecutivo y la Secretaría de Programación y Presupuesto es la competente para coordinar las acciones a cargo de la Federación contenidas en dichas convenios (artículos 22 y 32, fracción IV de la Ley).

Fracción XIII.–Continúa con la atribución de la Secretaría de formular y difundir la información oficial en materia de turismo, coordinar la publicidad que en materia turística efectúen las entidades parestatales y las autoridades estatales y municipales. La innovación consiste en que esta dependencia queda facultada para promover la publicidad que en materia turística efectúen los sectores social y privado.

Fracción XVI.–Anteriormente facultaba a la Secretaría a autorizar los reglamentos interiores de los establecimientos de hospedaje (fracción XVII), ahora se refiere a los establecimientos de servicios al turismo.

Fracción XVIII.–Es nueva. Faculta a la Secretaría a promover y apoyar la coordinación de los prestadores de servicios turísticos.

Fracción XIX.–Es nueva. Establece que la Secretaría será competente para proyectar, promover y apoyar el desarrollo de la infraestructura turística y estimular la participación de los sectores social y privado.

Fracción XX.–Es nueva en la Ley aun cuando estaba prevista en la Ley Federal de Turismo (artículo 12, fracción XXV) y se refiere a la competencia de la Secretaría para fijar e imponer el tipo y monto de las sanciones por el incumplimiento y violación de las disposiciones en materia turística.

SECRETARÍA DE PESCA

ARTÍCULO 43.–El precepto que nos ocupa, relativo a las facultades de la Secretaría de Pesca también aparece como reformado en su totalidad, sin embargo permanecen idénticas o con simples cambios de redacción, las siguientes fracciones: I, relativa a formular y conducir la política pesquera del país; II, sobre la programación, fomento y asesoría de la explotación pesquera; IV (antes III) en materia de contratos, concesiones, permisos y autorizaciones para la explotación pesquera; VII (antes última parte de la IV) sobre métodos y procedimientos de piscicultura; VIII (antes V) relativo a las autorizacioness sobre acuacultura; IX (antes VI) sobre formación y organización de la flota pesquera y la promoción de la construcción de embarcaciones y X (antes VIII) sobre el fomento de la organización de sociedades cooperativas pesqueras y sociedades, asociaciones y uniones de pescadores.

Ameritan comentarios los cambios operados en las siguientes fracciones:

Fracción III.–La Secretaría es competente para participar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la determinación de los criterios generales para el establecimiento de los estímulos fiscales y financieros para el fomento de la actividad pesquera, así como para administrar la aplicación de dichos estímulos y vigilar y evaluar sus resultados.

Fracción V.–Se faculta a esta dependencia a determinar las épocas y zonas de veda de las especies acuáticas, ahora en coordinación con la Secretaría de Desarrollo Urbano y Energía. Antes el ejercicio de esta facultad era exclusivo de la Secretaría de Pesca.

Fracción VI.–Contiene una doble facultad:

– Organizar y fomentar la investigación sobre la actividad pesquera, atribución que ya tenía esta dependencia contenida en la facultad de planear, fomentar y asesora en la explotación y producción pesquera (fracción II anterior).

– Promover el establecimiento de centros o institutos de capacitación pesquera que es una facultad nueva en la Ley.

Fracción XI.–Promover la industrialización de los productos pesqueros y el establecimiento de las plantas e instalaciones industriales. Esta facultad la ejercía en forma exclusiva la Secretaría de Pesca (fracción VIII anterior) y ahora se ejercita en coordinación con la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Fracción XII.–Contiene una triple facultad de la Secretaría de Pesca en apoyo a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial:

– La promoción del consumo humano de productos pesqueros.

– el abastecimiento de materias primas a las industrias nacionales, y

– la distribución de los productos pesqueros.

El texto anterior (fracción IX) sólo hacía referencia al consumo de productos pesqueros.

Las fracciones siguientes contienen todas ellas adiciones a la Ley, su texto es el siguiente:

Fracción XIII.—Regular la pesca en lo relacionado con el número, condición y capacidad del personal pesquero;

Fracción XIV.—Promover la creación de zonas portuarias reservadas para la instalación de terminales pesqueras y actividades conexas, facultad contenida en el Artículo 14 fracción II de la Ley Federal para el Fomento de la Pesca.

Fracción XV.—Apoyar técnicamente a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en las exportaciones e importaciones de las especies de la flora y la fauna acuáticas.

Fracción XVI.—Cuantificar y evaluar las especies de la flora y fauna cuyo medio de vida sea el agua;

Fracción XVII.—Proponer ante la Secretaría de Relaciones Exteriores la celebración de convenios y tratados internacionales relativos al recurso pesca.

ARTÍCULO 48.—Este precepto contiene la definición y las bases para el control de las empresas de participación estatal minoritaria.

Por lo que hace a la definición, el texto es idéntico al de la Ley en su redacción original y similar al contenido en el artículo 27 de la Ley para el control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.

Cuando el texto pasó de la Ley para el Control a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se dejó de mencionar expresamente a las instituciones nacionales de crédito cuya participación en el capital social de otra empresa en el porcentaje previsto en la Ley, le atribuía a ésta el carácter de paraestatal minoritaria.

Si tomamos en consideración que las instituciones nacionales de crédito son consideradas como empresas de participación estatal (en este sentido el Acuerdo de Agrupación Sectorial publicado en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 1982) la omisión expresa de aquéllas, en nada afectó a la definición de las empresas minoritarias.

Sin embargo el texto actual repite el defecto de no considerar como empresas de participación estatal minoritaria a aquéllas en las que el Gobierno Federal participe directamente en su capital social, error que viene desde el texto original de la Ley Orgánica y también de la definición contenida en la Ley para el Control.

En efecto, conforme a la redacción actual de la Ley Orgánica, las empresas

de participación estatal minoritaria son aquellas en las que menos del 50% y hasta el 25% del capital social pertenece a:

- organismos descentralizados
- empresas de participación estatal mayoritaria considerados tanto los organismos como las empresas en forma conjunta o separada.

Parece evidente que si las entidades paraestatales mencionadas confieren el carácter de empresas de participación estatal minoritaria, con mayor razón lo confiere directamente el Gobierno Federal.

El caso no tiene interés meramente doctrinal. Con la nacionalización bancaria el Gobierno Federal expropió los activos de la banca privada, entre los cuales se mencionan las acciones que los bancos tuvieran en otras empresas, en cuanto sean necesarias, a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la prestación del servicio público de banca y crédito. Es importante resaltar el hecho de que la expropiación fue de los activos de los bancos, no de las acciones representativas de su capital social. (Artículo 1o. del Decreto que establece la nacionalización de la Banca Privada, publicado en el Diario Oficial el 1o. de septiembre de 1982).

Con estricto apego al texto del citado Decreto, si la Secretaría de Hacienda y Crédito Público así lo define las acciones quedarán expropiadas en favor de la Nación. Así algunas empresas llegarían a adquirir el carácter de empresas de participación estatal minoritaria dado el porcentaje en que en su capital participara el Gobierno Federal y se estará ante el problema de que no están incluidas expresamente en el texto su definición legal. Sin embargo consideramos que su inclusión como empresas de participación estatal minoritaria sería por un argumento lógico de mayoría de razón.

Con respecto a la vigilancia de la participación estatal en este tipo de empresas, la Ley señala que estará a cargo de un comisario designado por el Coordinador del Sector correspondiente, escuchando la opinión del Secretario de la Contraloría General de la Federación. Antes de la reforma a la Ley, la opinión de la nueva Secretaría no era necesaria.

El resto del precepto que señala que las relaciones de las empresas de participación estatal minoritaria con la Administración Pública Federal serán las que determine la ley, no sufrió modificación alguna.

ARTÍCULO 50.—El primer párrafo de este artículo no cambió aun cuando se transcribe íntegramente en el Decreto de reformas.

Se refiere a la facultad Presidencial para determinar agrupamientos de entidades de la Administración Pública Paraestatal, por sectores definidos.

El cambio del precepto se contiene en la adición de un segundo párrrafo que señala que las Secretarías de Estado o Departamentos Administrativos organizarán a las entidades paraestatales bajo su coordinción, agrupándolas

en *subsectores* cuando convenga, atendiendo a la naturaleza de sus actividades. Esta situación ya se daba de hecho en algunas dependencias.

ARTÍCULO 51.–Este precepto, que facultaba al Coordinador del Sector a *planear,* coordinar y evaluar la operación de las entidades paraestatales que estén agrupadas bajo su coordinación, cambió para que en lugar de planear el Coordinador *conduzca la programación* de las entidades de su sector.

ARTÍCULO 52.–Este artículo sufrió una modificación importante. El texto anterior señalaba que el Presidente de la República nombraba a los miembros de consejos, juntas directivas o equivalentes en aquéllas entidades cuyo nombramiento correspondiere hacerlo al Gobierno Federal. La reforma consistió en que ahora el Presidente de la República dará a los coordinadores de sector las bases para la designación de los funcionarios que proceda.

El artículo sexto del Decreto de reformas a la Ley le adicionó dos artículos finales los que por su importancia consideramos ameritan un breve análisis.

ARTÍCULO 55.–Este nuevo precepto señala en su primera parte que los consejos de administración, juntas directivas o equivalentes serán responsables de la programación estrtégica y de la supervisión de la marcha normal de las entidades paraestatales.

Aun cuando es a los órganos de vigilancia a quienes por definición corresponde esa facultad de supervisión, nada obsta para que los administradores tengan también esa responsabilidad. En cuanto a la programación estratégica no se debe perder de vista que también corresponde formularla a la Secretaría de Programación y Presupuesto (Artículo 32, fracción VII) y al Coordinador del Sector correspondiente (Artículo 51).

Por lo que hace a la segunda parte del precepto, se faculta a los Coordinadores de Sector a establecer *comités técnicos* especializados dependientes de los consejos de administración, con funciones de apoyo en el desarrollo de estas actividades (se refiere a la programación estratégica y a la supervisión de la marcha normal de la entidad).

Estos comités técnicos han venido funcionando como órganos consultivos o asesores de los consejos de administración y a los que por la especialización que se les asigna, están en mejores condiciones de conocer a fondo determinado tipo de asuntos.

Se estima que dichos comités no podrán tener funciones decisorias que sustituyan a las de los Consejos de Administración, por la razón de que no son nombrados por dichos Consejos quienes pudieran en los términos de sus disposiciones internas, delegar determinadas funciones, sino por el Coordinador de Sector quien no puede sustituir la voluntad de un cuerpo colegiado y mucho menos trasladar sus funciones a otro órgano. Por ello lo conveniente será que los comités técnicos sean designados por los Consejos de

administración de las entidades y que éstos les señalen sus funciones. Sin embargo, la determinación definitiva sobre el particular requerirá de un análisis de cada caso en concreto.

ARTÍCULO 56.–Este precepto establece que corresponderá a los Coordinadores de Sector *promover* el establecimiento y la vigilancia del funcionamiento de *comités mixtos de productividad* en las entidades de la Administración Pública Federal con la participación de representantes de los trabajadores y de la administración de la entidad, que atenderán problemas de:

– administración y organización de los procesos productivos.

– selección y aplicación de los adelantos tecnológicos.

– uso de los demás instrumentos que permitan elevar la eficiencia.

El precepto concede una importante participación a los trabajadores en la producción de las entidades paraestatales. De alguna manera esta participación incluso referida a aspectos de administración general se encuentra en organismos como Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México y la Comisión Federal de Electricidad.

Consideramos que el precepto amerita ser precisado en puntos tales como a quién corresponderá el establecimiento de los comités mixtos de productividad, ya que el Coordinador sólo los promueve y después los debe vigilar, y sobre esto último es recomendable establecer qué tipo de vigilancia podrá ejercer sobre ellos. Igualmente, será necesario esclarecer si la promoción de su establecimiento es opcional u obligatoria y por último, pero no menos importante, definir los alcances que tendrá la "...atención de los problemas" que corresponden a dichos comités, bien sea a nivel de recomendaciones o bien de decisiones vinculatorias.

El Decreto de reformas y adiciones de la Ley, contiene siete artículos TRANSITORIOS:

El primero se refiere a la entrada en vigor de las reformas y adiciones que como ya se apuntó fue el 1o. de enero de 1983.

El segundo deroga todas las disposiciones que se opongan al mismo.

El tercero señala que en los casos en que las atribuciones de una dependencia pasen a otra el traspaso se efectuará incluyendo:

– personal a su servicio
– presupuesto
– mobiliario

– vehículos
– instrumentos
– aparatos
– maquinaria
– archivos
– en general el equipo que se haya utilizado para la atención de las atribuciones de que se trate.

El artículo cuarto señala claramente que al personal de las dependencias que por el cambio de atribuciones pase a otra, no se le afectaran los derechos que haya adquirido en virtud de su relación laboral con la Administración Pública Federal y que si por cualquier circunstancia algún grupo resultare afectado se dará intervención previamente a:

– La Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal

– Federación de Sindicatos de Trabajadores al Servicio del Estado

– Sindicato correspondiente.

El quinto se refiere al estado que guarden los asuntos que deban pasar de una dependencia a otra. El precepto señala que permanecerán en el último trámite que hubieren alcanzado hasta que las unidades administrativas que los tramiten se incorporen a la dependencia competente conforme a la reforma, a excepción de los trámites urgentes o sujetos a plazos improrrogables. Este artículo fue igual cuando se expidió la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en 1976 (artículo 4o. transitorio) y la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado en 1958 (Artículo 3o. transitorio). Supone una inmobilización temporal de la Administración Pública que carece de sentido, pues la *incorporación* jurídica por lo que hace a la competencia se lleva a cabo de inmediato, es decir tan pronto entran en vigor las reformas. Por lo que hace a la incorporación material, ésta puede tardar algún tiempo, pero si existen personal que tramitarán los asuntos y nuevas autoridades que los decidirán, carece de sentido parar su marcha.

El artículo sexto transitorio también lo encontramos en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1976 y en la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958.

Señala que cuando se dé una denominación nueva o distinta a alguna dependencia cuyas funciones estén establecidas con anterioridad, dichas atribuciones se entenderán concedidas a la dependencia que determine este Decreto de reformas y las demás disposiciones relativas.

El artículo séptimo señala que el Ejecutivo Federal continuará los fincamientos de responsabilidades en proceso y los que se inicien por hechos consumados con anterioridad a la publicación de las modificaciones por con-

ducto de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación y que resulten de la revisión que le compete independientemente de la fecha en que se descubran o comprueben. Esto debido a la competencia de la nueva Secretaría según se comentó antes.

Por último, este Decreto del Congreso de la Unión fue expedido el 22 de diciembre de 1982, promulgado por el Ejecutivo Federal el día 23 y publicado en el Diario Oficial el día 29 del mismo mes y año. El Decreto de Promulgación fue refrendado por todos los Secretarios de Estado y por el Jefe del Departamento del Distrito Federal.

EL DERECHO A LA SALUD Y GARANTÍAS SOCIALES

José A. González Fernández

Dentro de esas reformas, que responden al anhelo de hacer justicia a los mexicanos, coadyuvando a alcanzar la sociedad igualitaria ampliamente reclamada por la ciudadanía en la última campaña electoral, se encuentra el reconocimiento a nivel constitucional del derecho a la protección de la salud, y la implementación de mecanismos de cordinación, detinados a canalizar de manera coherente y racional el esfuerzo público encaminado a realizar la garantía.

Las reformas legales efectuadas en esta materia no constituyen un acto aislado ni un ensayo jurídico, sino que son consecuencia del devenir histórico y de la concepción humanista en que se inscribe el sistema jurídico nacional.

La exigencia de incluir en la Carta Magna el derecho a la protección de la salud, se deriva de la necesidad de dar contenido social al proceso de cambio que se comprueba en el seno de la sociedad mexicana, la cual manifiesta sus requerimientos por los canales de expresión democrática e impulsa activamente el Gobierno Federal.

Si la salud se define como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedad; disfrutar del nivel más alto de salud posible debe constituir uno de los derechos fundamentales de todo mexicano, sin distinción alguna.

Pero la solución de los problemas de salud no sólo requiere voluntad política, sino que también exige realismo y convicción. La labor en la materia comienza en la estructuración de un adecuado marco jurídico. La sustancia se desenvolverá en su efectivo desarrollo, a través del conjunto de acciones que se emprendan.

Sin embargo, es necesario profundizar en la comprensión de la entidad y alcance de las reformas legales, para definir el marco y la filosofía en que deben inscribirse las acciones relativas a la salud de los mexicanos.

Por la modalidad del tema que me corresponde exponer, he considerado conveniente partir de la conceptualización del derecho social y el análisis de la naturaleza de las garantías individuales y sociales, continuando con una breve relación de la trayectoria de estas categorías en el sistema constitucional mexicano, para culminar caracterizando el derecho a la protección de la salud, adecuadamente contextualizado.

1. DERECHO SOCIAL

Para definir el concepto de derecho social es necesario analizar previamente las razones y condiciones que determinan su genes y desarrollo, partiendo de los orígenes del constitucionalismo moderno, que surge como un esfuerzo deliberado por eliminar el despotismo, enmarcando la acción de la autoridad. Desde entonces se estimaba que era suficiente con delimitar el campo de acción del gobernante para que el ciudadano común gozara de plena libertad.

La experiencia demostró que para garantizar a los individuos una vida digna en sociedad no era suficiente con limitar la acción del gobernante, sino que se requería, además, que se le reconocieran un mínimo de prerrogativas al gobernado y que se establecieran procedimientos adecuados para salvaguardarlas. Esta inquietud político-social dio lugar a la expedición de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, entendido como individuo, y a que se diseñaran mecanismos jurdicos para hacerlos efectivos, tales como el juicio de amparo y el habeas corpus.

En esta concepción tradicional, inspirada en el liberalismo, tanto político como económico, los derechos del hombre se entendían como facultades que quedaban en el arbitrio individual.

Se garantizaba la libertad del hombre, pero ¿cuál era su posibilidad real de ser libre? La consecuencia inmediata de esta concepción, que asumía que no habría injusticia cuando todos pudieran hacer lo que más les conviniese, fue la desigualdad en el disfrute real, en tanto eran desigualitarias las condiciones económico-sociales en las que el hombre se desenvolvía.

Comienza a perfilarse el derecho social cuando se pone el acento en la posibilidad de ejercicio y disfrute de un derecho y no en la potencial prerrogativa que implica su declaración.

El tránsito de la concepción, "derecho de" a "derecho a" constituye el acta de nacimiento del derecho social, en virtud de que establece como obligación del Estado el consolidar la garantía Constitucional de la seguridad social, que establece una nueva concepción del hombre en sociedad, así como el respeto de los derechos subjetivos y el cumplimiento de los deberes jurídicos del Estado.

El derecho social protege valores y bienes que exceden al individuo y atañen a la sociedad en general o a alguna clase social, e implica concebir los derechos subjetivos más en su función social que en el arbitrio de la posibilidad de cada individuo.

Implica, asimismo, la armonización de los valores individuales y colectivos dentro de una concepción personalista o humanista del ideal jurídico.

Sin embargo, el derecho social, al igual que las garantías individuales, limita el poder de las autoridades, pero a diferencia de las segundas, impone al Estado deberes jurídicos de hacer y no sólo de no interferir. Asimismo, impone limitaciones a derechos individuales, en pro del beneficio colectivo o de la protección específica de determinada clase o grupo social. Por esta razón, se considera que su interpretación debe ser restrictiva, no siendo susceptibles jurídicamente de extenderse a casos no previstos, ya sea por analogía o por mayoría de razón.

Los derechos sociales pueden ser ejercidos por individuos en particular, y su cumplimiento puede ser exigido directamente por los beneficiarios o por medio de los órganos que la ley establezca para representar a grupos sociales.

Si bien por lo que toca a los derechos individuales, existe un procedimiento que tiende a garantizar a los particulares al goce y respeto de ellos, que es el juicio de amparo, las violaciones a las garantías sociales, por cuanto a que son oponibles a particulares y no necesariamente a autoridades como lo supone el juicio de amparo, presumen la existencia de acciones e instancias ante tribunales o dependencias diferentes de los judiciales que normalmente conocen de las demandas de amparo.

Para entender la significación del derecho social no debe perderse de vista que casi detrás de cada relación jurídica privada, asoma siempre un tercero interesado: la colectividad.

La idea central en que el derecho social se inspira no es en la igualdad de las personas, sino en la eliminación de las diferencias que entre ellas existan.

Si las garantías individuales surgen como limitaciones al absolutismo y fronteras al dominio arbitrario, los derechos sociales se conciben como limitaciones a los derechos individuales, aunque sin desconocerlos.

Así, contra los actos realizados por el sector patronal que los trabajadores estiman violatorios de sus derechos sociales, éstos pueden recurrir a los tribunales laborales y hacer uso de su máximo instrumento de acción: la huelga. Los campesinos cuentan con instancias para solicitar ser provistos de tierras; aguas o elementos para explotar el campo, a través de la legislación agraria. Lo anterior implica que, antes de recurrir a las vías de amparo, que están abiertas a obreros y campesinos, ellos, en forma colectiva, pueden exigir las prestaciones que legalmente les corresponden.

El sistema constitucional mexicano es rico en antecedentes de incorporación de preceptos de carácter social, tendientes a brindar tutela, protección y auxilio a las clases sociales económicamente débiles y desprotegidas. Un breve análisis de los textos jurídicos que han regido sucesivamente en el tiempo los aspectos fundamentales de la vida del país, nos permiten verificar la secuencia lógica que condujo a las reformas legales sancionadas recientemente.

2. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SOCIALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO

Los dos primeros documentos fundamentales que tuvieron vigencia en México, fueron: La Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución de 1824; en ellas se carecía de una declaración exhaustiva y sistemática de los derechos del hombre y del ciudadano, aunque incluían el reconocimiento de ciertos derechos de los habitantes.

Entre las dos cartas fundamentales citadas, hay que recordar el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, bajo la inspiración de Don José María Morelos y Pavón. Este intento por concretar las máximas aspiraciones de la Constitución

en materia de soberanía y determinación política, procura circunscribir la acción de la autoridad a los términos de la ley, característica fundamental del estado de derecho, y contiene referencias a los derechos del individuo frente al gobernante, aunque sin un orden real en materia de garantías.

El Constituyente de 1857 actuó plenamente en el contexto del liberalismo, político y económico. En consecuencia, el documento emanado de su labor se limitó a fraccionar el poder, con el fin de evitar su abuso y a esablecer principios generales que protegieran la actividad de los particulares frente al Estado.

No obstante la alta calidad de la Constitución de 1857, los factores que dieron origen a la revolución de 1910 pusieron en evidencia una realidad distinta, comprobándose de que en un país con desigualdades económicas, políticas, sociales e históricas, el tratar igual a los desiguales era injusto e impolítico.

El proyecto de Constitución Política que Carranza presentó al Congreso Constituyente de 1917, si bien fue en muchos aspectos avanzado para su época, conservó los elementos que habían propiciado la desigualdad, encendiendo el movimiento armado al que se procuraba poner fin. Esta circunstancia fue percibida por un número considerable de constituyentes, quienes intuyeron la necesidad de establecer, paralelamente a los derechos del individuo, derechos a favor de los grupos marginados, y por tal motivo, con escasas posibilidades de hacer efectivas sus prerrogativas más elementales. En este momento nace la idea de incorporar derechos sociales a la Constitución Política, aunque aún no se definieran como tales.

La Constitución Política de 1917, que no escapa por su concepción general y estructura al marco del liberalismo, incluye sin declararlo algunos derechos sociales que, a juicio del constituyente, el momento requería. Como la decisión de incluirlos es más producto de la intuición humanista y de la coyuntura política que de una elaboración teórica sólida, no se previó un capítulo para desarrollarlos ni recibieron un tratamiento diferencial con respecto de las demás garantías individuales. Por el contrario, se dispersan a lo largo del texto, con excepción de los propios que correspondan a los trabajadores, que merecen un capítulo aparte, ubicado a continuación del relativo a las entidades federativas y procediendo a las prevenciones generales.

Entre los que pueden caracterizarse como derechos sociales en la Constitución de 1917, se cuentan los siguientes:

- La organización y modalidades de explotación de la tierra cultivable, contenidas en el artículo 27, que pretende superar la concepción del campo como simple factor de producción en manos de unos pocos, para procurar que sirva al sostenimiento, progreso y seguridad de quienes lo cultivan.

- La prohibición de monopolios, consagrada en el artículo 28 facultando a los poderes federales para actuar en defensa de la economía del país, en beneficio de los particulares concebidos más como grupo social que como individuos. Los monopolios no se prohíben solamente porque impiden la libre concurrencia en los mercados y limitan la acción de la oferta y la demanda, preocupaciones ambas que se inscriben en el marco del liberalismo económico, sino porque constituyen una ventaja exclusiva a favor de una o varias personas, en perjuicio del público en general y de alguna clase social en particular, y

- La dignificación del trabajo, consagrada en el artículo 123, que superando su consideración como mera mercancía, lo concibe como elemento de la producción con valor propio, susceptible de ser protegido tanto en el momento que se presta como en la etapa de adiestramiento previo, incluyendo previsiones relativas a la seguridad en el empleo y limitaciones que tienden a evitar la explotación del hombre por el hombre y proteger la prestación laboral de menores y mujeres, sin menoscabo de otros valores, como la familia y la educación.

Algunos derechos, como el relativo a la educación, no fue posible al constituyente de 1917 establecerlo como un derecho social. Esta labor fue confiada a los gobiernos emanados de la revolución. El texto del artículo tercero original correspondía, en gran medida, a las ideas liberales del siglo pasado. No obstante ya se consideraba que la educación era una función propia del Estado, que no podía ser confiada en su totalidad a los particulares, ya que es su función el dar el servicio en forma masiva y general, y que el mismo Estado debía definir el tipo de educación que se impartiera en el país.

El constituyente de 1917 fue innovador por cuanto estableció los derechos sociales de que se ha hablado.

Pero, además, a él y al constituyente permanente se deben otro tipo de instituciones que tienden a procurar que la propiedad privada, más que a servir a intereses privados, tenga un fin social. Si bien conservó la fórmula expropiatoria que existía desde 1857, se dispuso que el Estado cuenta en cualquier momento con la posibilidad de imponer a la propiedad privada las modalidades y limitaciones que dicte el interés público.

Asimismo, se estableció que los minerales y demás elementos aprovechables del subsuelo son de la Nación; las aguas y el espacio aéreo también son propiedad de ella; muchas actividades, si bien pueden ser ejercidas por los particulares, están sujetas a la previa concesión, permiso o autorización. Todo ello con la finalidad de que sea el Estado quien encauce, en beneficio de la colectividad, la actividad de los particulares.

Tal como se concibió en el texto constitucional de 1917, el Estado deja de ser un mero observador de la actividad de los habitantes del país. Abandonando el rol de simple árbitro en la relación que se da entre los factores de la producción, distribución y consumo, a que lo había circunscrito la Constitución de 1857, y se convierte en regulador real de la economía del país.

3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Como mencionaba al comienzo de esta exposición, el derecho a la protección de la salud se inscribe en el contexto de los derechos sociales ya conceptualizados, de reconocimiento impostergable para garantizar el desarrollo nacional armónico y equilibrado.

La salud, como ninguna otra condición para el disfrute de una vida plena, no admite discriminaciones. No puede hablarse de una sociedad sana cuando sectores completos de la población no tengan acceso real al disfrute de este derecho.

Para igualar a los desiguales en oportunidades y seguridades, debió incorporarse a la Constitución el derecho social de protección de la salud, que es al mismo tiempo un derecho individual, ya que puede ser ejercido y reclamado tanto por grupos o clases sociales como por los propios gobernados considerados individualmente.

La preocupación por la salud de la población ha estado presente desde el comienzo de la vida independiente de la Nación.

En Apatzingán se incluyó como facultad del Supremo Congreso la de "aprobar los reglamentos que conduzcan a la sanidad de los ciudadanos, a su comodidad y demás objetos de policía".

Por reforma constitucional de 1908 se facultó al Congreso de la Unión para regular lo relativo a salubridad general de la República, si bien dicha reforma puede ser estimada como un primer signo de interés en tal materia, lo relativo al contenido de la salubridad general es una conquista del constituyente revolucionario de 1917. Es también el reconocimiento de un derecho social a favor de aquéllos que, de una u otra forma, habían propiciado, apoyado y sostenido el movimiento armado. Así como no pasó por alto problemas como el agrario, el obrero y muchos otros, es indiscutible que fue intención de la Asamblea de Querétaro el regular lo relativo a la salubridad general de la República. Independientemente de eso se facultó al Congreso de la Unión para dictar leyes sobre tal materia. En forma adicional y por disposición expresa constitucional, se previó la existencia de un Consejo de Salubridad General, al que se dotó de un amplio margen de acción.

Dentro de este mismo contexto de protección y defensa de la población del país, que ha caracterizado a los gobiernos emanados de la revolución, posteriormente, en 1971, se propició una reforma al párrafo cuarto de la fracción XVI del Artículo 73 constitucional, para introducir en ella lo relativo a la prevención y combate de la contaminación ambiental.

Por otro lado, en la parte final del Artículo 117 se facultó conjuntamente al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados para dictar leyes encaminadas a combatir el alcoholismo.

En el mismo marco de preocupación del Estado Mexicano por la salud de sus habitantes, es como debe ser entendida la reciente modificación hecha al artículo 4o. constitucional.

Ha existido una congruencia ideológica en el quehacer revolucionario. Los cambios se han hecho en el momento oportuno y cuando las circunstancias

permitían suponer que el país se encontraba preparado para proporcionar y gozar de la conquista que en cada momento se alcanzó.

No es impropio hablar de revolución y de derecho social a la protección de la salud. Ambas han sido a lo largo de la historia de este siglo inseparables.

Es más, se puede decir con vista a los hechos, que la reforma constitucional publicada con fecha 3 de febrero del año en curso, ha logrado elevar al máximo nivel legislativo algo que ha sido preocupación del Estado Mexicano desde 1917.

La salud se considera un bien de interés público, por lo que es función del Estado la protección, atención y vigilancia de la salud de todos los habitantes del país. Por otra parte, es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad en general, y cada uno de los interesados en particular, como afirmó el Dr. Guillermo Soberón, Secretario de Salubridad y Asistencia.

La adición al artículo 4o. constitucional consagra el derecho a la protección de la salud, a favor de todos los habitantes del país. Este derecho tiende a plasmar jurídicamente lo que es la seguridad social, que tiene como finalidad garantizar el derecho humano a la salud, a la asistencia médica, a la protección de los medios de subsistencia y a los servicios sociales que sean necesarios para el bienestar individual y colectivo.

En consecuencia, el derecho a la protección de la salud de los mexicanos consistirá en gozar de prestaciones integrales de salud de la misma calidad, eficiencia y oportunidad, por intermedio de las instituciones competentes.

La adición hecha al artículo 4o. amerita comentarios tanto de índole política como económica. Su génesis se encuentra en la filosofía expuesta por el Presidente Miguel de la Madrid Hurtado durante su campaña política: "El concepto moderno de salud rebasa la idea simplemente negativa de la ausencia de enfermedad. Se asocia ahora a un estado de bienestar físico y mental del individuo, y a una situación de seguridad que promueva el desarrollo pleno de la persona en un contexto social determinado... los servicios públicos de salud no pueden limitarse a los aspectos clásicos de la medicina. No es el sistema médico nacional el único responsable de la salud de la Nación. Hay una serie de condiciones sociales, económicas y aún políticas, que son prerrequisitos o condicionantes de los niveles de salud que tiene una población; aspectos tales como la nutrición, la educación, la sanidad del medio ambiente; en fin, una serie de circunstancias que configuran el habitat del hombre, determinan y condicionan el nivel correspondiente de salud".

El Estado está obligado a tomar las medidas tendientes de lograr que los gobernados puedan ejercer su derecho a la protección de la salud, dotando de mínimos de salud a todos los mexicanos. Para que ésta obligación pueda ser efectiva, se requeriría que el derecho a la protección de la salud estuviera incorporado a la Constitución Política.

El precepto constitucional lleva implícito un compromiso del Estado para alcanzar los objetivos de una sociedad más igualitaria, en la que se espera que, no obstante la escasez de recursos, los que existan sean plenamente utilizados

y aprovechados al máximo para dar respuesta a las necesidades de la población en general, sin importar su condición laboral ni su capacidad contributiva.

El carácter social de este derecho impone a los poderes públicos un deber correlativo, al que hay que hacer frente con solidaridad, responsabilidad pública, voluntad política y capacidad de ejecución.

El carácter social, tanto del derecho en sí como de la garantía consagrada en la Constitución Política, no se contrapone el derecho individual de cada beneficiario, sino que lo complementa, enriqueciendo y ampliando su marco conceptual y la efectividad de su ejercicio.

La reforma constitucional abre a los mexicanos, que hasta ahora no han contado con ello, la posibilidad de hacer uso de los sistemas de salud existentes. Lo podrán hacer como parte de un todo o en lo individual. El constituyente tuvo el acierto de establecer una fórmula que a la vez que establece un derecho individual, permite que el mismo sea ejercido y reclamado en forma colectiva, lo cual significa que es al mismo tiempo un derecho social.

La reforma constitucional en este tema, no ha sido aislada. En efecto, la acción de la presente administración en materia de salud, no se ha limitado a la reforma del artículo 4o. constitucional. La ley que reglamente a este último deberá sistematizar las estructuras de coordinación que ya se han establecido para el proceso de reestructuración integral de los servicios de salud.

Consecuentemente, en acatamiento de lo dispuesto por los artículos 25 y 26 constitucionales, cuyo contenido es de reciente creación, se ha establecido el Sistma Nacional de Salud que comprende: la sectorización, la programación sectorial, los programas interinstitucionales y la descentralización.

El Sistema Nacional de Salud es primordialmente un mecanismo de coordinación funcional, que dentro del sistema de planeación democrática, asegura la compatibilidad de los programas institucionales y garantiza la expansión necesaria de la capacidad instalada, del equipamiento y de la formación de los recursos humanos. El propósito de dicho sistema es lograr que las instituciones que atienden a la población abierta y las de seguridad social, sumen sus esfuerzos en la formulación de un programa sectorial de salud, que sirva de referencia, recoja y encauce los planteamientos de los respectivos programas institucionales.

Otra estructura que contribuirá a la consolidación del artículo 4o. constitucional, está garantizada por la constitución del Gabinete de Salud, órgano de planeación y evaluación presidido por el Presidente de la República, e integrado por los titulares de las Secretarías de Salubridad y Asistencia, Programación y Presupuesto, Contraloría General de la Federación, Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, que fungirá como instancia orgánica intermedia del Sistema Nacional de Planeación, que pretende establecerse en ésta década.

Otra forma de integración de acciones quedó establecida en el artículo 39, fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que prevé la coordinación por parte de la Secretaría de Salubridad y Asistencia de

los Programas de Servicios a la Salud de la Administración Pública Federal, así como los agrupamientos con funciones y programas afines, que en su caso, se determine. Este precepto legal condujo a reformas en las Leyes Orgánicas del IMSS y del ISSSTE para ser coherentes sus disposiciones con la mencionada coordinación.

La ley que en cumplimiento a lo dispuesto por la Reforma Constitucional se expida, deberá recoger y armonizar lo expuesto anteriormente. Además, tendrá que precisar su contenido conforme a lo establecido en el 4o. constitucional, que textualmente dice:

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del Artículo 73 de esta Constitución".

Consecuentemente, esta ley deberá, por un lado, desarrollar el contenido del derecho a la protección de la salud, así como enunciar las responsabilidades generales y específicas del Estado para hacer efectiva la garantía.

Por el otro, deberá sentar las bases jurídicas de la organización institucional para su aplicación, definiendo la competencia de las autoridades para llevar a cabo los mecanismos de coordinación de acciones en materia de salud y la participación de la Federación, los Estados y Municipios.

Por lo que a la primera parte se refiere, tratamiento especial deberán merecer en ella las bases y modalidades de los servicios de salud y el establecimiento de las formas de acceso que tenga la población a tales servicios. Habrá que diferenciar las que correspondan a la población abierta, de las de la población derecho-habiente. También deberá contemplar la participación de la comunidad, en su carácter de beneficiaria pero también corresponsable de la eficiencia de las acciones en pro de la salud.

Por lo que a la segunda parte compete, deberá responder al último párrafo de la adición al artículo 4o. constitucional que textualmente dice:

> *"La ley establecerá la concurrencia de la federación a las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del Artículo 73 de esta Constitución".*

Por su parte el Artículo 73, fracción XVI, dice:

> "Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y *salubridad general de la República*:
>
> – 1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.
>
> – 2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá

obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

– 3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.

– 4a. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de substancias que envenenan al individuo y degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión, en los casos que le competan";

De lo expuesto, habrá que preguntarse:

¿Cómo interpretar el término concurrencia entre Federación y Entidades Federativas en materia de salubridad general, conforme a la fracción XVI del Artículo 73?

En primer lugar la disposición mencionada otorga al Congreso facultad para legislar en materia de salubridad general de la República, reservando implícitamente la local a los Estados.

Estaríamos en presencia de una facultad concurrente, utilizando el calificativo en el sentido castizo de la palabra, es decir, haciendo referencia a las facultades que se ejercitan simultáneamente por la Federación y por los Estados, aunque en distintos ámbitos jurisdiccionales.

Esta interpretación convalidada jurisprudencialmente, se distingue del sentido que se le da a concurrencia en el derecho norteamericano, en el cual hace referencia a las facultades que pueden ejercer los Estados mientras no las ejerza la Federación, titular constitucional de las mismas.

A las facultades concurrentes, entendidas en el primero de los casos señalados, Felipe Tena Ramírez las prefiere denominar coincidentes, mientras Herrera y Lasso habla de jurisdicción dual, aclarando que aunque las facultades federales y locales se ejercitan sobre la misma materia, tienen siempre ámbito distinto de aplicación concreta.

Las facultades concurrentes implican una excepción al Artículo 124 y por lo tanto el principio del sistema federal, según lo cual la atribución de una facultad a la Federación se traduce necesariamente en la supresión de la misma a los Estados.

El término concurrente, en la interpretación castiza, está utilizándose correctamente en la Constitución Mexicana.

En materia de salubridad general es pertinente hablar de facultades concurrentes, coincidentes o duales, aunque para calificarlas con este último término hay que reconocer la existencia de una excepción. Esto es lo que se refiere a la facultad de combatir el alcoholismo, que por ser un tema de salubridad general corresponde a la Federación, pero en el cual el último párrafo del artículo 117 constitucional da también competencia a los Estados. A su vez corresponde al ámbito de acción del Consejo de Salubridad General.

La existencia de tres instancias competentes en materia de alcoholismo encuentra su justificación en la inminencia y gravedad de esos riesgos para la salud de la población en general.

La definición del contenido de la Salubridad General es un tema que ha planteado dificultades.

El texto constitucional reserva al Departamento de Salubridad, hoy Secretaría de Salubridad y Asistencia, en primer término, y luego a la intervención del Presidente de la República, competencia en materia de epidemias de carácter grave y peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país.

Por otra parte, establece la competencia del Consejo de Salubridad General con posterior intervención del Congreso de la Unión, lo referente al alcoholismo, venta de substancias enervantes o tóxicas y prevención de la contaminación ambiental.

Hasta la fecha éstas son las únicas materias que la Constitución define como la salubridad general. La enunciación del contenido completo de la salubridad general quedó sujeta a la determinación del Congreso y aún a interpretaciones judiciales.

Por fin, los códigos sanitarios fueron los encargados de incluir la enumeración de las materias propias de la salubridad general, con diversa suerte en cuanto a la calidad y comprensión del tema.

El Código Sanitario de 1955 contenía una enunciación de las materias de salubridad general en 12 fracciones, considerándose que hasta esa fecha fue el que dispuso de las normas relativas de mayor rigor técnico.

El artículo 3o. del Código Sanitario en vigor, es decir, del sancionado en 1973, amplía el catálogo de los asuntos considerados como parte de la salubridad general, avanzando sobre algunos aspectos que hasta entonces estaban reservados a la competencia de los Estados.

En efecto, el Código Sanitario de 1973 incluye lo correspondiente a la promoción de la salud física-mental de la población y al mejoramiento de la nutrición y de la higiene, entre otros aspectos, concernientes a la salubridad general, restando con ello facultades a los Estados para legislar en tales materias. Por su parte, la fracción XIV, convierte en materia de salubridad general, los conocimientos e información, sobre condiciones, recursos y actividades de salud pública.

La definición del contenido de la salubridad general se complica aún más a la luz de las disposiciones, a veces contradictorias, que se dan entre los distintos códigos sanitarios vigentes en los Estados.

Volviendo a la pregunta que nos formulamos anteriormente, sobre ¿cómo interpretar el término concurrencia a la luz del texto de adición al Artículo 4o. Constitucional?, que a su vez remite a la fracción XVI del artículo 73, resulta:

– Que existe una materia de salubridad general y otra de salubridad local, cuyos límites los seguirá definiendo el Congreso de la Unión. Pero, ahora el artículo 4o. habla de concurrencia en materia de salubridad general.

Entonces, surge una segunda pregunta:

¿Qué significa concurrencia entre Federación y Estados en materia de salubridad general?

Por aplicación de la fracción XVI del Artículo 73 no se trata de concurrencia en materia legislativa, que sigue íntegramente reservada al Congreso de la Unión. En consecuencia, no puede sino interpretarse que la concurrencia a que se refiere la adición del artículo 4o. constitucional es en materia operativa y administrativa, en términos de aunar esfuerzos en pro de una acción pública más racional y eficaz en materia de salud, y para cumplir cabalmente el compromiso asumido por el Estado en la materia. Asimismo, tiene por objeto fortalecer a los Estados, en cuanto a su intervención, cada vez más activa en la prestación de los servicios de salud.

Sin perjuicio de esta interpretación, se hace necesario revisar detenidamente el contenido de la salubridad general a partir de la enumeración de temas comprendidos en el artículo 3o. del Código Sanitario vigente, no con la intención de quitar o incluir arbitrariamente, sino de definir funcionalmente los ámbitos de competencia de la Federación y de los Estados. Y fundamentalmente, con el ánimo de determinar si los temas que se incluyeron en el ámbito de la salubridad general obedecen al espíritu centralista que privó en la actividad de la Federación, o realmente, a que dichas materias eran de interés para todo el país y no de importancia especial para alguna o algunas de las Entidades Federativas.

Hoy es tiempo, de replantear la consideración del tema, lo más objetivamente posible y a la nueva ley que pretende elaborarse le toca recoger los resultados de este esfuerzo, esto significa, que la ley que desarrolle el contenido del artículo 4o. constitucional, además de contener los puntos ya señalados en esta exposición, deberá abarcar la materia del actual Código Sanitario, con las adiciones, modificaciones o supresiones que amerite la realidad jurídica y social vigente en el campo de la salud.

Por lo tanto, la nueva ley será en verdad un nuevo Código Sanitario debiendo dotarla quizá, de un nombre más apropiado, que responda a su singular contenido en virtud del artículo 4o. constitucional.

Las condiciones para sancionar una ley que desarrolle adecuadamente y en toda su extensión el artículo 4o. de la Carta Fundamental, en lo referente a derecho a la protección de la salud, están dadas así como también son reales las condiciones para que ese derecho, en su doble carácter individual y social, sea efectivo.

Por otro lado, hay experiencia y voluntad política en cuanto a la coordinación de las acciones de los distintos niveles del poder público|

Como antecedente de la coordinación entre la Federación y los Estados, destacan los Servicios Coordinados de Salud, que vienen funcionando desde 1934 y que en virtud de un Reglamento Presidencial son considerados como Organos Desconcentrados de la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

Por otra parte, se prevén nuevos instrumentos para consolidar el Sistema Nacional de Salud, tales como, los Convenios Unicos de Desarrollo, a suscribirse entre el Ejecutivo Federal y los de las Entidades Federativas.

En materia de salud estos convenios contemplan el compromiso de las partes para establecer las bases, lineamientos y mecanismos necesarios, a fin de transferir al Gobierno del Estado, y en su caso, a los Municipios, los servicios sanitarios de salud pública, en los niveles de Medicina Preventiva y Curativa, así como los que con posterioridad determine el Ejecutivo Federal en el marco del Sistema Nacional de Salud.

En los mismos instrumentos, se convendría la coordinación de acciones y recursos para la realización de programas destinados a promover la salud, educar a la población en materia de salud, prevenir y controlar enfermedades, atender a los enfermos, extender la planificación familiar, formar personal para la salud, investigar los problemas de salud pública y ejercer el control sanitario.

A través del reconocimiento a nivel constitucional del derecho a la protección de la salud, el Estado asume un compromiso formal para con todos los habitantes del país. Evidentemente, sigue habiendo empleados, subempleados y sin empleo. La garantía social alcanza a esas 3 categorías, pero muy especialmente, a las 2 últimas, a quienes se les reconoce el derecho a la salud, incluido el de sus familiares.

El Estado siempre tuvo intervención activa en materia de salud de la población en general. De manera que esta función, si bien nunca le fue ajena, adquiere ahora especial relevancia por cuanto el mismo Estado asume expresamente el compromiso de crear y conservar las condiciones para que los gobernados, sin discriminación alguna, puedan ejercer un derecho que importa a los presupuestos básicos de la dignidad y desarrollo integral del ser humano.

EL NUEVO ARTÍCULO 115

José Francisco Ruiz Massieu

1. *La contemporaneidad del municipalismo*

El municipio preocupa tanto a los científicos sociales como a los políticos y a la sociedad en su conjunto. Se ubica la cuestión en la perspectiva de la descentralización de los procesos sociales y en la democratización de los sistemas institucionales.

Igualmente, a esa temática no es ajeno el avivamiento de los regionalismos que están poniendo en tensión a varios estados europeos. El municipalismo, el nuevo federalismo, la desconcentración y la descentralización son apenas algunas de las expresiones del reclamo y del propósito de dar una mejor simetría a las sociedades, con miras a su democratización y a su eficiencia.

El problema de la dialéctica centralización – descentralización fue tocado entre otros pensadores no menos lúcidos por Juan Jacobo Rousseau cuando dijo que "hay en todo cuerpo político un *maximum* de fuerza del cual no debería pasarse...", para agregar que "la administración se hace más difícil cuando mayores son las distancias, al igual que un peso es mayor colocado en el extremo de una gran palanca".[1] José María del Castillo Velasco, el formidable publicista mexicano, se interrogaba: "¿Debe la administración estar centralizada? He aquí una cuestión que se ha debatido extensamente".[2]

La recurrencia del postulado municipalista, ubicado en ese marco universal, ha ido acompañada de un manejo emocional, de insuficiencia de información y del desconocimiento *ad absurdum* del origen histórico, evolución y vocación de la entidad municipal. Esos factores coincidentes explican la endeblez de los planteamientos que suelen hacerse.

La trascendencia jurídica y política de las recientes adiciones al artículo 115 de la Constitución General que promovió el Presidente De la Madrid, nos llevan a revisar nuestra postura ante el Municipio así como a examinar su impacto en el sistema constitucional mexicano.

[1] *El Contrato Social.* Porrúa, México, 1989, p. 25.

[2] *Ensayo sobre el derecho Administrativo Mexicano.* Taller de Imprenta de la Escuela de Artes y Oficios para Mujeres, 1874. Tomo I, p. 15.

2. *Evolución histórica del municipio*

El municipio muestra un acusado carácter universal y una luenga trayectoria histórica.[3] Se trata de una organización social, política y administrativa que se halla en todo tipo de sistema de gobierno, sea éste republicano —federalista o centralista— o monárquico, sea democrático o no, sea socialista o de economía de mercado.

Además, el municipio es una entidad pre-estatal, emerge aún antes de la configuración del Estado-nación y sus orígenes occidentales enraízan en la cultura greco-romana. Más aún, el municipio contemporáneo de Occidente encuentra sus inicios en las instituciones jurídicas y políticas clásicas; toma elementos de la cultura germánica; responde a privilegios de las ciudades burguesas y halla su cimiento en las prerrogativas de las ciudades españolas.

La evolución histórica del municipalismo no ha sido lineal y ascendente. Por el contrario, ha estado preñada de recaídas, amagos, retrocesos y devaluaciones. Lo notable no es esa errática y desventurada trayectoria secular, muy parecido, por cierto, a la que han observado otras instituciones democráticas, sino lo que verdaderamente llama la atención es la persistencia de la idea y la terquedad de los sostenedores.

En nuestro país las desventuras del municipio hacen pensar que pertenece más a una tierra prometida, que a un paraíso perdido. La aparición del municipio en lo que a la sazón sería México, está más ligada a la triquiñuela jurídica y a la maniobra política, que a la vocación democrática: el célebre Ayuntamiento de la Villa Rica de la Vera Cruz se instituye por don Hernando y sus mesnadas para arrancar la empresa cortesiana de la jurisdicción de la Isla de Cuba y con ello establecer vínculo directo con la Corona, más que para crear una organización autónoma sustentada en la soberanía popular.[4]

Si la difusión de la entidad municipal tuvo su origen en el propósito metropolitano de dar impulso a los trabajos de conquista y colonización, mediante el otorgamiento de privilegios de autogobierno, bien pronto el Estado español emprendió la larga batalla de recoger con una mano lo que con la otra otorgaba con fin tan pragmático. Algo similar al arduo proceso de reivindicación de prerrogativas que se sostuvo con los encomenderos.

Los tres siglos de Colonia se caracterizaron por el combate al municipio y a sus precarios pero tercos privilegios: el sistema institucional de duplicidad competenciales y laberínticos procedimientos, la proliferación de instancias y la introducción de obscuridades democráticas, contribuyeron intencionadamente al entorpecimiento de la vida municipal y a la merma de las potestades de los cabildos; la venta o arrendamiento de los cargos concejiles; la designación discrecional de buena parte de los ediles y su carácter hereditario en no pocos casos, acercó gérmenes de descomposición, y la disminución tributaria de las

[3] *"El desafío municipal"*. Instituto Político Nacional de Administradores Públicos - Partido Revolucionario Institucional, México, 1982, pp. 159 ss.

[4] Ochoa Campos, Moisés. *La reforma municipal*. Porrúa. México, 1970, p. 90.

comunas le dio la puntilla a su autonomía y a su capacidad de respuesta administrativa.

Gómez de la Serna, en las lecciones que impartía en la península el siglo pasado, da fe de esa decadencia diciendo que "desde el siglo XIV la influencia de la corona se hizo sentir en los concejos, y muchos de sus oficios fueron hereditarios y enajenables, llegando por fin a la mayor decadencia en los últimos reinados".[5]

Aun cuando los Ayuntamientos más importantes —subrayadamente el de la ciudad de México y el de Puebla— fueron el refugio del criollismo y la insurgencia y en ellos anidaron las teorías democráticas que darían sostén eficaz a la Independencia, el nuevo régimen daría flacas muestras de agradecimiento. El rosario de dificultades que amenazaba a la Nación, en febril búsqueda de identidad política, no hizo propicio que se dispensara mayor atención a los reclamos municipalistas. Inclusive, algunos de los grandes triunfos liberales en la pelea por consolidar la supremacia estatal y por estructurar un sistema democrático, coadyuvaron al abandono y al deterioro municipales.

La desamortización de los bienes de la Iglesia se acompañó con la dispersión del patrimonio municipal, y el afianzamiento de la república federal llevó a que el Municipio se abandonara a la dudosísima conciencia municipal de los poderes estatales. México buscaba integrarse en un Estado-Nación, para lo cual era preciso abatir regionalismos, aunque ello llevara a la disminución de las entidades federativas y éstas, en lujo de contradicción, se afanaban por cuajar su condición de estados "libres y soberanos", así hubiese que sofocar las libertades municipales.

En el siglo XIX y, peculiarmente en el porfiriato, la "capitidisminución" del Municipio se aceleró por la intermediación de una instancia de extranjería: el prefecto y el jefe político.[6] Para ese siglo, el Municipio como entidad política había visto desaparecer las incipientes facultades legislativas y jurisdiccionales que la tradición peninsular y colonial le conferían, y como entidad administrativa hallaba reducida su aptitud para prestar servicios públicos y regular aspectos importantes de la vida de los pueblos. El embrión de política tributaria había conllevado el naufragio casi total de sus potestades fiscales.

En el Distrito Federal, el Porfiriato mutiló la competencia municipal mediante la colocación de tres entidades que sometieron al cabildo: el Gobernador, la Dirección General de Obras Públicas y el Consejo Superior de Salubridad.

En la casi centuria que medió entre la consumación de la Independencia y la Constitución de 1917, los jalones legislativos —por no hablar de la desalentadora praxis política— se caracterizaron por el marchitamiento implacable de las facultades municipales.

En el Constituyente de Querétaro el problema municipal fue objeto de

[5] *Instituciones del Derecho Administrativo Español*. Imprenta de Don Vicente de Zalama. Madrid. Sin año de edición, Tomo I, p. 98.

[6] Herrera y Lasso. *Estudios de Derecho Constitucional*. Editorial Polis. México, 1940, pp. 73-76.

debate profundo: Heriberto Jara, Manuel Cepeda Medrano, Félix F. Palavicini y Esteban Baca Calderón, fueron los constituyentes más encendidos.[7] La reivindicación municipal fue bandera de las diversas fracciones revolucionarias, en particular, del Carrancismo, quien la incorporó al Plan de 1914.

Aunque en los 7 años de lucha nunca hubo un programa cabal de reforzamiento municipal, el Primer Jefe se ocupó de la cuestión en varias de las leyes preconstitucionales.

En Querétaro, el debate se movió alrededor de dos cuestiones que suscitaron el Proyecto de Reformas de Carranza, el dictamen de la Comisión rsepectiva y los diputados mismos. La competencia tributaria mínima de los Ayuntamientos y la solución de las controversias en las que el Municipio y los poderes estatales figuren como partes.

Por lo que hace a esta segunda cuestión, el artículo 115 no aportó solución y respecto de la primera únicamente establece que "los Municipios administraran libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalen las legislaturas de los Estados y que, en todo caso, serán las suficientes para atender a las necesidades municipales".

3. *La verdadera naturaleza del Municipio*

La envoltura emocional en la que se suele colocar al Municipio —ya lo hemos dicho— dificulta la determinación jurídica, política y administrativa de su verdadera naturaleza. Intentemos precisarla.

El artículo 115, partiendo del artículo 109 que Carranza reformó en 1914 para colmar una de las más graves lagunas de la Constitución de 1857,[8] previene que el municipio libre es la base de la división territorial y de la organización política y administrativa de los estados y agrega que se trata de una persona moral.

El Municipio no es entonces una realidad social, extra-estatal y natural, sino una creación jurídica, una creación normativa; se trata de una persona moral de derecho público revestida de los atributos del poder público y no de una mera agregación de ciudadanos sobre un territorio organizado convencionalmente.[9]

La naturaleza del municipio es tanto política como administrativa: dicta

7 *50 discursos doctrinales en el Congreso Constituyente de la Revolución Mexicana 1916-1917.* Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. México, 1967.

8 Por esa reforma se establece que el municipio es la base de la divisón territorial y de la organización política de los estados. Asimismo, señala que se administraría por un Ayuntamiento de elección popular directa y que entre éste y el Gobierno de los estados no habría autoridad intermedia.

9 Vidal Perdomo, administrativista colombiano (*Derecho Administrativo.* Biblioteca Banco Popular. Colombia, 1978, p. 147), sostiene un punto de vista distinto al nuestro: "el municipio es dentro de todo país una célula espontánea, vale decir, creada por razón de la agrupación de las necesidades locales..."

actos de gobierno y sus órganos se integran mediante la voluntad popular, por un lado, y presta servicios públicos, por el otro. El aspecto político llevó al Constituyente a determinar que los miembros del órgano deliberante nato (ayuntamiento) y su funcionario ejecutivo (presidente municipal) se eligieran por el pueblo mediante sufragio universal directamente.

La dimensión administrativa ha provocado reflexiones no totalmente coincidentes de los doctrinarios. Así, don Gabino Fraga, en su obra ya clásica, dice que "el municipio no constituye una unidad soberana dentro del Estado, ni un Poder que se encuentra al lado de los Poderes expresamente establecidos por la Constitución; el municipio es una forma en que el Estado descentraliza los servicios públicos correspondientes a una circunscripción territorial determinada",[10] mientras que Miguel Acosta Romero sostiene que "...no tiene como tal, ninguna característica de organismo descentralizado administrativo, ya que el municipio en sí constituye una persona jurídica de derecho público eminentemente política, cuya forma de gobierno puede variar".[11]

Don Andrés Serra Rojas asume una postura ecléctica cuando considera que "la descentralización por región (la municipal) es una forma mixta, administrativa y política, que organiza una entidad autónoma",[12] El Municipio, figura de la descentralización administrativa y política, no es un nivel de poder público que pueda equipararse a los Poderes de la Unión y a los Poderes de los Estados, si se mira cuál es la naturaleza de la república federal: es un sistema de gobierno formado por órdenes normativos y de competencia coextensos (es decir, de la misma jerarquía) supeditados a la Constitución General e Instituido convencionalmente (mediante el pacto federal). Ese sistema halla su origen en la suscripción y convalidación posterior del pacto federal celebrado por los estados creados por el Acta Constitutiva de 1824.

Es evidente que los municipios, surgidos antes de la eclosión del Estado Mexicano, no intervienen en la institución del Federalismo ni les corresponde integrar el Poder Revisor ni la división municipal tuvo relieve para la formación del Constituyente Originario de 1917.

La fórmula de repartición de competencias entre los dos órdenes, contenida en el artículo 124, acopia elementos a la argumentación encaminada a la fijación de la naturaleza del municipio mexicano: las facultades no conferidas expresamente a los Poderes de la Unión, se entienden reservadas a los Estados. De esta suerte, el municipio, a excepción de las cuestines expresamente resueltas por la Constitución,[13] caen en la órbita de los estados y su reglamentación no es, en principio, de la competencia federal.

10 Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo.* México, Porrúa, p. 219.

11 Acosta Romero, Miguel. *Relaciones entre el Municipio, la Federación y las entidades Federativas en "los municipios de México".* UNAM, México, 1978, p. 13.

12 *Derecho Administrativo.* Porrúa, México, 1972. Tomo I, p. 590.

13 Ruiz Massieu, Mario. (*El Municipio del Estado de Guerrero. Prontuario de disposiciones jurídicas.* Instituto de Administración Pública del Estado de Guerrero, Chilpancingo, 1981), señala que la Constitución General contiene disposiciones aplicables al municipio en los artículos 3o., III; 5o., párrafo 4o.; 27, Frac. VI; 31, Fracs. II y V; 41, párrafo 6o., 73, Fracs. XXV, XXIX, XXX-C; 115; 117, Frac. VIII; 123, Fracs. XII y XXV; y 130 párrafo décimo.

La naturaleza local del municipio explica la cortedad de las prevenciones de la Carta de Querétaro y la heterogeneidad que muestran los distintos ordenamientos locales. No obstante ello, como bien señala Miguel Lanz Duret, la Constitución de 1917 mejora la postura de la Carta de 1857: esta dejaba el municipio "al arbitrio de los legisladores locales pudiendo establecerlo o no en las Constituciones de las Entidades Federativas; mientras que en la actualidad éstas no pueden organizarse ni política ni administrativamente sino sobre la base de la municipalización libre".[14]

No debe perderse de vista en ese sentido que los poderes de los estados se descentralizan a los municipios con la extensión y alcance que aquellos determinen en sus respectivas constituciones y leyes secundarias. Conforme al artículo 115 Constitucional, anterior a 1983, la competencia municipal se formaba, prácticamente en su integridad, por las facultades que le transfieren constitucional y/o legalmente los Estados, puesto que la Constitución sólo le atribuía el manejo de su hacienda (en realidad de su patrimonio) y la intervención en la prestación del servicio educativo y en la conducción de los asentamientos humanos, entre otros aspectos.

Aclarado que los municipios son una modalidad de la descentralización política y administrativa de los estados, se antoja necesario precisar que a la luz de la clasificación trilógica de las funciones públicas en legislativas, jurisdiccionales y ejecutivas, sólo éstas pueden ser descentralizadas.

La teoría de las decisiones políticas fundamentales apoya nuestro aserto, pues la descentralización de funciones legislativas y jurisdiccionales a los Municipios violaría el principio de división de poderes. Jorge Carpizo acota que "en las constituciones existen ciertos principios o decisiones que son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política y sobre ellas descansan todas las demás del orden jurídico" y agrega que en México esas decisiones son la soberanía, la declaración de derechos humanos, el sistema representativo, el régimen federal, el control de la constitucionalidad, la supremacía del Estado sobre las iglesiasy *la división de poderes*[15]

Ese principio consiste en que "no podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo", según reza el artículo 49, con las excepciones que la Constitución General y las locales previenen. En los términos de esa noción, un Estado no podría fijar al Ayuntamiento una competencia integrada con funciones de naturaleza legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, pues al reunirlas "en una sola corporación" se violaría la decisión política fundamental que examinamos, contra la cual no pueden privar normas de carácter local, sean éstas o no constitucionales.

El municipio, repetimos, es una fórmula de descentralización política y administrativa y de la división territorial de los Estados, o sea que se trata de lo que los publicistas llaman un caso de descentralización territorial (en cuanto

[14] *Derecho constitucional mexicano.* Compañía Editorial Continental, S. A. de C. V., México, 1959, p. 365.

[15] *Estudios Constitucionales.* UNAM. México, 1980, pp. 293-294.

al ámbito de validez espacial) política y administrativa (por lo que hace al ámbito de validez material).

Sin desperdicio Flory dice que "la descentralización realiza una transferencia de competencias en detrimento del poder central y en beneficio de las colectividades locales".[16] En este caso el poder central es el estatal.

La inclusión de la división de poderes en el siglo XIX, tuvo como natural consecuencia la desaparición de las escasas facultades jurisdiccionales y legislativas que mantuvieron las comunas hasta finales de la Colonia, cuyo sistema de gobierno no consagraba ese principio. Se antoja aconsejable, sin embargo, hacer algunas precisiones que permitan que la cuestión que se comenta sea mirada cabalmente: a) el principio no es hermético, sino que admite excepciones expresas; b) los cabildos poseen la facultad de expedir sus bandos de policía y buen gobierno, los cuales podían hasta 1983 ser reglamentos autónomos (reglamentar directamente la Constitución política local) o bien reglamentos que detallan las leyes orgánicas para tal efecto expedidas por los Congresos Locales; c) Existen todavía casos en los que las constituciones estatales aparentan otorgar facultades jurisdiccionales, pero en realidad se trata de funciones que tienen ese carácter (por ejemplo las que ejercen jueces conciliadores y jueces calificadores) o se trata de juzgadores que forman parte del poder judicial del Estado, cuya jurisdicción territorial coincide con la de los municipios (de ahí que se hable de jueces municipales), y d) los Ayuntamientos suelen estar revestidos de facultades de iniciativa y de aprobación de reformas y adiciones constitucionales.

Según la Constitución General, el municipio es el único ente de descentralización política y administrativa que puede existir en México, pero a los estados, en la Constitución o en la ley secundaria, toca crearlos concretamente y fijarles su competencia, con las salvedades arriba miradas. En los últimos años la Constitución y la ley prevén un nuevo tipo de entes de descentralización administrativa, pero no política: las comisiones de conurbación[17]. Igualmente, existen regionalizaciones administrativas y técnicas (rentísticas, electorales burocráticas, laborales, económicas), que no interesan porque no crean una persona moral de derecho público con funciones descentralizadas de carácter político y administrativo y de radio territorial. En el sistema mexicano no pueden darse los otros tipos de descentralización política y administrativa de carácter territorial que surgen en otros países, toda vez que en México el Federalismo crea el orden central y éste sólo poseen las facultades que los estados le traspasaron en el Pacto que contiene la Constitución General.

Esa condición de descentralización nos impide aceptar que la coloquial expresión de que México tiene "tres niveles de gobierno", signifique que Federación, estados y municipios posean el mismo rango constitucional. La distin-

[16] Thiébaut Flory. *Le mouvement régionaliste français.* Presses Universitaires de France. París, 1966, p. 44.

[17] La Ley General de Asentamientos Humanos previene la creación por decreto presidencial de esas comisiones con el carácter de organismos públicos descentralizados.

ción radica en las diferencias qude median entre *soberanía, autonomía* y *libertad municipal*:

- *La Soberanía*, es el atributo de la Nación, consistente en la aptitud para regirse a sí misma sin limitación externa o interna;

- *La autonomía*, es el atributo de los estados federados, que consiste en su capacidad para autodeterminarse en todo lo concerniente a su régimen interior, con la sola limitación de lo dispuesto por la Consttiución General; y

- *Libertad municipal* es el atributo de los municipios que se caracteriza por la autosatisfacción de los requerimientos financieros del aparato público municipal y por el uso de sus facultades constitucionales y legales sin injerencia del exterior y en la medida en que satisfaga las necesidades primordiales de la comunidad.

El municipio, por tanto, no es soberano ni está revestido de autonomía; no puede fijarse su competencia, la cual le es atribuida por un poder externo, por el poder constituyente nacional, por el poder constituyente estatal o por el Legislador local.

De ahí que el constitucionalismo hidalguense durante más de un siglo haya incurrido en el error de prevenir que había cuatro poderes: el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el municipal.

La mala concepción que caracteriza al municipio mexicano, llevó a que don Félix F. Palavicini, en un folleto verdaderamente sugerente, dijera: "aspiramos ahora a la federación de los Estados, para que mañana si es posible, lleguemos a vivir en una federación de Municipios".[18]

El hecho de que el ámbito de actuación municipal, en el caso mexicano, no necesariamente se determine por el Constituyente Local, contribuye a la distinción que nos interesa precisar: las facultades estatales pueden transferirse por el Legislador Ordinario, en tanto que para tocar la competencia federal es preciso que intervenga el Poder Constituyente.

Las órbitas de competencia varían casuísticamente, aun cuando la tendencia general es que sean reducidas. Para su determinación los criterios rectores deben ser el sociológico y el administrativo: si bien no admitimos el carácter "natural" y "espontáneo" de la entidad municipal y la entendemos como una creación jurídica, hemos de admitir que su vocación es la de atender los asuntos que atañan a la colectividad municipal y que no sean del interés directo ni del Estado ni de la Federación. Al Municipio se deben conferir facultades para intervenir en todo asunto que sea de su interés, aunque deba compartir su conocimiento con el Estado o con éste y la Federación.

Como esa noción es contingente y de contenido variable no es aconsejable

18 *Un nuevo Congreso Constituyente*. Imprenta de la Secretaría de I. P. y B. A. Veracruz, 1915, p. 62.

una solución competencial rígida y general; debe variar conforme a las condiciones y perspectivas de cada municipio. Echemos mano de un ejemplo para ilustrarnos: la dotación de agua potable a un municipio puede recaer en la jurisdicción de éste, si se resolviera mediante pozos artesianos, pero podrá dejar de ser de su resorte exclusivo, si es preciso obtener el preciado líquido de un río ubicado en otro municipio y que atiende la necesidad de municipios de estados vecinos.

La casuística que campea en este terreno, hace útil el uso de convenios de coordinación Estado-Municipios, pues se podrán traspasar responsabilidades y recursos a éstos, conforme a sus condiciones específicas.

Fenómenos nuevos como la conurbación sólo se pueden atacar mediante un manejo flexible de las competencias, como lo serían las fórmulas asociativas y el recogimiento por parte de los Estados de materias que no pueden ser atendidas aisladamente por los municipios.

Luciano Parejo, con base en los acuciosos estudios que ha realizado sobre las autonomías locales en los derechos español y alemán, concluye en que la garantía institucional del municipio, que atiende a su preservación, no puede conducir a la congelación de su competencia ni al arraigo inatacable del *statu quo*.[19]

El carácter casuístico de la competencia municipal y su contenido variable, no ha impedido que un número abultado de estados le den al Municipio un rango político de la mayor importancia:

- Integran el Poder Revisor local, ratificando las reformas constitucionales que la Legislatura apruebe con mayoría calificada, y

- Están revestidos de facultades de iniciativa, lo que les permite participar en el proceso legislativo.

En algunos casos aislados los Municipios proponen al Ejecutivo quiénes deben integrar el Tribunal Superior de Justicia o designan de plano a juzgadores subordinados a ese Tribunal. Igualmente, también en casos aislados, el presidente municipal de la capital política puede, por ministerio de ley, convertirse en gobernador interino.

Esas facultades son congruentes con las funciones políticas que se descentralizan a los municipios y se adicionan a las de policía y buen gobierno, que tienden a asegurar una sana convivencia y la prestación eficaz de los servicios públicos indispensables. Estas últimas funciones para asegurar su efectividad, están apoyadas por el *ius imperii* municipal, que permite la imposición de sanciones administrativas.

La competencia municipal, definió el profesor José Gamas Torruco en un trabajo pionero, abarca el régimen financiero y patrimonial; sus relaciones con los particulares (bando de policía y buen gobierno); sus relaciones con otros

19 *Garantía institucional y autonomías locales*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1981, pp. 145 ss.

municipios y los poderes de los Estados.[20] Nosotros agregamos la facultad de auto-organizarse y las relaciones con sus trabajadores.

4. *Competencia municipal y control del Estado*

Si la competencia municipal proviene de actos legales o constitucionales de descentralización, es congruente que los poderes descentralizadores —los estatales— conserven facultades de control sobre el uso que esa competencia haga el municipio. Debe precisarse, por cierto, el alcance conceptual de ese control, a fin de evitar desviaciones que agraven el proceso de erosión en el que están insertas las comunas.[21]

Se trata de un control distinto al jerárquico, al que ejerce un órgano superior sobre un inferior y que puede llevar a la anulación de lo actuado por éste y a su represión. El control supone una facultad de tutela de las facultades descentralizadas y de su uso, pero no de la introducción de un recurso de apelación: el control es político, más que administrativo; el administrativo que se ejerza es de legalidad más que de oportunidad y es esporádico, que no rutinario.[22]

Es un control distinto al que ejercen el Senado y la Suprema Corte de Justicia respecto de actos de los estados, puesto que éstos cuidan que no se dañen las potestades federales que otorga la Constitución o bien que no caiga en descomposición política una de las entidades federadas que integran la Unión (desaparición de poderes, por ejemplo). El control que ejercen los poderes estatales sobre los ayuntamientos es bien distinto: las facultades son de los estados quienes los descentralizaron a los municipios y están interesados por ello en su buen uso. Esa cuestión no es del resorte de los Poderes de la Unión, quienes sólo de manera excepcional pueden tener relación directa con los municipios, puesto que éstos pertenecen a la esfera local.

Este último aspecto nos lleva a condenar de paso que la legislación ordinaria federal prevenga que las autoridades municipales serán auxiliares de la Federación. Para nosotros con ello se está ampliando la competencia municipal, lo cual sólo puede realizarse por disposición de la Constitución General

20 *El marco jurídico del Municipio Mexicano* en "Los Municipios de México", UNAM, México, 1978, pp. 113-117.

21 Pedro Gómez de la Serna (*op. cit.*, pp. 120-121), dice que "por regla general podemos decir que los ayuntamientos obran por sí, sin necesidad de aprobación superior, en todos aquellos casos en que ejercen funciones correspondientes en rigor a la autoridad municipal, no comprenden el porvenir, no alteren la riqueza del común ni necesiten para su ejecución el concurso de la acción central del gobierno, a cuyos intereses deben siempre subordinarse los de localidad".

22 Merkl Adolfo. (*Teoría General del Derecho Administrativo*. Editora Nacional. México, p. 452. Aclara: "El mero hecho de una disposición concéntrica de las circunscripciones administrativas no supone, sin más, una subordinación a los cuerpos de administración autónoma cuyo campo de acción es localmente más amplio; el rango jerárquico se establece cuando existe apelación de una a otra organización y el derecho de fiscalización".

o por la constitución y las leyes locales o bien, por último, por convenios a celebrar entre el Gobierno Estatal y los municipios.

Nos interesa ahora agrupar los principales controles que ejercen los poderes estatales sobre las comunas, según las constituciones locales.

A) *Control financiero y contable*: El Congreso aprueba las leyes de ingresos, las cuentas municipales y la concertación de créditos.

B) *Control patrimonial*: los congresos aprueban las enajenaciones de bienes de dominio público municipal.

C) *Control político*: calificación de elecciones de ayuntamientos y suspensión, desaparición y sustitución de éstos así como la creación, supresión y fusión de municipios. Estos controles deben ser ejercidos por los Congresos y no por el Ejecutivo. Asimismo, la declaración de desaparición de Ayuntamientos no debe ser constitutiva, sino sólo declarativa, a fin de no burlar los mandatos electorales.

D) *Control de la conflictiva municipal*: el Pacto Federal impidió que prosperara la propuesta ventilada en Querétaro de que los conflictos que se suscitaran entre los municipios y los poderes locales, fueran conocidos por la Suprema Corte de Justicia. Como las soluciones constitucionales son erráticas y heterogéneas en ese respecto, conviene precisar criterios para la fijación de competencias:

— Si se trata de conflictos entre municipios del mismo Estado, los jurídicos deberían resolverse por el Tribunal Superior de Justicia y los políticos por el Congreso Local;

— Si se trata de conflictos jurídicos con el Gobierno del Estado, los conocerá el Tribunal y los Políticos el Congreso;

— Si se trata de conflictos con el Tribunal Superior de Justicia, deberán conocerse por el Congreso y viceversa.

Existen otros aspectos de la conflictiva municipal que no han encontrado todavía una solución general. Es el caso de la inconformidad de un ciudadano ante un acto municipal.

En nuestra opinión, el particular debería tener a su disposición recursos administrativos que le permitieran impugnar los actos municipales lesivos. Así, según la naturaleza e importancia del acto, el recurso sería de inconformidad a interponerse ante el funcionario emisor; jerárquico para deducirlo ante el superior de éste o de reconsideración ante un órgano colegiado municipal revestido de independencia para resolver.

A su vez las resoluciones que pusieran fin a esas tramitaciones, podrían ser

impugnadas ante un tribunal administrativo local o ante el tribunal superior de justicia.

No poner a disposición de los particulares recursos administrativos o instancias de control jurisdiccional, significa que acudirán desde luego al Juicio de Amparo, agravando con ello las cargas del Poder Judicial Federal. Es más, la conflictiva de los trabajadores municipales suele ser conocida por los tribunales de conciliación y arbitraje locales que conocen también lo concerniente a los trabajadores estatales, pese a que las constituciones no contemplan esa modalidad del control jurisdiccional de los municipios.

La opinión de Parejo, profesor español ya citado, viene a cuenta, pese a que se refiere a los municipios españoles: "sólo son admisibles, así, por compatibles con la autonomía específica de los entes locales (en el caso de México los estados), los controles de legalidad para supuestos concretos, que tengan fundamento —además— en la presencia de un interés público exorbitante del ámbito local de que se trate".[23]

Otro aspecto que no debe dejarse de lado es el relativo a leyes o actos federales que invadan la competencia municipal. Esta hipótesis es recogida por el artículo 103 constitucional, porque en realidad se trata de una invasión de la esfera de un Estado y procede, consiguientemente, el Juicio de Amparo.

En la fijación y manejo de los controles sobre el municipio han de tenerse presente las dimensiones de la descentralización que Gamas Torruco identifica:

- Descentralización del orden jurídico, porque es un nuevo orden normativo.
- Descentralización de la creaciónó del orden jurídico, mediante el bando de policía y buen gobierno.
- Descentralización en la aplicación del orden jurídico, en su esfera propia pero no de carácter jurisdiccional.
- Descentralización en la integración de los órganos municipales, mediante voto popular.[24]

5. *El nuevo artículo 115 Constitucional*

Con la remisión que hizo el Ejecutivo Federal al Poder revisor de la iniciativa que reforma y adiciona el artículo 115 constitucional, quedó derrotada la escuela clásica que sostenía que todo lo municipal debía confiarse al orden local, a excepción de la garantía de la Libertad Municipal que podía instituirse por la Constitución General. Aunque sólidos y abundantes eran los razonamientos de los ortodoxos, privó una inteligente praxis política no exenta de soporte doctrinal.

[23] *Op. cit.*, p. 132.
[24] *Op. cit.*, pp. 101-102.

Para dejar de lado la cautela clásica, el Ejecutivo tuvo en cuenta los siguientes argumentos: a) los estados poco habían hecho por reivindicar al municipio y un buen número de ellos era precisamente instancia de sojuzgamiento; b) El Poder Revisor, en cuya formación participan las Legislaturas Locales, posee facultades para ampliar sus directivas municipalistas, partiendo de las prevenciones que en ese campo se han introducido de 1917 a la fecha; c) La Constitución no es una norma del orden federal, sino precisamente la fórmula que reparte la competencia entre los órdenes federal o nacional y el estatal o local y, por ende, se encuentra sobre ellos asegurando su validez; y d) El nuevo artículo 115 conservaría su carácter de catálogo de bases a desarrollar y completar por los constituyentes locales y por las legislaturas de cada estado.

En ese sentido, en la exposición de motivos, el Ejecutivo manifestó que "en el precepto se consignan aquellos principios que deban ser comunes como reglas básicas a todos los municipios del país. En congruencia con el principio constitucional de los regímenes interiores de los Estados, se deja la regulación de las comunidades municipales a las Constituciones y leyes locales, para que en éstas se contengan las normas que correspondan a las particularidades geográficas, etnográficas, demográficas y económicas que sean propias de cada una de las entidades federativas".

Pasemos a revisar los principales cambios que encierra el nuevo artículo constitucional.

A) *Aspecto institucional*

El artículo original, pese a que hubo alguna propuesta, conexa en el Constituyente de Querétaro, no proveía una mecánica para sustituir o completar a los Ayuntamientos en caso de desintegración total o parcial. Esa omisión constitucional dio pie a que gracias a las ambigüedad de la legislación local o bien con fundamento en disposiciones francamente antidemocráticas, los Gobernadores o las Legislaturas lamentablemente subordinadas éstas a los propósitos políticos de aquéllos, burlaran la voluntad popular, destituyendo o sustituyendo a los Ayuntamientos y relegando a los ediles suplementes.

Así, la nueva fracción I aporta soluciones claras y terminantes:

- Sólo los Congresos Locales —no los gobernadores— podrán suspender a los ayuntamientos en su conjunto o a sus miembros en lo individual, o revocar revocar el mandato a éstos;
- La desaparición de Ayuntamientos, como órganos colegiados sólo tendrá efectos declarativos y no constitutivos.
- Esas determinaciones procederán por causa grave establecida legalmente y las Legislaturas tendrán que votarlas por mayoría de las dos terceras partes.

— Esta mayoría calificada, tomando en cuenta el ausentismo usual, puede permitir que los diputados de la oposición coadyuven a impedir que prosperen decisiones antidemocráticas, propuestas por el Ejecutivo por una equivocada concepción de la disciplina de partido.

— El procedimiento congresional deberá ajustarse a las formalidades esenciales del procedimiento: garantía de audiencia.

La fracción I señala la secuencia para sustituir a los ediles y ayuntamientos, en su caso: 1o. entrarán en funciones los suplentes; 2o., se convocará a elecciones y 3o., se designará un consejo municipal de entre los vecinos. Todo ello según lo que marquen las leyes locales.

B) *Facultades reglamenatrias*

Aun cuando hemos señalado antes que una decisión política fundamental impide que los Ayuntamientos estén revestidos de facultades legislativas, ello no es óbice para que las posean de carácter reglamentario. La fracción II establece que poseerán facultades para reglamentar las bases normativas que definan las legislaturas, mediante bandos de policía y buen gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general.

Esa innovación constitucional acabará con tres vicios igualmente dañosos: la expedición de reglamentos municipales de los conocidos como "autónomos", que violentan el principio de la jerarquía de las normas; la aprobación de los bandos y reglamentos municipales por parte de los gobernadores, y la emisión por los Presidentes Municipales (no por los Ayuntamientos) de ordenamientos reglamentarios que afectan la esfera de los particulares.

C) *Competencia mínima*

La naturaleza local de la institución municipal conllevó su minimización competencial. Tendencia persistente ha sido el que las atribuciones del municipio queden relegadas a la legislación local secundaria y a la delegación casuística y precaria de facultades específicas.

La innovación que representa la fracción III fue un reclamo popular, por lo demás polémico: el artículo 115 establece la competencia mínima de la autoridad municipal y previene que las Legislaturas, con base en el desarrollo y condiciones específicas de los municipios, la amplíen.

Por otra parte, como más adelante se verá, la fracción X establece que la órbita competencial de los municipios, se puede ensanchar a través de convenios de coordinación.

Para evitar que el señalamiento de una competencia mínima desarticule la mecánica del poder local, el Poder Revisor previó que los estados, conforme a lo que la ley defina, concurran con los municipios en la prestación de servicios

públicos. Según lo asentamos líneas atrás, hay actividades que no pueden atenderse por todos los entes municipales aisladamente (p.e. el suministro de agua potable en localidades que no poseen recursos hidráulicos suficientes).

El párrafo final de la fracción III contiene un cambio novedoso en verdad, si bien ya estaba contemplado en unas cuantas constitucionales locales: la llamadas "sindicación municipal", que empieza a dar buenos frutos, sobre todo, en Francia.

Los municipios, siempre que pertenezcan al mismo Estado, se sujeten a la ley lo aprueben los Ayuntamientos, podrán asociarse y coordinarse para prestar con mayor eficacia los servicios públicos a su cargo. La interpretación sistemática de esa disposición y del párrafo inicial de la misma fracción III, conduce a que en un esquema asociativo pueda participar el propio estado, puesto que los asuntos intermunicipales son, por esencia, de resorte estatal.

Ese mismo párrafo tiene el mérito de no dar pie a personas morales de derecho público que suplanten a las instituciones constitucionales y se configuren como autoridades intermedias.

D) *Competencia tributaria*

Los municipalistas coinciden en que la mayor debilidad del 115 original emanaba de que no aseguraba la autonomía financiera del municipio; se le dejaba a merced de las asignaciones que buenamente le dispensaban los poderes estatales.

La nueva fracción IV enlista enunciativamente las fuentes tributarias municipales, sin perjuicio de las demás que le confíen las leyes y convenios. Para proteger los fondos fiscales se prohíbe que se otorguen exenciones o subsidios.

Con perspicacia la adición contempla que los Municipios convengan con los estados que éstos administren sus contribuciones (es decir, les presten servicios de recaudación), tomando en cuenta que un número significativo de ellos carece de capacidad técnica para hacerlo directamente.

Las participaciones federales se cubrirán a los Municipios con sujeción a lo que prevengan las leyes locales, en cuanto a bases, montos y plazos, sin que ello deba interpretarse como que las ministraciones se efectúen directamente. Una ministración directa Federación-Municipios, repugnaría al espíritu del Paacto Federal, pues la relación siempre debe ser al través de los estados.

El párrafo final de la fracción IV representa un avance importante en el fortalecimiento de la libertad municipal: si bien las leyes de ingresos y las cuentas públicas se aprobarán por las Legislaturas, los presupuestos de egresos, por su carácter de expresión financiera de los programas de gobierno municipales, están sujetos a la aprobación exclusiva de los Ayuntamientos.

Tradicionalmente esto último ha sido competencia de las mismas Legislaturas, con lo que se reducía el ámbito de libertad municipal.

E) *Reforma política*

Vigoroso impulso proporcionan los cambios constitucionales a la reforma política municipal al disponer que, con sujeción a la legislación local, todos los ayuntamientos se elegirán ajustándose al principio de representación proporcional. Así, fue relegada la disposición, de que ello se haría en los municipios con más de 300 mil habitantes y que ya había sido superado en varias leyes locales.

La enmienda que comentamos servirá como acicate para la competencia electoral en la vida municipal y democratizará la gestión de los ayuntamientos.

F) *Relaciones laborales*

La fracción IX del artículo 115 constitucional responde a un viejo y reiterado reclamo: establecer el régimen laboral de los trabajadores al servicio de estados y municipios.

Ni en 1917 ni cuando se adicionó el artículo 123 constitucional con el Apartado "B", se definieron las bases para proteger laboralmente a dichos servidores públicos. Ante la laguna constitucional, prácticamente todos los estados expidieron leyes del servicio civil que otorgaban ciertas garantías laborales mínimas a los empleados estatales y municipales e instituían órganos jurisdiccionales para la resolución de las controversias.

Se sostenía la constitucionalidad de esas leyes con el argumento de que en realidad se trataba de ordenamientos de derecho administrativo, como lo fue por lustros el régimen federal en la materia. No obstante, diversas organizaciones y estudiosos sostuvieron que esos servidores debían ser tutelados por el artículo 123 constitucional.

En este respecto es de subrayar que la iniciativa del Ejecutivo fue mejorada en el Senado: la iniciativa reconocía que se trataba de "relaciones de trabajo", y por ello debían caer en la jurisdicción federal, indicaba que se regirían por las leyes que con base en sus constituciones" expidieran las Legislaturas, y esa Cámara sustituyó la propuesta, señalando que esas leyes se basarían "en lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución y sus disposiciones reglamentarias".

Así, los poderes reformadores locales deberán resolver lo siguiente: a) las bases constitucionales locales; b) la sujeción al apartado "A" o al "B" del artículo 123 o bien a un dispositivo mixto; y c) La expedición de leyes locales del trabajo, partiendo del mencionado precepto y de la ley burocrática, de la Ley Federal del Trabajo o de una mezcla de ambas.

Es posible, sin embargo, que las condiciones financieras de algunos estados y municipios impidan que por algún tiempo sus servidores se beneficien de todas las garantías económicas y sociales que otorgan los regímenes federales.

G) *Coordinación de competencias*

La última fracción del artículo 115 –la X– captura y concede el mayor rango normativo a los convenios de coordinación: "La Federación y los Estados, en los términos de ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicsio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario.

Los Estados estarán facultados para celebrar esos convenios con sus Municipios, a efecto de que éstos asuman la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior".

Hace alrededor de tres años, por generosa invitación del profesor de la Madrid, quien desempeñaba la cartera de Programación y Presupuesto tuvimos oportunidad de analizar en una reunión técnica la naturaleza jurídica del Convenio Unico de Coordinación. En esa ocasión concluímos que "sería útil aunque no indispensable, que en una eventual adición a la Constitución Política se estableciera expresamente que el Ejecutivo Federal y los Gobernadores están facultados para celebrar convenios del alcance político", económico y jurídico del CUC".[25]

Los avances que representa el artículo 115 constitucional contribuirán a la reivindicación del municipio, pero éste no será rescatado por ese sólo hecho. Es altamente probable que las fuerzas políticas locales, la inercia centralizadora y problemas de hecho, conspiren para que sus prescripciones no se cumplan cabalmente.

Es probable, igualmente, que la coyuntura económica, que tanto deteriora las finanzas públicas y exacerba la sensibilidad política de la Nación, no sea ajena a esa moratoria.

Sin embargo, y no dentro de muchas años, los propósitos políticos del nuevo precepto se realizarán y nuestro sistema será más simétrico y equilibrado y con ello, más justo eficiente.

[25] *Naturaleza jurídica del Convenio Unico de Coordinación.* Instituto de Administración Pública del Estado de Guerrero. México, 1981, p. 28.

COMENTARIO A LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO

EMILIANO ZUBIRÍA MAQUEO

Con fecha 31 de diciembre de 1982 apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

A efecto de estar en condiciones de comprender la razón de su expedición y su propio contenido, se considera conveniente el indicar en apretada síntesis las acontecimientos histórico-políticos que motivaron su expedición.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES

1. QUINTA REUNIÓN DE LA REPÚBLICA

En la Quinta reunión de la República, celebrada los días 4 y 5 de febrero de 1981 en la Ciudad de Guadalajara, Jal., el otrora Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, José López Portillo, consideró oportuna la ocasión para evaluar la acción del Ejecutivo de la Unión y actuar en un sistema planeado de congruencia.

Al referirse al ámbito internacional, señaló que "explicar su contorno es explicar el del propio México, no para eludir responsabilidades ni para embozar errores, sino para tomar conciencia de lo que sucede".

Refiriéndose a México indicó que "el endeudamiento cuando es responsable, no es a fondo perdido. Indicó que el endeudamiento externo se hizo para seguir impulsando el desarrollo del país, para seguir comprando equipos, para seguir comprando insumos (sic) que sólo afuera encontramos".

Posteriormente, al hablar de las respuestas de México señaló: "Tenemos que cuidar nuestras divisas, aquellas que nos sirven para comprar lo que necesitamos en el exterior. No podemos comprar con dinero mexicano afuera, tenemos que comprar con divisas (sic), cuidémoslas, y hay varios caminos responsables para ello: primero, defendamos nuestra autodeterminación monetaria, porque como se sabe desde los viejos tiempos en que se gestaba el

Estado moderno, la moneda es uno de los derechos fundamentales de la soberanía".

"Defendamos nuestro peso, que no es necesariamente sobrevaluarlo sino adecuarlo a nuestro interés y no supeditarlo ni al interés de los especuladores ni al de los turbios intereses extranjeros".

"Estamos dándole ritmo al valor de nuestra moneda con el desliz, con los aranceles, con las licencias y con los estímulos y fomento a la exportación".

"Esa es la estructura que le hemos dado a nuestra política monetaria, porque no queremos hacerle el juego a la parte más despreciable de la sociedad, aquellos que se enriquecen con la especulación y con el fracaso de los demás".

2. 17 DE FEBRERO DE 1982

El Banco de México, S. A., anunció ajustes a la política económica del país, indicando que con el fin de que el peso mexicano alcance una cotización frente al dólar y otras monedas extranjeras, adecuada a las condiciones económicas actuales, se retira temporalmente del mercado de cambios; —asegurando estar preparado para evitar condiciones desordenadas en el mercado— y para restaurar su estabilidad tan pronto como sea posible. Las anteriores medidas sin que se altere en forma alguna el tradicional régimen de libertad cambiaria.

3. 20 DE ABRIL DE 1982

El Secretario de Hacienda y Crédito Público, Lic. Jesús Silva Herzog Flores, anuncia una serie de medidas adoptadas por acuerdo presidencial con el objetivo de lograr una rápida recuperación económica y la reducción de presiones inflacionarias. En el mismo acto, el Lic. Miguel Mancera Aguayo, Director General del Banco de México, S. A., rechazó definitivamente la posibilidad de establecer en México un sistema de control de cambios, incluyendo en sus consideraciones finales que "si algún país existe, en donde el control de cambios tenga la máxima probabilidad de fracasar, ése es el problema de México, entre otras razones por sus costas deshabitadas propicias para el contrabando; por el hecho de compartir una frontera de más de 3,000 kilómetros con una nación que no tiene control de cambios y cuya moneda es la de más amplio uso internacional, etc."

4. CUADRAGÉSIMA OCTAVA CONVENCIÓN NACIONAL

Con fecha 1o. de junio de 1982, en el acto de inauguración, el Presidente de la República expresó entre otras las siguientes palabras:

"Por sexta y última ocasión tengo el privilegio de estar entre ustedes en estas reuniones anuales qeu realizan".

"La permanente fuerza de nuestras instituciones propiciará que el próximo año otra imagen, otra voz y una renovada capacidad asista con la representación del gobierno de la República".

"Hubiera querido que en esta última ocasión celebráramos la consolidación del éxito. la fuerza de las circunstancias, que no de los propósitos, me obliga a recordar a ustedes, banqueros de México, que es en los momentos de riesgo cuando constituye un verdadero privilegio asumir la responsabilidad frente a un pueblo que espera de quienes tomaron decisiones, sean éstas las más propicias".

5. DOBLE PARIDAD CAMBIARIA

El 5 de agosto de 1982, el Secretario de Hacienda y Crédito Público anunció la adopción de nuevas fórmulas de manejo del tipo de cambio de la moneda nacional respecto del dólar estadounidense.

El nuevo sistema estableció temporalmente dos tipos de cambio de la divisa norteamericana: un preferencial, sujeto a deslizamiento y de aplicación para los requerimientos de mayor prioridad económica y social de la nación; y otro de aplicación general, cuya cotización quedó fijada por la interacción de la oferta y la demanda, y según declaración oficial, sin intervención del Banco de México, S. A.

El día 7 el Jefe del Ejecutivo afirmó: "Fue, señores, un acto de autoridad. Pero quisiera convencerlos de la necesidad y conveniencia de la medida, no como de lo blanco respecto de lo negro, no como del bien respecto del mal, disyuntiva que en este mundo ya no se da, sino como de un mal menor respecto de males alternativos mayores".

6. DEPÓSITOS BANCARIOS EN MONEDA EXTRANJERA

El 13 de agosto de 1982, el Secretario de Hacienda y Crédito Público y el Director del Banco de México, S. A., acordaron, según publicación aparecida en el Diario Oficial de la Federación, que los depósitos denominados en moneda extranjera, constituidos en instituciones de crédito mexicanas, se restituirán a los cuentahabientes en moneda nacional al tipo de cambio general que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago. Con la finalidad de que la medida antes indicada —no diera lugar a desorden en el mercado de cambios—, se cerró el mismo temporalmente.

7. PRÓRROGA PARA EL PAGO DE LA DEUDA PÚBLICA

El 20 de agosto de 1982 se solicitó de la Banca Internacional una prórroga de 90 días de todos los pagos de capital de corto y largo plazo del Sector Público, argumentándose que la economía mexicana es y seguirá siendo sólida, pero con problemas temporales de liquidez, debido a la caída de los precios y del volumen de sus exportaciones; a limitaciones muy severas al acceso de los mercados internacionales de capital y a la difícil situación económica sufrida por México en los últimos meses, que incluye un déficit sustancial en cuenta corriente en la balanza de pagos, un elevado déficit del Sector Público y una alta tasa de inflación.

8. SEXTO INFORME DE GOBIERNO

Al referirse a la coyuntura y crisis finaciera, el Jefe del Ejecutivo expresó: "En 1981, ni los países más desarrollados del mundo ni las más grandes empresas financieras e industriales advertían en el mundo y en México, que la economía internacional entraría a la más grave y prolongada crisis desde la gran depresión; ni que los precios de nuestras exportaciones seguirían cayendo con estrépito, ni que las tasas de interés se fijarán tan altas como nunca en la historia; ni que el crédito se restringiera; ni que las medidas proteccionistas se perpetuaran en los países industrializados".

Todos esos fectores: altas tasas de interés afuera que arrastran a las de adentro; baja en el precio de las materias primas; exceso de importaciones; disminución de exportaciones; baja en el turismo externo; aumento del turismo nacional al extranjero; colocaron a nuestra economía en una situación súbita de particular vulnerabilidad".

"Pero si eso sólo hubiera sido el problema, la potencialidad del país lo hubiera podido resolver con esfuerzo, pero sin deterioro".

"Con lo que no pudimos, fue con la pérdida de la confianza en nuestro peso, atentada por quienes adentro y afuera, pudieron manejar las especulaciones y causar lo que anunciaban con el solo anuncio. Así de delgada es la solidaridad. Así de subjetiva es la causa fundamental de la crisis".

"Ni México, ni ningún otro país, tiene recursos para nutrir o resistir indefinidamente a la especulación. Contra la fuga de capitales no hay fondos suficientes que alcancen; ni aquí ni en ninguna parte. Ningún gobierno, al menos el de un país con las carencias de México, puede darse el lujo de incluir en sus planes de acción a las fuerzas especulativas".

Con posterioridad, en el apartado de nuevas medidas financieras, el Titular del Ejecutivo manifestó:

"Tenemos que organizarnos para salvar nuestra estructura productiva y proporcionarle los recursos finacieros para seguir adelante; tenemos que detener la injusticia del proceso perverso fuga de capitales-devaluación-inflación que daña a todos, especialmente al trabajador, al empleo y a las empresas que lo general".

"Para responder a nuestras prioridades críticas, he expedido en consecuencia dos decretos: uno que nacionaliza los bancos privados del país y otro para establecer el control generalizado de cambios, no como una política proveniente del más tarde que nunca, sino porque hasta ahora se han dado las condiciones críticas que lo requieren y justifican".

9. NACIONALIZACIÓN DE LA BANCA PRIVADA

Con fundamentación jurídica en alto grado sofística y consideraciones válidas o no desde el punto de vista del que se analicen, el Ejecutivo de la Unión expidió el 1o. de septiembre de 1982 el decreto de estatización de la banca privada.

En el mismo se indica, sin precisar, que por causas de utilidad pública se expropian a favor de la nación las instituciones, edificio, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones que tengan en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles, en cuanto sean necesarios, —a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público—, propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se les haya otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito.

En el artículo segundo se señala que el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa la entrega de acciones y cupones (no fueron materia de la expropiación) por parte de los socios de las instituciones a que se refiere el artículo primero, pagará la indemnización correspondiente en un plazo que no excederá de 10 años.

El artículo tercero del decreto de estatización ordena la toma de posesión inmediata de las instituciones crediticias expropiadas y sus bienes, así como la substitución de los órganos de administración y directivos de las mismas y de las representaciones que tengan en cualquier otro órgano de gobierno.

En el artículo quince se precisan que no son objeto de la expropiación el dinero y valores propiedad de los usuarios, ni los fondos ni fideicomisos administrados por los bancos, ni las instituciones nacionales de crédito, ni las organizaciones auxiliares de crédito, ni la banca mixta, ni el Banco Obrero, ni el City Bank, N. A., ni las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, ni las sucursales de bancos extranjeros de primer orden.

Por muchos motivos se considera que el decreto enunciado adolece de vicios de constitucionalidad a los que no nos referimos por no ser objeto del presente estudio.

10. BANCOS NACIONALIZADOS

El 6 de septiembre de 1982 se expidió por el Ejecutivo Federal un decreto por el que se ordena que las instituciones de crédito que en el mismo se enumeran, expropiadas a favor de la nación de conformidad al decreto de primero de septiembre, operen con el carácter de instituciones nacionales de crédito.

Asimismo, se considera viciado el fundamento del decreto indicado, amén de que en sus consideraciones se señala erróneamente que por el decreto de primero de septiembre se expropiaron las acciones representativas del capital social de las instituciones de crédito privadas.

En su artículo segundo estipula que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con el auxilio del comité técnico consultivo previsto por el propio decreto de estatización en su artículo sexto, propondrá oportunamente la transformación de las instituciones expropiadas a efecto de que se constituyan como Organismos Públicos Decentralizados.

11. ACUERDO QUE ESTABLECE QUE LA EXPORTACIÓN DEL ORO QUEDARA SUJETA A PREVIO PERMISO DEL BANCO DE MÉXICO

Con fecha 8 de septiembre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, acordó, con fundamento en el artículo primero de la ley que establece el régimen de exportación del oro, el que la exportación de las monedas de oro, oro acuñado, troquelado, grabado, en tejos, etc., queda sujeta a previo permiso del Banco de México, ya que consideró que el oro cumple igual función que las divisas como medio internacional de pago.

12. 10 DE SEPTIEMBRE DE 1982

Aparece publicado en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo del Secretario de Comercio en virtud del cual se sujeta al permiso previo de exportación la salida del país de billete del Banco de México, S. A. de curso legal; biletes de banco, extranjeros; plata en todas sus formas; medallas; alhajas, etc., exceptuando de lo anterior la exportación de billetes y piezas metálicas de curso legal cuyo monto no exceda de $5,000.00, o las que realiza el Banco de México, S. A., sin límite de monto.

13. 25 DE OCTUBRE DE 1982

Se publica en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo por el que se modifica la novena regla de carácter general en materia aduanal, a efecto de prever que el menaje de casa comprende efectos usados cuyo valor no excede de $375,000.00 y, que el valor del total de instrumentos científicos o herramientas usadas de los profesionales, obreros y artesanos no podrá exceder de $75,000.00.

14. 3 DE NOVIEMBRE DE 1982

Se publica en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo suscrito por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y el Banco de México, S. A., para regular la operación de las casas de cambio y de bolsa en la franja fronteriza norte del país y en las zonas libres. Lo anterior con el propósito frustrado de atenuar los efectos producidos por el libre cambio existente en las ciudades norteamericanas fronterizas.

15. MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ante lo débil de la fundamentación jurídica de los decretos de nacionalización de la banca privada y del que dispone que las instituciones bancarias expropiadas operen con el carácter de instituciones nacionales de crédito, el Ejecutivo de la Unión envió el 17 de septiembre iniciativa de reformas y adiciones a los artículos 28, 73 y 123 de la Constitución Política de la República.

En la exposición de motivos reiteró el Presidente de la República los considerandos esgrimidos para nacionalizar la banca privada, señalando que "los factores internos que provocaron la crisis económica encontraron la simpatía, el consejo y el apoyo decidido de los bancos que se presentaron a servir de conducto para las remisiones de fondos expatriados, faltando así al cumplimiento de las responsabilidades sociales que asumieron al recibir del Estado sus concesiones para dedicarse al ejercicio de la banca y crédito y por ende para manejar los ahorros del pueblo".

En la propia iniciativa indicó el Ejecutivo que "la nacionalización de la banca debe considerarse como una conquista irreversible del pueblo mexicano, por lo que considera que debe ser elevada a rango constitucional, de forma y manera tal que se dote al Estado de los instrumentos necesarios para orientar y corregir la marcha de los fenómenos económicos, pues sin tales facultades la vida económica del país resulta sumamente vulnerable".

De conformidad a lo anterior, con fecha 17 de noviembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que modificó el artículo 73 en sus fracciones X y XVIII, y adicionó los artículos 28 y 123 apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el orden de ideas antes expuesto, se adicionó el artículo 73 en sus fracciones X y XVIII para facultar al Congreso de la Unión para legislar en

toda la República sobre servicios de banca y crédito y dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera.

La adición de un párrafo quinto al artículo 28 de la Constitución Política, tuvo como objeto el exceptuar del concepto monopolio la operación de los bancos y la adición del apartado B, del artículo 123 de la Constitución, con la fracción XIII bis, el determinar que los trabajadores de las instituciones que presten el servicio público de banca y crédito, regulen sus relaciones laborales de conformidad a lo dispuesto en el apartado referido, o sea, el que sean considerados como trabajadores al servicio del Estado.

En absoluta incongruencia con las adiciones hechas a los artículos 28 y 123 y ratificando el que el decreto de 1o. de septiembre no fue de nacionalización sino de estatización de la banca, el artículo 2o. transitorio del decreto de reformas constitucionales insistió, como lo hizo el de estatización, que el Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S. A.; el Banco Obrero, S. A. y las sucursales en México de bancos extranjeros que cuentan con concesión de gobierno federal, léase City Bank, N. A., mantienen su situación jurídica, lo que consideramos de todas formas violatorio a lo dispuesto por la reforma constitucional y atentatirio de los derechos de los particulares frente a derechos elitistas de sector, factor del poder y extranjeros.

El párrafo quinto adicionado al artículo 28 constitucional, textualmente señala lo siguiente:

> "Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente Ley Reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquéllas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares".

Artículo Segundo transitorio:

> "En tanto se establecen por la Ley reglamentaria del párrafo quinto del Artículo 28 Constitucional las modalidades a que se sujetarán, mantienen su actual situación jurídica, el Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S. A., el Banco Obrero, S. A., las sucursales en México de bancos extranjeros que cuentan con concesión del Gobierno Federal y las Organizaciones Auxiliares de Crédito".

SEGUNDA PARTE

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El 24 de diciembre de 1982 se remitió a la Cámara de Diputados la iniciativa de Ley Reglamentaria del párrafo quinto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El 31 de diciembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Implica lo anterior el que en el transcurso de una semana se remitió y recibió en la Cámara de origen la iniciativa; la analizó y aprobó la Cámara de Diputados; se envió a la de Senadores para su conocimiento, debate y aprobación; y se reenvió al Ejecutivo, quien, previos los refrendos de las Secretarios de Estado competentes por la materia, decretó su publicación, lo que se hizo de inmediato.

Asombrosa agilidad demuestra lo anterior, ya que en 7 días, 5 hábiles, el Congreso de la Unión —conoció, discutió y aprobó— una ley que por su importancia y trascendencia merecía no únicamente mayor seriedad y profesionalismo por parte de las Cámaras en su estudio, sino el que se diera la oportunidad a los diversos sectores interesados en su aplicación, de ser oídos antes de su expedición.

De ahí, de la ligereza seguida en el trámite de su aprobación y expedición, el que se pueda calificar a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito como pobre en su contenido; superficial en sus conceptos; omisa en sus disposiciones, e inconstitucional al considerar al Gobierno Federal como titular de las acciones representativas del capital social de las sociedades anónimas estatizadas.

Es pobre en su contenido al limitarse a señalar los elementos mínimos necesarios para que el Estado preste el servicio público de banca y crédito, dejando a futuras y mejores ocasiones legislativas, el establecimiento de un régimen jurídico sistemático que regule integralmente a las instituciones prestadoras de este servicio, ya sean instituciones nacionales de crédito o sociedades nacionales de crédito. Lo antes dicho implica el que en defecto de una legislación completa, acorde al espíritu del muy recientemente adicionado pá-

rrafo quinto del artículo 28 constitucional y su artículo segundo transitorio, el que continúe en vigor —en lo conducente y siempre y cuando no se oponga a lo establecido en la nueva ley bancaria—, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; el que las instituciones nacionales de crédito, el Banco Obrero, S. A., el City Bank, N. A. y las organizaciones auxiliares de crédito continúen rigiéndose por las múltiples disposiciones conforme a las cuales venían operando al 31 de agosto de 1982 (ver artículos tercero y transitorios tercero y cuarto de la ley que se comenta).

Lo anterior, en abierta contravención a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio del decreto que adicionó el artículo 28 constitucional, que dispone el que la Ley Reglamentaria de la fracción citada, —señalará las modalidades a que se sujetará la operación del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S. A., el Banco Obrero, S. A., el City Bank, N. A. y las Organizaciones Auxiliares de Crédito.

Se considera superficial en sus conceptos toda vez que —condiciona— los objetivos de la banca nacionalizada a situaciones de absoluta indefinición, al señalar en su artículo cuarto que —su operación y funcionamiento se realizará dentro de los lineamientos de los programas de financiamiento formulados en el contexto integral de los planes nacionales de desarrollo—, debiendo haber señalado, al menos, las bases para la elaboración de dichos programas, evitando de esa forma el que los programas se proyecten acorde al criterio personal de quien en un momento determinado detente el poder.

Es omisa en sus disposiciones al remitir, en exceso, —a las disposiciones que establecerá—, mediante normas de carácter general, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, otorgándole con ello a esta dependencia facultades indelegables del Ejecutivo para proveer en la esfera administrativa el exacto cumplimiento de las leyes, según es de interpretarse la fracción primera del artículo 89 constitucional.

Se estima inconstitucional por el hecho de que en su artículo segundo transitorio, primer párrafo, afirma que el Gobierno Federal es el titular de las acciones de los bancos estatizados, lo cual es totalmente falso, ya que ni el decreto de nacionalización con todas sus posibles fallas, ni el que lista los llamados bancos nacionalizados, señalan en parte alguna el que hayan sido objeto de expropiación los títulos valor representativos del capital social de los otrora bancos privados.

2. INSTITUCIONES PRESTADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO

En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 28 constitucional, en el sentido de que el servicio público de banca y crédito debe ser prestado por el Estado, el artículo segundo de la Ley Reglamentaria determina que dicha prestación se efectuará por instituciones de crédito constituidas como sociedades nacionales de crédito y por las establecidas por el Estado como instituciones nacionales de crédito.

Las sociedades nacionales de crédito, indudablemente prueba del ingenio legislativo de los autores de la iniciativa de ley, puede conceptuarse como instituciones de derecho público creadas por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la Ley de Banca y Crédito, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

De la comparación del artículo séptimo de la ley en comentario con el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se desprende como únicas distinciones entre estas sociedades y los organismos descentralizados, el que las primeras son creadas exclusivamente por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases establecidas por la propia Ley de Banca y Crédito y los segundos pueden ser creados por disposición del Congreso de la Unión o del Ejecutivo Federal, existiendo libertad para dotarlas de cualquier estructura legal.

Se considera injustificada la coexistencia en un sistema monopolizado de prestación de servicio de banca y crédito, de las sociedades naciones de crédito y las instituciones nacionales de crédito.

El artículo primero de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares determina que son instituciones nacionales de crédito las constituídas con participación del Ejecutivo Federal, o en las cuales éste se reserve el derecho a 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.

Como se podrá observar, todas las sociedades nacionales de crédito serán constituidas por el Gobierno Federal y en los términos del artículo 24 de la Ley de Banca, éste tiene el derecho de nombrar la mayoría del consejo directivo. Resulta innecesario el derecho de veto en las sociedades nacionales de crédito, toda vez que en los términos del artículo 23, el consejo directivo tiene la obligación de dirigir a la sociedad en base a las políticas, lineamientos y prioridades que establezca el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El derecho de veto tiene razón de ser cuando el consejo de administración fija o al menos tiene facultad para hacerlo, las políticas, lineamientos y prioridades antes referidos.

De lo antes expuesto el que se considere totalmente innecesaria la coexistencia de las sociedades nacionales de crédito y de las instituciones nacionales de crédito. En caso de que a alguna institución o sociedad nacional de crédito se le quisiera dar participación especial en alguna rama de la economía, bastaría que el Ejecutivo Federal dictara el decreto corerspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 89 fracción primera de la Constitución Política, o que dicho objeto se previera en el reglamento orgánico correspondiente.

Obvio es que en caso de unificarse a las instituciones y a las sociedades nacionales de crédito, debería regir para ambas el principio de que el capital social estaría representado por certificados de aportación patrimonial y que

ninguna persona física o moral podría detentar más del 1% del capital del banco correspondiente, excepción hecha del Gobierno Federal.

En la actualidad irónicamente las instituciones nacionales de crédito operan bajo la estructura de sociedades mercantiles, y sus acciones pueden ser detentadas por cualquier persona, sin limitación porcentual conforme al artículo tercero bis de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Si el Gobierno Federal ha adoptado una postura accionaria y ésta ha sido elevada al rango de ley, lo menos que se puede exigir es su aplicación congruente en las instituciones nacionales de crédito.

De lo anterior resulta el que la decisión que adopte el Gobierno Federal por ser titular de la mayoría de las acciones de la banca mixta, perjudicará en sus intereses a los demás accionistas de las sociedades correspondientes, mismos que en base a lo dispuesto por el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tendrán derecho, siempre que hayan votado en contra de la transformación de la sociedad, a separarse de ella y obtener el reembolso de sus aciones en proporción al activo social según el último balance aprobado, siempre que se solicite dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea.

Al menos los accionistas de las instituciones de banca mixta tienen y podrán ejercitar el derecho antes indicado, ya que aquellos que invirtieron en acciones de los bancos expropiados se encuentran en un total estado de indefinición, puesto que sus acciones no han sido expropiadas en ningún momento y el decreto de nacionalización condicionó arbitrariamente el pago de las mismas, previa su entrega, a un plazo que no excederá de 10 años, con la consecuente pérdida tanto de poder adquisitivo de la cantidad que se les entregue, como de la posibilidad de hacer en la actualidad inversiones productivas para ellos y para el país.

Adicionalmente a lo anterior y en contravención al espíritu del párrafo quinto del artículo 28 constitucional que establece que el servicio de banca y crédito será prestado exclusivamente por el Estado, por considerarse actividad estratégica, tanto el decreto de nacionalización como el artículo segundo transitorio del decreto que reformó la Constitución y el tercero transitorio de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, determinan que continuarán rigiéndose por la Ley General de Instituciones de Crédito y sus propias concesiones, el Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S. A., el Banco Obrero, S. A. y las sucursales en México de bancos extranjeros que cuenten con concesión del Gobierno Federal.

Absurdo, pero cierto, se pretende monopolizar la actividad bancaria respetando fueros; se hace otra excepción al principio de generalidad de las leyes; se pretende acabar con una élite y se crea otra.

En síntesis, si se pretende operar el servicio de banca y crédito en forma exclusiva por el Estado, nada impide el que se haga por conducto de cualquier institución de derecho público, llámesele como se le llame, pero es conveniente que su manejo sea uniforme y se dé fin a estatus jurídicos diversos

que en lugar de aclarar confunden y en lugar de simplificar el manejo de la banca lo complican.

3. DE LAS SOCIEDADES NACIONALES DE CRÉDITO Y SUS OBJETIVOS

Como se ha precisado, la Ley de Banca determina que el servicio correspondiente será prestado por sociedades nacionales de crédito e instituciones nacionales de crédito.

Las sociedades nacionales de crédito son instituciones de derecho público creadas por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objeto es en los términos del artículo tercero:

a) Fomentar el ahorro nacional;
b) Facilitar al público el acceso a los beneficios del servicio público de banca y crédito;
c) Canalizar eficientemente los recursos financieros a las actividades nacional y socialmente necesarias o prioritarias, conforme a los diversos programas sectoriales y regionales y a los planes nacionales de desarrollo económico y social, y a la satisfacción de las necesidades financieras de todos los sectores productivos del país y del público en general;
d) Establecer la adecuada coordinación entre los programas de orientación y asignación de los recursos presupuestales del erario público y los correspondientes a los recursos crediticios de las instituciones;
e) Procurar una oferta suficiente de crédito y evitar la concentración de recursos en personas o grupos, a fin de atender eficientemente el financiamiento del mayor y más diversificado número de productos rentables, fundamentalmente de interés general, sectorial, regional o nacional;
f) Descentralizar geográficamente la canalización de recursos, a fin de atender de manera eficiente las necesidades de las diversas entidades o regiones del país;
g) Proveer mejores y más eficientes instrumentos de captación que ofrezcan al público amplias opciones de ahorro e inversión;
h) Promover la adecuada participación de la banca mexicana en los mercados financieros internacionales.

Como podrá observarse, los objetivos que marca la ley a las instituciones prestadoras del servicio de banca y crédito son en demasía repetitivos y dependientes de futuros planes de desarrollo sectoriales, regionales y nacionales, amén de demagógicos al pretender la satisfacción de las necesidades financieras de todos los sectores productivos y del público en general.

Independientemente de lo antes dicho, se obliga a las sociedades nacionales de crédito a coordinar programas de orientación y asignación de recursos acorde a los presupuestos del erario público, función que debería correspon-

der exclusivamente a la Secretaría de Programación y Presupuesto en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Apartándose asimismo de la normatividad de la Ley Orgánica de la Administración Pública, se faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para autorizar los presupuestos generales de gastos e inversiones y las estimaciones de ingresos, cuando en los términos de la precitada ley corresponde a la Secretaría de Programación y Presupuesto todo lo concerniente a programas de ingresos de las entidades de la administración pública federal.

Lo anterior comprueba la precipitación con que fue elaborada la ley, ya que el mismo día en que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, aparecieron también publicadas las reformas y adiciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sin que en éstas se contemple a los nuevos entes de la administración pública paraestatal denominados sociedades nacionales de crédito.

3.1. DE SU CONSTITUCIÓN Y CAPITAL

Tal y como se ha indicado con anterioridad, las sociedades nacionales de crédito se constituirán por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y de conformidad a la ley que se comenta tendrán duración indefinida, domicilio en territorio de la República Mexicana, un capital mínimo que en cada caso establecerá la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, representado por títulos de crédito denominados certificados de aportación patrimonial (ver artículos 7 a 21 inclusive).

Para el establecimiento y clausura de sucursales, agencias, oficinas, etc., requerirán autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédnto Público, quien podrá autorizar o negar discrecionalmente, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, situación similar a la establecida en el artículo sexto de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Los títulos de crédito representativos de su capital, denominados certificados de aportación patrimonial, deberán ser en todo caso nominativos acorde a lo dispuesto por las modificaciones hechas en diciembre de 1982 a la Ley del Impuesto sobre la Renta, para procurar una mayor transparencia fiscal y de esa forma evitar la evasión, y en ningún caso podrán ser titulares de los mismas personas físicas o morales extranjeras, ni sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión absoluta de extranjeros, so pena de pérdida del certificado en favor de la nación.

El capital estará representado por 2 series de certificados de aportación patrimonial. La serie "A" que deberá representar en todo momento el 66%, que no llevará adheridos cupones y que sólo podrá ser suscrita por el Gobierno Federal, y la serie "B", por el 34% restante, que llevará adheridos cupones nominativos y numerados para el cobro de utilidades, que podrá ser

suscrita por el propio Gobierno Federal, por cualquier entidad de la administración pública federal paraestatal, por las entidades federativas y los municipios y por cualquier persona, física o moral de nacionalidad mexicana.

Las certificados de participación de la serie "B" se transmitirán por medio de su entrega, endoso en los términos del artículo 29 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y surtirán efectos ante las sociedades nacionales emisoras, si la transmisión correspondiente se encuentra inscrita en el registro de certificados que al respecto lleve, en el cual deberá contenerse el nombre del titular, su nacionalidad (absurdo ya que sólo podrán ser detentados por mexicanos) y su domicilio, en la inteligencia que en ningún caso podrá persona física o moral adquirir el control de más del 1% del capital, pudiendo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autorizar la tenencia de un porcentaje superior a las entidades de la administración pública federal paraestatal y gobiernos de entidades federativas o de los municipios, sancionándose cualquier contravención a lo anterior con la pérdida a favor de la nación de la participación excedente.

En cumplimiento del principio regulador de los títulos de crédito o valores literales, la incorporación, y sus consecuencias, la literalidad y la legitimación, se establece la obligación de que en los certificados de aportación patrimonial se transcriban, en la forma y términos que en cada caso determine el consejo directivo, las disposiciones relativas a la existencia de las series "A" y "B"; exclusión absoluta de extranjeros; intransferibilidad de los certificados de aportación del Gobierno Federal o serie "A" y limitaciones porcentuales para adquisición de los certificados serie "B" por parte de personas físicas o morales. Toda vez que se trata de valores literales imperfectos, sus tenedores tendrán que cumplimentar la literalidad de los mismos con las disposiciones legales de la propia Ley de Banca, de la ley que regule a las sociedades nacionales de crédito, y en lo conducente, de conformidad a lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

De los certificados de aportación patrimonial serie "B" se derivan derechos corporativos y económicos para sus tenedores. Corporativos en tanto los faculta para designar a las dos terceras partes del consejo directivo y a la comisión consultiva, y económicos por la posibilidad de participar de las utilidades de la sociedad nacional de que se trate, de su cuota de liquidación y de adquirir en proporción similar al porcentaje que detenten, los certificados que se emitan como consecuencia de aumentos de capital, en la inteligencia de que éstos únicamente podrán ser decretados o en su caso reducidos, por acuerdo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión del consejo directivo, del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

El capital mínimo de las sociedades nacionales de crédito deberá estar íntegramente pagado y cuando tengan capital superior al mínimo autorizado, podrán emitir certificados de participación patrimonial no suscritos que conser-

varán en Tesorería y que entregarán a sus suscriptores contra su pago total y el de las primas, que en su caso se fijen.

3.2. DE SU ADMINISTRACIÓN

Las normas para la organización y funcionamiento de este tipo de sociedades se establecerán en los reglamentos orgánicos que para cada sociedad dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debiéndose sujetar dicha dependencia a los lineamientos que se precisen en el contexto integral de los planes nacionales de desarrollo, a la propia Ley de Banca, a la ley que regule a las sociedades nacionales de crédito y supletoriamente, a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

A reserva de que se expidan los reglamentos orgánicos antes indicados, la nueva ley prevé el que las sociedades nacionales de crédito sean administradas por un consejo directivo y un director general, quienes para tal efecto deberán tomar en consideración las opiniones de la comisión consultiva (ver artículos séptimo, segundo párrafo, 22 a 31 y 33).

La libertad de actuación del consejo directivo se encuentra restringida a las políticas, lineamientos y prioridades que establezca el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y la actuación del director general se limitará a la ejecución y realización de los objetivos y metas ordenados por la ley o acordados por el consejo de administración.

Dentro de los parámetros antes indicados, con sujeción en todo momento a la entidad cabeza de sector, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el consejo directivo se encontrará investido de todas las facultades necesarias para la realización de los fines de la sociedad nacional de crédito, determinando la ley como facultades indelegables el nombrar, a propuesta del director general, a los funcionarios inmediatos inferiores de aquél y a los que señale el reglamento orgánico, así como concederles licencias y resolver sobre sus renuncias; nombrar y remover al secretario del consejo; resolver sobre el establecimiento y clausura de sucursales, agencias y oficinas; acordar la creación de comités regionales consultivos, de crédito y administrativos; conocer y aprobar, previo informe del comisario, los estados financieros y de resultados de la sociedad; aprobar el pago de utilidades, así como su forma y términos; determinar las bases para la publicación de los estados financieros mensuales; aprobar el presupuesto anual de gastos e inversiones y, en su caso, modificarlo; aprobar la adquisición de inmuebles necesarios para la prestación del servicio y su enajenación; proponer modificaciones al reglamento orgánico y aprobar, en su caso, el convenio de fusión de la sociedad; y las demás que, con ese carácter, se determinen en el reglamento orgánico.

Con el objeto de procurar una participicaón efectiva de los diversos sectores de la población, la ley establece que el consejo directivo se integrará con número impar de miembros, no menor de 9 ni mayor de 21, de los cuales

designará las dos terceras partes el Gobierno Federal en su carácter de titular de los certificados serie "A", debiendo ser elegidos los restantes miembros por los tenedores de la serie "B" conforme a las bases que posteriormente establecerá la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En todo momento el consejo directivo será presidido por el titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o por la persona que ésta designe, quien tendrá voto de calidad.

Para sesionar válidamente se requerirá un quórum de por lo menos la mitad más uno de los miembros del consejo, siempre y cuando la mayoría de los asistentes sean consejeros designados por la serie "A", debiéndose celebrar reuniones de consejo cuando menos una vez al mes. Lo anterior con el objeto de que en todo momento el Estado tenga el control absoluto sobre las sociedades nacionales de crédito, ya que de otra forma pudiera presentarse el caso de que se adoptaran decisiones contrarias a los lineamientos que dicte el Ejecutivo Federal, contraviniéndose con eso el espíritu del artículo 28 constitucional en el sentido de que el servicio de banca debe ser prestado exclusivamente por el Estado.

Señala la ley que sólo podrán ser miembros del consejo directivo, por los certificados de la serie "A", funcionarios de las dependencias y entidades de la administración pública federal y profesionales independientes de reconocida calidad moral, experiencia y prestigio en materias económicas y financieras y, por los certificados de la serie "B", personas que por sus conocimientos y experiencia sean idóneas para representar al sector al que pertenezcan; trabajadores de la sociedad nacional de que se trate que tengan cuando menos 5 años de servicios prestados en dicha institución y, personas de reconocida calidad moral y notoria experiencia en materias económicas y financieras, existiendo prohibición para que funjan como consejeros el director general o funcionarios de la sociedad de que se trate o quienes tengan parentezco con ellos por afinidad o consanguinidad hasta el cuarto grado y las personas que hayan sido declaradas en quiebra, concurso o suspensión de pagos, los deudores morosos de cualquiera de las sociedades nacionales de crédito, los que tengan litigio pendiente con el banco de que se trate, los inhabilitados para ejercer el comercio y quienes hayan sido condenados por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión.

Seguramente por error tipográfico se señala en la fracción primera del artículo 26 que no podrán ser consejeros los empleados del banco. Aun cuando a la fecha no ha sido publicada la fe de erratas de la ley, se advierte claramente el mencionado error por dos motivos, primero porque que en el artículo 25 fracción segunda, inciso b, se señala que podrán ser consejeros por la serie "B" los trabajadores del banco que tengan cuando menos 5 años de servicios efectivos prestados y, segundo, porque en la exposición de motivos enviada al Congreso de la Unión no aparece la mencionada limitante.

Los consejeros designados como representantes de la serie "A", durarán en

su cargo hasta su remoción por parte del Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y, los de la serie "B", durarán en su cargo 5 años, pudiendo ser reelegidos y sólo podrán ser removidos por causa justificada. A efecto de que los consejeros de la serie "B" funjan como tales en lo futuro por 5 años, el reglamento orgánico de cada sociedad determinará la forma de la substitución escalonada de los designados para integrar el primer consejo directivo.

Toda vez que las sociedades nacionales de crédito son parte de la administración pública federal paraestatal y que la función de banca y crédito es prestada en forma directa por el Estado, el Ejecutivo Federal tiene el derecho y obligación de designar a los directores generales, quienes deberán ser ciudadanos mexicanos con conocimientos y reconocida experiencia en materia bancaria y crediticia, pudiendo ocupar dicho cargo únicamente quienes hayan prestado por lo menos 5 años sus servicios en un cargo o puesto de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimiento y experiencia en materia financiera y administrativa.

El director general ejecutará y realizará los acuerdos del consejo directivo, para lo cual tendrá el gobierno del banco y la representación de éste, con las facultades que le señale en cada caso el reglamento orgánico y las que le delegue el propio consejo.

Con el objeto de dar la mayor participación posible en la administración de la sociedad nacional de crédito a los tenedores de la serie "B", la Ley de Banca prevé la existencia de una comisión consultiva integrada por representantes de dicha serie, distintos del Gobierno Federal, que se reunirá cuando menos una vez al año y las veces que el consejo directivo la cite, con el objeto de opinar sobre las políticas y criterios de la sociedad y los proyectos de aplicación de utilidades; analizar el informe de actividades de la sociedad; formular al consejo directivo las recomendaciones que estime procedentes sobre los puntos anteriores y, actuar como consultor en los puntos que determine el reglamento orgánico.

A fin de evitar el que limite su actuación a las sesiones que determine el consejo directivo, deberá reunirse cuando sea convocada por una tercera parte de sus miembros, por dos consejeros de los certificados serie "B" o del comisario de la propia serie.

Sería conveniente que los reglamentos orgánicos facultaran a la comisión consultiva para denunciar cualquier hecho o circunstancia que se considerara irregular o al o los funcionarios y/o empleados cuya conducta pudiera calificarse como deshonesta, a fin de que se les aplique la nueva ley de responsabilidades.

3.4. DE SU VIGILANCIA

Indica el artículo 32 de la Ley de Banca que la vigilancia de las sociedades nacionales de crédito estará a cargo de tres comisarios, dos de ellos designados por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, acorde a lo dispuesto por las recientes adiciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en sus artículos 26 y 32 bis, y uno por los consejeros de la serie "B", quienes tendrán las más amplias facultades para examinar los libros de contabilidad y demás documentación de la sociedad, incluida la del Consejo, pudiendo asistir con voz a las juntas del consejo directivo.

Toda vez que el artículo tercero de la ley señala como aplicables en lo conducente las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, es conveniente el señalar que la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros tiene asimismo facultades de vigilancia y de inspección sobre las Sociedades Nacionales de Crédito, quienes para compensar los gastos que por este motivo se originen, tienen obligación de pagar las cuotas que anualmente señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a propuesta de la misma Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y en relación con la importancia del capital, reservas, activo y utilidades que tengan (artículo 160 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

Las visitas o inspecciones que realice la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros se verificarán cuando menos una vez al año, en la inteligencia de que su frecuencia se determinará por las necesidades de cada caso concreto, y sus delegados, visitadores o inspectores tendrán las facultades que ordinariamente competen a los comisarios de las sociedades anónimas, pudiendo por lo tanto examinar los libros principales y auxiliares de contabilidad, así como los documentos, títulos y contratos que representen el activo o las responsabilidades de la sociedad nacional de crédito; verificar las existencias de caja o efectivo o en valores; practicar arqueos; verificar la legalidad de las operaciones realizadas; comprobar las inversiones; intervenir en el acta de emisión de títulos o valores y, en general, ejercer las funciones necesarias para el logro de su cometido (artículos 168 y 169 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

Cuando como consecuencia de la visita practicada se detecten irregularidades, si son consideradas como menores, se dará a la sociedad nacional de crédito un plazo perentorio para su corrección, y si son mayores, a propuesta del presidente de la comisión el comité permanente ordenará la intervención de la sociedad correspondiente, quedando a partir de ese momento supeditadas al interventor-gerente la facultades del consejo directivo y los poderes de las personas que determine, hasta en tanto se levante la intervención (artículos 170 a 176 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

3.5. DE SU FUSIÓN Y DISOLUCIÓN

Tomando en consideración que las sociedades nacionales de crédito forman parte de la Administración Pública Federal Paraestatal y que la actividad que desempeñan es exclusiva del Estado por considerarse estratégica para la economía, compete al propio Estado el decidir respecto a la fusión de dos o más sociedades nacionales de crédito o, sobre su disolución (ver artículos 34 a 37 inclusive).

En tal virtud, el Ejecutivo Federal podrá decretar con vistas a propiciar un desarrollo armónico del sistema bancario nacional, la liquidación o fusión de las sociedades nacionales de crédito, y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con fundamento en la fracción séptima del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, señalará la forma y términos en que deberá llevarse a cabo la fusión o liquidación decretada, cuidando en ambos casos el que se protejan debidamente los intereses de los tenedores de certificados de participación patrimonial serie "B", así como los de los trabajadores, en lo que corresponde a sus derechos.

Cuando se trate de fusión de sociedades, los consejos directivos elaborarán los convenios correspondientes, para lo cual deberán tomar en consideración las opiniones de los consejos conesultivos y los dictámenes de los comisarios. Corresponderá a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el autotizar los convenios elaborados por los consejos directivos, mismos que deberán contener los estados financieros de las sociedades, las bases para realizar el canje de los certificados de aportación patrimonial emitidos por éstas y, en general, lo acordado para llevar a cabo la fusión de que se trate.

Los acuerdos de fusión autorizados deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de amplia circulación en la plaza en que tengan su domicilio las sociedades que se fusionen, surtiendo efectos la fusión en la fecha que se indique en las mencionadas publicaciones.

Indica el artículo 36 de la nueva Ley de Banca y Crédito que durante los noventa días naturales siguientes a que surta efectos la fusión, los acreedores de las sociedades nacionales fusionadas podrán oponerse para el solo objeto de obtener el pago de sus crédito, y que en el mismo plazo podrán los titulares de la serie "B" solicitar su separación de la sociedad y obtener el pago de sus títulos acorde a su valor en libros según el último estado financiero aprobado, situaciones similares a lo aplicable en tratándose de sociedades mercantiles, antes anónimas.

4. DE LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL PÚBLICO

El artículo 39 de la Ley de Banca y Crédito transcribe casi textualmente el artículo 105 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares para ratificar el llamado secreto bancario, consistente en el

hecho de que no se podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quien tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales por conducta de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, para fines fiscales.

Señala la citada disposición que los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños o perjuicios que se causen.

Al respecto el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal, tipifica en su artículo 21 el delito de revelación de secretos, indicando que la sanción será de 1 a 5 años de prisión, multa de $50.00 a $500.00 y suspensión de profesión en su caso, de 2 meses a 1 año, cuando la revelación punible sea hecha por personas que presten servicios profesionales o técnicos o por funcionarios o empleados públicos, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

En el último párrafo del artículo precitado se estipula que la prohibición de dar noticias no afecta en forma alguna la obligación de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, toda clase de información y documentos, que en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia solicite.

Hubiera sido prudente el que en la Ley de Banca y Crédito se establecieran las normas adicionales que para protección de los intereses de los usuarios contempla la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, fundamentalmente las relativas al hecho de que las sociedades nacionales de crédito sólo podrán cerrar sus puertas y suspender sus operaciones los días que autorice anualmente la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros; la obligación de someter a aprobación previa de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros cualquier clase de propaganda que se pretenda efectuar; la obligación de registrar en la contabilidad todo acto que implique obligación inmediata o contingente, etc.

4.1. RECLAMACIONES DE LOS USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE BANCA Y CRÉDITO

Atinadamente los artículos 41 a 43 de la nueva ley, otorgan facultades a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para resolver en vía de conciliación las diferencias que se susciten entre las sociedades nacionales de crédito y sus usuarios, indicando que cuando la conciliación no fuere posible, po-

drán las partes someterse al arbitraje en amigable composición o al juicio arbitral de estricto derecho, ante la propia Comisión.

Se estipula el que será optativo para los usuarios el presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros o hacerlas valer ante los tribunales competentes, en el entendido de que si se presentan ante la Comisión, las sociedades nacionales de crédito estarán obligadas a someterse al procedimimiento de conciliación, mismo al que se le dotó de sencillez en sus trámites y agilidad para tratar de lograr la avenencia, limitándose el mismo a la presentación por el quejoso de un escrito en el que exponga su reclamación, del que se correrá traslado a la sociedad de que se trate, requiriéndole un informe detallado dentro del plazo perentorio que la propia Comisión señale y citándose a las partes para la junta correspondiente.

Si en la junta de avenencia no se lograre la misma, la Comisión exhortará a las partes para que la designen árbitro, en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho, en cuyo caso ambas partes tendrán libertad para aceptar o rechazar la exhortación, situación de la cual se dejará constancia en el acta que al efecto se levante.

5. DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES

El análisis de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito sería incompleto si se omitiera el apuntar que en todo aquello que no esté previsto en la misma, será aplicable en lo conducente la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

En el mencionado precepto se hace remisión expresa a los títulos primero, segundo —capítulos VI y VII—, cuarto y quinto de la Ley de Instituciones de Crédito, resultando aplicables del título primero, intitulado disposiciones preliminares, exclusivamente los artículos cuarto bis y quinto a séptimo inclusive, los que establecen que se requerirá autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para invertir en acciones de sociedades que presten sus servicios o efectúen operaciones con las instituciones de crédito; para adquirir acciones o participaciones en el capital social de entidades financieras del exterior; para el establecimiento en la República Mexicana de oficinas de representación de entidades financieras del exterior, y determina que las denominaciones banco, banca, banquero, financiera, crédito, capitalización, etc., sólo podrán ser utilizadas por las instituciones que presten el servicio público correspondiente.

Del título segundo se precisa que exclusivamente serán aplicables los capítulos VI y VII, mismos que comprenden los artículos 44 a 46 bis 10 y regulan las operaciones fiduciarias y las que realice la banca múltiple, razón por la cual es de deducirse que en la actualidad todas las instituciones que prestan el servicio de banca pueden realizar las operaciones reservadas para las instituciones de banca múltiple, incluso aquellas que con anterioridad al decreto de estatización operaban con concesión de banca especializada.

El título cuarto contempla parte de las normas que la nueva ley denomina como de protección al público y específicamente las correspondientes a la contabilidad, caducidad y otras reglas generales; a las diferentes operaciones de las prohibiciones generales y sanciones y, a las relaciones fiscales, en donde se debe de tomar en consideración que el artículo quinto transitorio del decreto por el que se dio a conocer la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, dispone el que las sociedades nacionales de crédito deberán calcular y pagar el impuesto sobre la renta conforme al título segundo de la Ley del Impuesto sobre la Renta, o sea, conforme a las disposiciones aplicables a las sociedades mercantiles en general.

Por último, el título quinto es asimismo complemento de las normas que protegen el interés de los usuarios y en el mismo se prevé la existencia de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y sus funciones.

Asimismo, y toda vez que las normas a que remite la Ley de Banca, a su vez hacen remisión a otras, se consideran aplicables a las sociedades nacionales de crédito los reglamentos de inspección, vigilancia y contabilidad de las instituciones de crédito y el de trabajo de los empleados de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, este último en lo que beneficie a los trabajadores, no obstante la reciente adición de la fracción XIII bis al apartado B del artículo 123 constitucional, para determinar que los trabajadores de las instituciones que presten el servicio público de banca y crédito regulen sus relaciones conforme a lo establecido para los trabajadores al servicio del Estado.

Resulta recomendable el que en el próximo período de sesiones del Congreso de la Unión, se avoque éste a expedir una nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en la que se contemplen todas las disposiciones aplicables y se evite de esa forma el tener leyes que de nacimiento hacen remisiones a otras que se expidieron con objeto de reglamentar una actividad prestada por particulares, situación que ha pasado a ser historia en vista de la reciente adición al artículo 28 constitucional, para establecer como actividad exclusiva del Estado la prestación del servicio de banca y crédito.

Doctrina V

Sección General

LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La resolución de la compraventa en el derecho romano.* 3. *La resolución de la compraventa en el derecho Civil mexicano.* 4. *La resolución de la compraventa en el derecho civil chileno.* 5. *Construcción romanista de la garantía real por la obligación de pagar el precio.*

1. *Introducción*

Como es sabido, en el Derecho Romano clásico, la compraventa es un negocio que tiene efectos puramente personales: el vendedor está obligado a entregar (*tradere*) la posesión e indiscutida[1] de la cosa, y el comprador a pagar el precio. El comprador ordinariamente adquiere la propiedad civil de lo comprado por la *traditio* hecha por el vendedor, justificada por causa de *compra* (*emptio*); si el objeto de la compraventa era un res *mancipi*, el comprador podía exigir al vendedor por la actio *empti* que hiciera la *mancipatio* o *in iure cessio*. En todos estos casos, el comprador no recibe el derecho de propiedad del vendedor (en el derecho clásico no puede hablarse de una "transmisión de dominio" como en el derecho moderno),[2] sino que lo adquiere, sea por la *traditio*, sea por uno de esos actos formales.

En el Código Napoleón (a. 1583) se introdujo la doctrina de la compraventa con efecto real, según la cual, por el mero consentimiento de los contratantes se transfiere al comprador el dominio de la cosa objeto del contrato, si ésta es cierta y determinada. Esta doctrina fue recogida por el primer código mexicano de 1870 (a. 1552) y transmitida a los sucesivos códigos mexicanos de 1884 (a. 1436) y de 1928 (a. 2014).[3]

La adopción de esta doctrina ha producido consecuencias importantes en cuanto: a) al concepto del contrato de compraventa; b) al régimen de la comproventa de cosa ajena; c) a la resolución del contrato por falta de pago del precio. En este trabajo se intenta analizar exclusivamente la influencia que tuvo en la definición del régimen de la resolución de la compraventa por

[1] La cosa no se considera entregada si el comprador no puede predominar en los interdictos posesorios D/19,1,11,13.

[2] D'ORS, *Derecho privado romano.* 3a. edición, Pamplona 1977, p. 206.

[3] En lo sucesivo se citarán estos códigos así: CC70, CC84, CC28.

falta de pago de precio, y comparar dicho régimen con el correspondiente del derecho chileno, en el que se mantuvo la doctrina romana, a fin de concluir proponiendo un régimen común de resolución de la compraventa por falta de pago, de base romanística.

2. *La resolución de la compraventa por falta de pago precio en el Derecho Romano*

En una compraventa las partes podían convenir que el vendedor se reservaba el derecho de resolver el contrato si el comprador dejaba de pagar todo el precio o una parte de él. Este convenio, conocido como *pacto comissorio* fue considerado como un pacto de resolución unilateral del contrato, suspensivamente condicionado (D 18, 3, 1). Si se hacía la resolución del contrato, ésta, en concordancia con la naturaleza obligacional de la compraventa, sólo se daba con efectos personales, y no implicaba una revocación de la propiedad de la cosa vendida a favor del vendedor; el vendedor tenía la *actio empti* para exigir al comprador la devolución de la cosa o su estimación en dinero, pero no podía, por efecto de la resolución del contrato, recuperar la cosa de terceros adquirentes (D 18, 3, 4, pr).

Cuando el comprador no pagaba el precio, se producía una situación especial respecto a la propiedad de la cosa vendida: el comprador podía considerarse propietario frente a todos, ya que la *traditio* por causa de compra producía el efecto adquisitivo, excepto frente al vendedor, el cual podía prevalecer en el juicio reivindicatorio mediante una *exceptio* o *replicatio doli*. Justiniano generaliza más este efecto relativo, señalando que el comprador no adquiere el dominio, a no ser que pague el precio o dé una garantía suficiente al vendedor. (Inst. 2, 1, 41).

En el derecho clásico el vendedor podía obtener una garantía real si convenía con el comprador que la cosa vendida le quedara pignorada en garantía del pago del precio, y que el deudor conservara la posesión de la misma, en calidad de arrendatario (D 13, 7, 37). En esta situación, si el comprador no pagaba el precio, el vendedor tendría, además de la *actio empti, la actio pigneraticia in rem* para recuperar la cosa y cobrarse el precio vendiéndola.[4]

3. *La resolución de la compraventa en el derecho civil mexicano*

En el código civil mexicano de 1870 se estableció como regla general de las obligaciones bilaterales el "pacto comisorio tácito", (CC70:a. 1537; CC84:a 1421 CC28:1949) por el que si una parte no cumple su obligación, la otra tiene el derecho de resolver el contrato o exigir el cumplimiento del mismo.

4 Quizá también podría pactarse que el vendedor (acreedor pignorante) pudiera quedarse con la cosa en propiedad, en pago de la deuda, si el comprador no pagaba oportunamente; o sea se pactaría la *ley commisoria* en la prenda.

Sin embargo, en materia de compraventa se señaló una excepción a este régimen: el vendedor de cosa mueble o raíz no podía rescindir el contrato por falta de pago de precio (artículo 3032). Este precepto sólo podía explicarse según Mateos Alarcón,[5] "suponiendo que la mente de los codificadores no ha sido otra que mantener el contrato que ha producido todos sus efectos jurídicos, en cuanto a la translación de la propiedad a fin de evitar que el peligro de la rescisión no se convierta en una amenaza para otros adquirentes". Tanto la explicación de Mateos Alarcón como el precepto comentado se fundan en la idea de que la resolución del contrato tiene efecto real, o sea que implica una retransmisión del dominio de la cosa vendida en favor del vendedor; si, en cambio, se entiende que la resolución tiene efecto personal, no hay porqué preocuparse de los terceros adquirientes, ya que la resolución sólo da lugar a una obligación, a cargo del comprador, de devolver la cosa o su estimación en dinero, además de la indemnización por daños y perjuicios.

El Código Civil de 1884 suprimió esa excepción, por lo que se entendió que el pacto comisorio tácito era aplicable, en general, a toda compraventa; pero conservó en su artículo 2858 (=a. 2889 de CC70) la prohibición de resolver el contrato por falta de pago de precio en ventas "al fiado". Este artículo impedía que el vendedor tuviera derecho de resolución en las operaciones en que le interesaba tenerlo, ya que cuando la venta era "de contado", el vendedor podía negarse a entregar la cosa, mientras el precio no le fuera pagado[6] (CC70:a 2987 = CC84: a 2856 = CC28: a 2286).

Como las compraventas "al fiado" o "en abonos" se fueron haciendo más frecuentes, fue necesario interpretar la prohibición de resolver las ventas al fiado, no como una excepción al régimen general del pacto comisorio tácito, sino como una disposición contradictoria que no debía aplicarse. Así, se interpretó[7] que si en una venta al fiado se pactaba en favor del vendedor el derecho de resolver el contrato, el pacto era válido: esta conclusión se apoyó en el hecho de que había un artículo del Código Civil (CC70: a 3033 = CC84: a 2899) que regulaba el pacto de resolución de compraventa al fiado de inmuebles, por lo que se deducía que el código no prohibía tal pacto,[8] y que

5 MATEOS ALARCON, *Estudios sobre el Código Civil*, México, 1896, IV, p. 347.

6 El artículo, aunque ha sido interpretado como un derecho de retención a favor del vendedor, en realidad atenta contra el principio de consensualidad de los contratos ya que implica que la obligación del vendedor nace cuando recibe el precio, y no por efecto del consentimiento. Este "derecho de retención" se da a un vendedor que ya no es propietario de la cosa, pues la propiedad se transmitió por el consentimiento contractual, a fin de protegerlo contra los posibles abusos de un comprador que, sin tener la cosa ni haber pagado el precio es, sin embargo, propietario. El Código Civil chileno ,en cambio señala que el comprador puede exigir la entrega si "ha pagado o está pronto a pagar" el precio (a. 1826).

7 La Suprema Corte de Justicia (*Semanario Judicial de la Federación*, 4a. Epoca, tomo X, 1902, p. 104 y ss), en caso de compraventa en abonos niega al vendedor la resolución del contrato por falta de pago; pero la concede (Semanario Judicial de la Federación, 4a. Epoca, tomo XII, p. 396 y 55) cuando estaba pactada.

8 Véanse los "considerandos" de una resolución de la Suprema Corte de Justicia, en *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. Epoca, tomo XXVII, 1929, p. 1354 y 55.

el artículo 2858 sólo establecía la regla aplicable si no había un pacto expreso.

Los efectos de la resolución de la compraventa se regulaban por dos artículos (CC70: aa 1467 y 1468 = CC84: aa. 1351 y 1352), insertos en el capítulo de las obligaciones condicionales. En ellos se decía (a. 1467 y 1351) que la resolución de la compraventa produciría efectos contra tercero (es decir produciría efecto real), sólo cuando se tratara de bienes inmuebles, y el pacto de resolución estuviera inscrito en el registro público; en este caso, la resolución, aunque se pactara así, no produciría efecto de pleno derecho con la sola declaración del vendedor, sino que para ello sería necesario que el juez hiciera un requerimiento de pago al comprador, y si después de hecho el comprador no pagaba, entonces se producía la resolución del contrato (CC70: a 3033; CC84: a 2899). Respecto de compraventa de muebles (CC70: a 1468 = CC84: a 1352), se preveía una resolución que no producía efectos contra terceros adquirentes de buena fe, o sea que tendría efecto real si los adquirentes fueran de mala fe y efecto personal cuando estos fueran de buena fe.

A medida que aumentan las operaciones de compraventa en abonos respecto de cosas muebles, se va sintiendo la necesidad de establecer para el vendedor un derecho de resolución que pueda producir efectos contra terceros adquirentes de buena fe. Código Civil de 1928 recoge esta tendencia y establece que el vendedor tiene siempre el derecho de resolver el contrato, "aunque la venta se haya hecho a plazo" (a. 2300), por lo que ya no es necesario pactarlo expresamente, y que la resolución afecta a terceros adquirentes de buena fe, cuando se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles "que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable", (p. e. automóviles, aparatos electro-domésticos, etc.), siempre que se pacte una cláusula expresa de resolución y se inscriba en el Registro Público (a. 2310, 1950 y 1951). Además admite la venta con la modalidad de que el vendedor se reserva el dominio de la cosa hasta que el precio sea pagado en su totalidad. En este tipo de contrato, el comprador no puede vender la cosa que compró, porque no es suya, y si lo hace, además de que la venta es nula, incurre en responsabilidad penal; el vendedor, aunque es propietario, no puede enajenar la cosa, en atención a que está obligado a transmitir el dominio de ella al comprador (a. 2313). Para que esta modalidad pueda surtir efectos contra terceros, se requiere también que se trate de cosas inmuebles o muebles susceptibles de identificación indubitable, y que sea inscrita en el Registro Público.

Esta modalidad de compraventa con reserva de dominio, ha sido entendida,[9] en atención a la doctrina de la compraventa con efecto real, como una compraventa en que la obligación del vendedor, la transmisión de la propiedad, está sujeta a una condición suspensiva consistente en el pago total del precio. Pero esta construcción es débil en un régimen jurídico que considera que la

[9] Así la entienden ROJINA VILLEGAS: *Derecho Civil. Contratos* I, México, s.a., p. 144, SANCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*. México, 1973, p. 113; resoluciones de la Suprema Corte de Justicia reproducidas en *Informe* del año 1933, p. 338; en *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. Epoca, suplemento del año 1956, p. 11.

principal obligación del vendedor es transmitir la propiedad de la cosa, ya que para que exista el contrato es esencial que el vendedor esté obligado a transmitir el dominio y el comprador a pagar el precio si el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad sino hasta que se realice una condición y no antes. De hecho las ejecutorias de la Suprema Corte arriba citadas no dicen que la obligación del vendedor esté sujeta a condición suspensiva, sino que la compraventa lo está.

Ahora bien, si se trata de una compraventa sujeta a condición suspensiva, resulta contradictorio que si el comprador no paga el precio, el vendedor tenga el derecho de resolver un contrato que todavía no llega a existir; y que el comprador, mientras no termina de pagar el precio, tenga acción para exigir la responsabilidad del vendedor por la evicción y por defectos ocultos.

La reserva de dominio se ha introducido con el fin de darle al vendedor una garantía para el caso de incumplimiento del comprador. Es mejor garantía que el pacto comisorio expreso y registrado, en tanto que el comprador no puede vender la cosa, e incurre en responsabilidad penal si lo hace. La mayor parte de las ventas en abonos que se hacen en México, se pactan con la modalidad de la reserva de dominio, pero no se inscribe dicha modalidad en el Registro Público, por lo que el efecto práctico de la misma es el de amenazar con responsabilidad penal al comprador si vende la cosa, y de esta manera el vendedor puede esperar que la cosa vendida permanecerá en manos del comprador y que en caso de que éste no pague el precio, aquí podrá recuperarla, toda vez que la modalidad produce efectos entre las partes, aunque no esté registrada. De esta manera se consigue eludir la prohibición de pactar una cláusula por la que se obligue al comprador a no vender la cosa a persona alguna (a. 2301).

4. *La resolución de la compraventa por falta de pago de precio en el Derecho Civil Chileno*

El Código Civil chileno, fiel a la tradición romana, define la compraventa como un contrato por el que una parte se obliga "a dar una cosa" y la otra a pagarla en dinero (a. 1793). La obligación de dar consiste en entregar la cosa (a. 1548). El comprador adquiere la propiedad de la cosa, gracias a la *traditio* hecha por el vendedor, justificada por el título de compra (aa. 670 y 675). La resolución del contrato por falta de pago del precio se prevé respecto de todo tipo de compraventas (artículo 1873), pero con efectos preponderantemente personales (artículo 1876), ya que en ventas de muebles nunca podrá afectar a terceros de buena fe (artículo 1490), y en ventas de inmuebles, sólo las afectaría cuando el inmueble lo vendiera el comprador al tercero adquirente por escritura pública en la cual constara que el primer adquirente aún no había terminado de pagar el precio respectivo (a. 1491).

Se advierte que el código chileno no tiene reparos en otorgar al vendedor el derecho de resolución con efecto personal, porque considera que la com-

praventa produce igualmente efectos personales, y no reales. Pero este código, lo mismo que los mexicanos del siglo XIX, no prevé una garantía real para el caso de incumplimiento del comprador. En la compraventa de inmuebles solía hacerse una hipoteca sobre la cosa vendida, a favor del vendedor, como garantía de pago del precio.[10] En caso de compraventa de muebles, el vendedor no tiene garantía, máxime que el artículo 1874 señala que la cláusula de reserva de dominio no produce más efecto que el que ya tiene el vendedor, por el artículo 1873, de exigir el pago del precio o la resolución del contrato.

A medida que se hacían más frecuentes las compraventas a plazo, se fue sintiendo, lo mismo que en México, la necesidad de otorgar al vendedor una garantía real. En lugar de la modalidad de venta con reserva de dominio, o venta con pacto comisorio expreso y registrado, que adoptó el Código Civil mexicano de 1928, se introdujo en el derecho chileno, por la *Ley sobre compraventa de cosas muebles a plazo* (6 de diciembre de 1929), un tipo especial de prenda. La ley prevé que en el contrato de compraventa de cosa mueble, cuyo precio se paga a plazo, puede pactarse que la cosa vendida quede pignorada como garantía del pago del precio y que el comprador (y deudor pignorante) conserve la posesión de la misma. Este contrato de prenda deberá celebrarse en escritura pública o por instrumento privado autorizado por un notario.

Las ventajas que obtiene el vendedor con este contrato de prenda accesorio al de venta son mejores que las que adquiere con la modalidad de compraventa con reserva de dominio, ya que: a) los derechos del acreedor prendario son transmisibles mediante endoso anotado en el instrumento donde conste el contrato (a: 5); b) el instrumento da lugar a un procedimiento ejecutivo (art. 4); c) el acreedor prendario puede fijar el lugar donde el deudor ha de tener la prenda; d) el deudor no puede enajenar ni gravar la cosa pignorada, sin consentimiento del acreedor (a. 11 y 12), y si lo hace incurre en responsabilidad penal (a. 33), y e) el acreedor tiene derecho a inspeccionar la cosa pignorada (a. 13).

Si el contrato de prenda no se inscribe en el Registro Público, no dará lugar a procedimiento ejecutivo, no podrá el arrendador transmitir su crédito por endoso, ni podrá afectarse a terceros adquirente de buena fe, pero como el contrato produce efectos entre las partes, el deudor cuidará de no vender o gravar la cosa pignorada, a fin de evitar la responsabilidad penal consiguiente.

5. *Construcción romanista de la garantía real por la obligación de pagar el precio*

El dar una garantía real al vendedor de cosas inmuebles o muebles susceptibles de identificación es una necesidad del comercio actual, dada la gran cantidad de ventas en abonos que se hacen, por lo que es conveniente proponer

10 BARROS ERRAZURIZ. *Curso de Derecho Civil,* Tomo III, Santiago de Chile, 1932, p. 161.

una construcción jurídica de esta garantía, de base romanista, que sirva como modelo para los distintos derechos que se nutren de esa tradición.[11]

El sistema adoptado por el Código chileno,, de compraventa con prenda sobre la cosa vendida se ajusta bien, como se ha visto, a la tradición romanista de compraventa con efecto personal y puede servir como construcción típica.

También es posible una construcción romanista de la compraventa con reserva de dominio, si se concibe ésta como un negocio de efecto personal. Entonces, la obligación esencial del vendedor es entregar la cosa y, en la mayoría de los casos, el comprador adquirirá la propiedad por virtud de la entrega; pero cuando se vendan cosas cuya propiedad no se adquiere por la simple *traditio,* como la de inmuebles (para la cual se requiere escritura pública) o la de muebles que requieren ser inscritos en un registro (como los automóviles, motores, etc.) el vendedor queda obligado, además de entregar la cosa (que es su obligación principal) a hacer todas los actos necesarios para que el comprador adquiera la propiedad, tales como otorgamiento de escritura o inscripción en un registro. Es una situación análoga a la del vendedor romano de una *res mancipi* que está obligado a entregar y hacer la *mancipatio* o la *in iure cessio* correspondiente. Esta obligación del vendedor de hacer lo necesario para que el comprador adquiera la propiedad, bien puede supeditarse a que éste haya pagado íntegramente el precio, y no puede pensarse, por esa supeditación de una obligación secundaria, que el contrato no exista.

De acuerdo a esta construcción, puede llegar a entenderse que la compraventa de inmuebles no es un contrato formal que requiera escritura pública, sino que es un contrato de perfeccionamiento consensual que obliga al vendedor a otorgar la escritura pública correspondiente, cuando el precio le haya sido pagado.

Para los países de tradición romanista, la modalidad de compraventa con garantía de prenda puede servir en caso de tratarse de objetos muebles que no requieran de formalidades especiales para que el comprador adquiera la propiedad de ello (podríamos decir, de cosas *nec mancipi*). La modalidad de compraventa con reserva de dominio puede servir para cosas cuya adquisición en propiedad requiera alguna formalidad (para cosas *mancipi*).

11 "La Convención Internacional de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, no se refiere a este problema, porque en caso de compraventa internacional, la garantía real resulta poco práctica por los problemas que origina trasladar una cosa de un país a otro.

NOTAS SOBRE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

HÉCTOR ALVARADO GONZÁLEZ

I. ACLARACIONES

El concepto (término) *recurso* es un concepto análogo, no unívoco. Se puede y debe entender en diversos sentidos. Este término se usa en diversos campos: en el derecho procesal, en el derecho administrativo, etc. En todos ellos significa, en términos generales, un medio de impugnación.

Es necesario, por lo mismo, distinguir el término o concepto *recurso*, (su significado), dependiendo del campo o rama del derecho en que se use.

Al hacer referencia al recurso administrativo en particular, debe distinguirse también entre el recurso administrativo, en sentido estricto, de los demás medios de impugnación que, incluso, pueden llevar la misma denominación, pero que se usan ya dentro de un proceso jurisdiccional de índole administrativa.

II. NOCIÓN

1. Por recurso, en general, se entiende comúnmente un medio de impugnación, una defensa o un procedimiento de protección.

Al recurso administrativo, en especial, algunos autores lo consideran como un medio que se usa para obtener la revisión de una resolución o proveído de naturaleza administrativa; o como un medio de protección jurídica de los derechos de los particulares, que se usa cuando han sido afectados indebidamente por la acción del gobierno del estado.

Otros autores lo consideran también como un medio ordinario que se usa para impugnar jurídicamente los actos de algún órgano del gobierno del estado o autoridad administrativa; o como un medio de carácter represivo que se utiliza para lograr la conformación de la actividad de las autoridades administrativas al orden jurídico del estado.

2. Dentro de nuestro estado, que se *considera* un estado de derecho, por imperativo constitucional, toda autoridad, principalmente la administrativa, debe actuar con apego a la ley primaria y a las leyes secundarias y ordinarias derivadas de la primaria.

En su actuación *primordial* (emisión de actos administrativos) la autoridad administrativa puede no sólo violar o afectar el régimen orgánico establecido en (por) el orden jurídico del estado, sino también (y esto lo hace a menudo) puede afectar los derechos o garantías reconocidos por dicho orden jurídico a los habitantes del estado y a las personas jurídicas colectivas establecidas en él, en la ley fundamental, así como los derechos establecidos en las demás leyes derivadas de la misma.

Cuando alguna autoridad administrativa, mediante la emisión de un acto de esa naturaleza, afecta o *lesiona indebidamente* algún derecho fundamental o garantía reconocidos a los particulares por la ley fundamental o algún derecho establecido en las demás leyes derivadas de la misma, aquéllos pueden, en ocasiones, impugnar o recurrir el acto, ante la propia administración (pública), por considerarlo indebido o violatorio de su derecho, con el objeto de que se le someta a una revisión especial.

Esa impugnación se hace a través de los llamados recursos administrativos.

III. NATURALEZA

Se llegó a debatir cuál fuera la naturaleza de un recurso de carácter administrativo. En la actualidad están totalmente de acuerdo en este punto la doctrina y la jurisprudencia.

El punto principal del debate consistía en decidir si debía considerarse al recurso como un juicio (proceso judicial o jurisdiccional contencioso) o como un mero *acto* o precedimiento de índole propiamente administrativo.[1]

La doctrina y la jurisprudencia han concluido que un recurso administrativo es de naturaleza distinta a la de los *recursos* o acciones contenciosas o jurisdiccionales (procesos contenciosos o jurisdiccionales); en especial, que lo es también del llamado *contencioso- administrativo.*

Existen semejanzas y diferencias entre ambos efectivamente.

1. Un proceso contencioso o jurisdiccional administrativo supone, lógicamente, la existencia de una controversia o litigio (*conflicto de intereses, calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro)* entre un particular y una autoridad administrativa.

La solución de dicho conflicto o controversia, se somete a un tribunal, que, se supone, es independiente de la administración, aunque formalmante puede pertenecer a su esfera. Este tribunal es diferente de las partes que intervienen en la controversia (particular-autoridad administrativa); en el plano procesal

[1] La Suprema Corte de Justicia ha determinado que un recurso administrativo interpuesto por algún particular no constituye un juicio, sino que es parte integrante de la facultad de un órgano de la administración pública; supone continuidad dentro de un mismo procedimiento y pertenece a la etapa de la actuación oficiosa de la administración pública. Ver A. en R. números 2622/73 y 535/60, Segunda Sala.

se encuentra colocado o situado por encima de aquéllas (quienes, procesalmente, se encuentran colocadas en el mismo plano) y decide o *compone* el conflicto de intereses de manera imparcial e imperativa para las partes.

En el proceso contencioso administrativo intervienen tres sujetos (procesales) y se configura, así, la llamada *relación jurídico-procesal,* que, vinculándolas, se establece de las partes para el tribunal o Juez y no entre las primeras. Es decir, se trata de una *relación angular,* que va del actor hacia el juez y por medio de él, desciende hacia el demandado.

En el proceso jurisdiccional administrativo (*el tribunal administrativo también dice o decide el derecho con fuerza vinculativa para las partes*) la relación jurídico-procesal es pues, compleja y se desdobla en la relación jurídica de acción y en la de contradicción o defensa.

La autoridad administrativa (administración pública) actúa, por lo mismo, como parte frente al particular inconforme y existe una autoridad judicial o jurisdiccional sobre ella, quien resuelve imparcial e imperativamente la controversia. El juez o tribunal administrativo actúa, así, en función jurisdiccional y el proceso concluye con un acto o resolución de esa misma índole, es decir, con una sentencia.

2. Un recurso administrativo supone también la existencia de una controversia o litigio entre un particular y la autoridad administrativa.

En un recurso administrativo, sin embargo, intervienen solamente dos *sujetos procesales*: el particular y la autoridad. Entre ambos se configura una relación jurídica que podría denominarse *procedimental,* la cual se entabla verticalmente entre el particular inconforme y la autoridad administrativa que dictó el acto o resolución, superior jerárquico (también administrativo) o un *organismo administrativo* que también forma parte de la misma autoridad administrativa (como lo es, por ejemplo, el Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social).

La relación procedimental que se entabla en los recursos administrativos es una relación simple, que se perfecciona desde el momento en que se interpone el recurso (de impugnación), puesto que se entabla sola y directamente entre las dos partes, particular inconforme y autoridad administrativa.

La solución del conflicto se somete en el recurso a la propia autoridad administrativa (administración pública). Esta, a través del funcionario autor del acto, de su superior jerárquico o de un organismo administrativo diverso, es la que revisa y examina de nueva cuenta el acto o resolución recurridas y ella misma es la que, además de ser parte interesada, dicta la resolución definitiva, la puede imponer a la otra parte (*auto-defensa*) o puede allanarse a la petición contraria (*esto es lo que caracteriza a la autocomposición en los recursos administrativos).*

Todo recurso administrativo desemboca, así, (por regla general) en un acto también administrativo y de ninguna manera, en un acto judicial o jurisdiccional.

Considerado así el recurso, se concluye lógicamente, como lo ha hecho en algunos casos la Suprema Corte de Justicia,[2] que el recurso supone continuidad dentro de un mismo procedimiento administrativo y "pertenece a la etapa de la actuación oficiosa de la administración pública"; o como ha dicho el Tribunal Fiscal de la Federación,[3] que la facultad de conocer y resolver un recurso administrativo fiscal forma parte de la misma facultad de establecer (determinar) el propio crédito fiscal y que dichos recursos son parte integrante de la capacidad de la propia autoridad administrativa-fiscal que conoce de los mismos.

El recurso administrativo no difiere, pues, del procedimiento de dicha índole previo a la emisión del respectivo acto o de la respectiva resolución (administrativos); es una parte o fase integrante de dicho procedimiento.

Como el recurso administrativo forma parte del propio procedimiento administrativo (destinado a producir el acto o resolución administrativos que deban culminar dicho procedimiento) la resolución del recurso, como se dijo antes, implica también un acto o resolución administrativos (y no un fallo jurisdiccional).

El llamado Poder Judicial de la Federación, a través del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha dicho, en relación con los recursos fiscales-administrativos, que, al ser el fisco quien determina el crédito fiscal y quien resuelve el recurso de reconsideración, con ello realiza una sola actividad, que es la que tiende a precisar en definitiva tal crédito fiscal y por lo mismo, no puede decirse que se trate de un acto jurisdiccional, pues no podría decirse que la resolución del recurso pertenezca a otra esfera distinta a la que en principio rige la fijación de un crédito, máxime que es la misma autoridad la que impone el crédito y la que lo *reconsidera* al resolver el recurso. En la sustentación y resolución de un recurso de reconsideración, por ejemplo, no existe una controversia *contenciosa* (jurisdicional) entre el fisco y el particular afectado; la autoridad fiscal (administrativa) es una mera revisora.[4]

En corroboración a lo anterior, puede concluirse (como lo han hecho algunos expositores),[5] que en un recurso administrativo la administración activa no actúa como contraparte, sino como órgano revisor de *sus propios actos* y que dicho órgano no es autónomo. En un recurso administrativo faltan, por lo mismo, los elementos indispensables para que se configure el juicio administrativo.

3. Existen, pues, semejanzas y diferencias entre un recurso y un proceso (*juicio contencioso*) administrativo. La diferencia principal, sin embargo, no

2 Ver nota anterior.
3 Ver juicio de nulidad número 611/70, Primera Sala.
4 Ver juicio de amparo D.A. 225/70.
5 Ver Jaime Cadena Rojo, Magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación, en "Orígenes y desarrollo del contencioso administrativo en México", *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 1966.

se encuentra en la existencia de una controversia o de un litigio entre un particular y la autoridad administrativa, sino, como se apuntó antes, en la intervención de un tercero imparcial que, en el proceso administrativo, resuelve imperativamente esa controversia, situado procesalmente por encima de las dos partes contrapuestas.

Este tercero imparcial, el Juzgador, no interviene en el recurso administrativa, parte interesada en el conflicto.

Lógicamente, el proceso administrativo debe promoverse —en vía judicial o jurisdiccional— ante un tribunal o juzgador de esa naturaleza (y el recurso, como se dijo antes, ante la propia autoridad).

Hay expositores que, incluso, han llegado a considerar que en el recurso administrativo no existe siquiera una propia y verdadera controversia. Para que exista una verdadera controversia, afirman, sería indispensable que las pretensiones de la administración fueran *contradictorias* (sic) con las del particular; mientras no se haya agotado la vía administrativa, dentro de la cual encaja el recurso, no podrá afirmarse que la administración (pública) sostiene *un punto de controversia* con el particular.[6]

IV. FINALIDAD

1. La finalidad del recurso administrativo, (desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico), consiste precisamente en revisar el acto, la resolución o el proveído impugnados por el mismo, para confirmarlos o para revocarlos (anularlos). La *revisión* que se hace en el recurso administrativo constituye un acto administrativo por virtud del cual *se vuelve a ver* la resolución o el proveído.

Un acto administrativo, al ser *recurrido* por el afectado y *revisado* por la propia administración pública (técnicamente) sólo puede ser confirmado o revocado (anulado) por ésta. Un acto o es válido o es inválido (en su totalidad); no puede (técnicamente) ser considerado *parcialmente* válido y *parcialmente* inválido. Si hay algún elemento de *invalidez*, éste afecta en su totalidad al acto y no sólo a la *parte* a que se refiera. Por tal motivo, la llamada *modificación* del acto no es una *situación* diversa a las indicadas; ella implica una revocación previa del anterior y una *emisión nueva* (total) del posterior.[7]

6 Ver Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, 1973, pág. 447.
7 Un acto administrativo es un todo indivisible; si al acto le falta alguno o algunos de los requisitos constitucionales fundamentales establecidos para su validez, carece de la debida legalidad y puede ser anulado. Un acto administrativo nulo o inválido (por falta de alguno de los requisitos constitucionales fundamentales), sin embargo, al adolecer de tal defecto legal, adolece de él en su totalidad y no en parte solamente. Es si el acto es inválido, lo es en su totalidad (puesto que tal acto violó los preceptos constitucionales) y no puede serlo tan sólo en parte, considerándose válido el resto del mismo.
Ver juicio DA-810/77, del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el que resolvió: "conforme se dice en los conceptos de violación, la senten-

El órgano administrativo, cuando es el superior jerárquico de la autoridad que dictó el acto o es diverso de ella, *se sustituye,* en cuanto a sus funciones decisorias, al inferior o al diverso órgano que pronunció el proveído (acto) recurrido; el cual *vuelve a ser visto* (para su confirmación o revocación) (y en el caso de la llamada modificación, para su previa revocación y posterior emisión del nuevo acto *modificado).*

Cuando es la misma autoridad que emitió el acto la que conoce del recurso en su contra, simplemente *lo revisa o vuelve a ver* y dicta nueva *resolución o acto,* en cuanto al fondo, para los fines antes señalados.

2. Se admite unánimemente la facultad general que tiene la administración pública (con lógicos casos de excepción) de (re) examinar o reconsiderar sus propios actos o resoluciones, con el fin de dejarlos sin efectos, si no son legales o no son oportunos.

Las revisiones de sus propios actos las hace fundamentalmente la administración pública con el fin de enmendar los errores de hecho o de derecho que hubiere cometido al dictar la resolución o proveído recurridos. Es decir, le permiten verificar y confirmar si su actuación se ha ajustado a lo establecido en la norma constitucional (primordialmente a las garantías reconocidas por los artículos 14 y 16) y en las leyes *derivadas* de la misma, aplicables al caso ("las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite", en la forma expresa que les indica).[8]

Para el efecto de obtener el fin o los fines indicados, la autoridad *debe* (tiene el deber de) dictar una *nueva resolución* en cuanto al fondo de la controversia planteada. Esto es lo que distingue al recurso administrativo del simple derecho de petición disfrazado muchas veces con el nombre de *recurso de reconsideración* administrativa.

En efecto, el derecho de petición es un medio jurídico (de protección) imperfecto, pues la autoridad ante quien se interpone no está obligada más que

cia reclamada no debió declarar simultáneamente la validez y la nulidad del mismo... (acto administrativo), sino que debió anularlo como una unidad, paar el efecto de que se dictase uno nuevo en los términos señalados en la propia sentencia reclamada".

Antonio Carrillo Flores, en su libro *La Justicia Federal y la administración pública,* México, 1973, págs. 105-106, dice: "La revocación (*anulación*) y la reforma (*modificación*) no se distinguen sino en que la revocación emanan de la misma autoridad que ha dictado la disposición y la reforma de una autoridad jerárquicamente superior; en ambas hay de común el que *se substituye con un nuevo acto administrativo el contenido de un acto anterior derogado*".

8 Ver Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo,* México, 1968, págs. 1175-1178.

"Para que el recurso administrativo exista se requiere que el derecho objetivo establezca la posibilidad de que un particular... impugne ante una autoridad administrativa una decisión, con el derecho de que la autoridad a quien se dirige *emita una nueva resolución administrativa sobre el fondo del asunto,* examinando sólo la legalidad de la primera o también su oportunidad, según la órbita de facultades que a la autoridad de revisión otorgue el derecho positivo". Ver Antonio Carrillo Flores, *libro citado,* págs. 108-110.

Ver Gabino Fraga, *libro citado,* págs. 444 y ss.

Ver Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano,* México.

a dar una respuesta por escrito y en breve plazo al peticionario, pero no tiene el deber (*que sí tiene en todo recurso administrativo*) de entrar a un examen de fondo del acto cuyo retiro se solicita.

Lo anterior es lógico, ya que si se determina, por ejemplo, que debe anularse la resolución impugnada, la autoridad debe dictar una nueva en la que se señalen las razones o motivos por los que se anula, así como los fundamentos de derecho en que se basa para hacerlo. (En el caso de que se determine que la resolución impugnada debe *modificarse,* la autoridad debe emitir una resolución en la que se expresa cómo deberá quedar la *nueva* resolución en la que se exprese cómo deberá quedar la *nueva* resolución o el *nuevo* proveído que deberá *substituir* al anterior, así como los motivos y fundamentos en que se base para decretar la modificación).

Es lógico también concluir, como se dirá más adelante, que el acto, resolución o proveído impugnados, desde el momento en que son recurridos, no sean técnica y legalmente *definitivos o firmes* (aunque algunos ordenamientos legales = indebidamente y con falta de adecuada técnica = digan lo contrario), puesto que, al resolverse el recurso, podrían ser anulados (en definitiva o para ser *modificados*) y en caso de que no lo fueran, *deberán ser confirmados* (*sólo puede confirmarse algo que carece de firmeza*).

V. FUNDAMENTOS

En la federación mexicana las autoridades administrativas deben realizar su actividad siguiendo los lineamientos establecidos en la Constitución Política y en las leyes derivadas de ella.

Para poder privar a alguien de sus propiedades, posesiones o derechos, las autoridades administrativas deben seguir *un juicio,* ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; y para poder molestar a alguien en su domicilio, papeles o posesiones, debe emitirse previamente un mandamiento escrito (por la autoridad competente) que funde y motive la causa legal del procedimiento (artículos 14 y 16 de la Constitución Política).

El Poder Judicial de la Federación, *en uso de sus facultades y atribuciones* (y en auxilio patente e innecesario de la administración pública), ha tratado, sin embargo, de atenuar las exigencias constitucionales antes señaladas, mediante jurisprudencia obligatoria en la que se han establecido diversas *excepciones* (¿anticonstitucionales?) a la regla general (por lo que respecta, sobre todo, al segundo párrafo del artículo 14 constitucional).

En nuestro derecho, de acuerdo con las disposiciones citadas, se han considerado que pueden contarse entre los *fundamentos* esenciales del procedimiento relativo a los recursos administrativos los siguientes:

1. La conveniencia (¿necesidad?) de que al administración pública revise

sus propios actos, a solicitud de un particular afectado, para corregir los errores y las violaciones (legales) que advierta y que afecten la esfera jurídica de los particulares; para verificar y comprobar con ello el exacto sometimiento *al principio de legalidad* (artículo 16 Constitucional) y para corregir, en su caso, toda actuación irregular que afecte el orden jurídico vigente; así como para evitar el trámite de un proceso posterior ante las autoridades judiciales o administrativas, que ocasionaría una consiguiente pérdida de tiempo.

La administración pública *tiene* el control de todas sus dependencias, ha dicho un expositor y es *la más* interesada en que los *agentes públicos* se subordinen a las prescripciones legales. El recurso administrativo *permite* al poder público revisar sus propios actos.[9]

2. La necesidad de cumplir el imperativo del artículo 14 constitucional, en cuanto al derecho fundamental del debido proceso o de la audiencia de los particulares, previo a una afectación por parte de las autoridades administrativas (exigencia que obliga también y directamente, a la administración pública a oír en defensa a los propios afectados, aun cuando la ley administrativa no consigne un procedimiento adecuado que permite la defensa de los particulares afectados).

3. La existencia forzosa en todo estado de derecho de un control jurídico de las autoridades administrativas o administración pública, con el objeto de conseguir que dichas autoridades arreglen todas sus actuaciones a lo que dispone la ley y los particulares que pudieran resultar lesionados por las violaciones a la misma tengan una adecuada y eficaz protección o tutela.

La Suprema Corte de Justicia[10] ha dicho a este respecto que, aunque en su origen los recursos administrativos tuvieron como fin proteger los derechos de los administrados, ahora tienen como objetivo principal una concepción social: el asegurar la jurisdicción de la acción administrativa y con ella el interés de la administración que surge de las mismas normas jurídicas que regulan su actuación; es decir, garantizar la legitimidad (legalidad) administrativa.

Cabe aclarar que no debe decirse que el recurso administrativo tenga su fundamento, además, en la facultad que tiene la administración pública de revisar oficiosamente sus propios actos, puesto que existen actos o resoluciones que *no pueden* revisarse, los cuales sólo puede examinar a través de la instancia del afectado, especialmente cuando aquellos afectan (a su vez) derechos de terceros.

Un recurso administrativo, por lo mismo, técnica y prácticamente no debe ser considerado como un nuevo trámite más, (como a menudo lo hace la administración pública), dentro del procedimiento administrativo dirigido a

[9] Ver Andrés Serra Rojas, *libro citado*, página 1176.
Ver Héctor Fix Zamudio, "Estudio de los recursos administrativos", en *Estudios de Derecho Público Contemporáneo*, México, 1972.
[10] Ver Juicio A.D. 3181/73, Segunda Sala.

la emisión del acto o de la resolución que pongan fin al expediente o procedimiento.

Como corroboración a lo antes afirmado, cabe añadir que algún expositor ha dicho que, si la administración pública puede, en ejercicio de *su posición privilegiada,* dirimir por sí los conflictos jurídicos que surjan con las personas que con ella se relacionan, parece lógico arbitrar una serie de recursos administrativos ante ella, antes de que el particular pueda iniciar la vía procesal (judicial-jurisdicional), ya que, si la propia administración, al decidir los recursos planteados ante ella, reconoce la razón que asiste al demandante, se evitará un proceso (y) con (él) las complicaciones y gastos que el mismo supone (y por ello se ha equiparado *la vía gubernativa* a la conciliación).[11]

VI. PRESUPUESTOS O REQUISITOS

Entre los requisitos que se consideran indispensables o necesarios para la *procedencia* de un recurso administrativo se pueden contar los siguientes:

- La existencia de un acto o resolución administrativos que afecten un derecho o un interés legítimo de un particular.
- La posibilidad legal de interponer algún recurso en contra de los mismos y el señalamiento en la propia ley de la autoridad administrativa que debe conocerlo.
- La fijación de un plazo dentro del cual debe promoverse el recurso.
- El señalamiento de determinados requisitos de forma que deben seguirse al promover el recurso (por ejemplo, que se presente por escrito con un *contenido* obligatorio mínimo).
- El establecimiento de un procedimiento adecuado para su tramitación.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado, además, como presupuesto o requisito, el deber que tiene la autoridad administrativa, que conoce de la tramitación del recurso, de resolver, *de nueva cuenta,* en cuanto al fondo del negocio o asunto y dictar, por lo mismo, la (nueva) resolución que real y efectivamente ponga fin al expediente o procedimiento administrativo correspondiente. (Esto es lo que distingue al recurso administrativo del simple derecho de petición, disfrazado en ocasiones con el nombre de *reconsideración administrativa.*) [11 bis]

[11] Jesús González Pérez, citado por Héctor Fix Zamudio, en *Estudio de los recursos administrativos,* México, 1972.
[11 Bis]: Ver nota 8.
"El artículo 8o. de la constitución no obliga a la autoridad —sobre este punto hay ejecutorias de la Corte— sino a dar una respuesta; de ninguna manera la obliga a abordar el fondo del asunto, ni menos aún a resolverlo de acuerdo con las pretensiones del peticionario". Antonio Carrillo Flores, *libro citado,* pág. 106.

VII. CLASES

Independientemente de la denominación que les dan, respectivamente, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ,en nuestro sistema jurídico existen fundamentalmente tres categorías de recursos:

- Los que se interponen ante la misma autoridad que dictó el acto o resolución impugnados.
- Los que se interponen ante una autoridad jerárquicamente superior a la que dictó el acto o resolución.
- Los que se interponen ante un organismo administrativo *especial* (por ejemplo, el Consejo Técnico del Seguro Social), que no es, en sentido estricto, una entidad jerárquicamente superior a la que dictó el acto reclamado (ni es un órgano *autónomo* e independiente de la propia autoridad administrativa).

VIII. EFECTOS

Los efectos que produce la interposición y la resolución de un recurso administrativo son de diversas categorías y muy variados. Por lo mismo, el análisis se reduce solamente a algunos de los que pueden considerarse de los más relevantes y dignos de consideración.

1. La interposición de un recurso administrativo en contra de un acto, resolución o proveído legalmente recurribles, hace que los mismos *técnicamente* no adquieran definitividad o firmeza.

a) La Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación dispone en su artículo 23: "Las Salas Regionales conocerán de los juicios que se inicien contra *las resoluciones definitivas* que se indican a continuación:... Para los efectos del primer párrafo de este artículo, *las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo* o cuando la interposición de éste sea optativa para el afectado." (Publicación en el Diario Oficial de la Federación del día 2 de febrero de 1978).

En efecto, un procedimiento administrativo supone una secuela o sucesión de diversos actos de trámite que culminan con un acto, resolución o proveído de dicha índole. Tal resolución o proveído ponen fin a un expediente administrativo, es decir, resuelven la cuestión planteada en ellos.

Algunas resoluciones administrativas (*deberían ser todas*), no obstante, por disposición legal, admiten algún recurso administrativo en su contra; otras no (aun cuando en contra de éstas puede interponerse "el" *recurso* o juicio extraordinario del *amparo*). Por virtud de dichos recursos, ordinarios y *extraordinario,* pueden ser revocados o anulados. Es decir, como se dijo antes,

existe la posibilidad de revocar o anular una resolución dictada en un expediente o procedimiento administrativo.

La posibilidad antes indicada es la que hace que, al ser interpuesto el recurso, la resolución recurrida no sea en manera alguna definitiva o firme (sino tan sólo *provisional y contingente,* como ha dicho un Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa.[12]

b) Han surgido, en relación con este punto, diversas dudas y confusiones, propiciadas tanto por la legislación como por la jurisprudencia y la doctrina.

Se dispone, por ejemplo, en la Ley del Seguro Social (artículo 274): "Cuando los patrones y demás sujetos obligados,... consideren impugnable algún *acto definitivo* del Instituto, *acudirán* (podría haber dicho: pueden o deben acudir) en inconformidad,... ante el Consejo Técnico,..." (publicación en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1974). En el Reglamento del artículo 274 de la Ley del Seguro Social, por su parte, se establece (artículo 4o.): "El recurso de inconformidad *se interpondrá* precisamente dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que surta efectos la notificación del *acto definitivo* que se impugne." (Publicación en el Diario Oficial de la Federación de 17 de noviembre de 1950, reformado por Decreto de 3 de agosto de 1979).

Es decir, para la Ley del Seguro Social (tal parece) los recursos que se interpongan en contra de los *acuerdos* dictados por alguna autoridad del Instituto sólo son procedentes y admisibles cuando aquéllos sean *definitivos.*

Estimo que la duda o la confusión provienen del diverso significado que se da y se debe dar a los conceptos —términos *definitivo y definitividad*; los cuales son términos o conceptos *análogos,* no *unívocos.* (Es decir, a los términos se les quiere dar un significado o una acepción *unívocos,* cuando técnica y realmente se trata de dos conceptos *análogos).*[13]

¿Cuándo adquiere *definitividad* un acto? ¿Cuando es emitido por la autoridad; cuando se resuelve el recurso administrativo interpuesto en su contra; cuando se resuelve el juicio de nulidad o cuando se rsuelve el amparo?).

Sucede en este campo algo parecido a lo que acontece en relación con el juicio de amparo. Uno de los principios esenciales de la procedencia del juicio de amparo es el llamado de la *definitividad* del acto reclamado. Por virtud no pueden *ser combatidos* en la vía de amparo si los mismos no son *definitivos.*

Un acto, para que pueda ser *recurrido* en amparo, debe ser *definitivo* y para que adquiera *definitividad,* debe ser previamente objeto de las impugnaciones internas establecidas por las leyes respectivas.[14] Se dice que el acto

12 Ver amparo A.D. 225/70, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

13 Definitivo: dícese de lo que decide, resuelve o concluye. Definir: decidir, determinar, resolver una cosa. (*Diccionario Espasa-Calpe*). (*Diccionario para Juristas,* de Juan Palomar de Miguel, México, 1981). Definidad: Inmodificabilidad o irrevocabilidad de na resolución. (*Diccionario para Juristas*).

14 El llamado principio de definitividad se ha definido como "el agotamiento o ejercicio

reclamado en el amparo es *definitivo* por cuanto no puede ser legalmente impugnado por recursos, por medio de defensa legal o por juicios ordinarios, los cuales tengan la finalidad de que la autoridad lo *anule lisa y llanamente o para efectos* (como acostumbran *resolver y decir* algunos tribunales federales

Sin embargo, puede suceder, como a menudo acontece, que el Juzgado o Tribunal Federal ampare y proteja al quejoso en contra del acto reclamado y que éste (que en un principio se consideró ya *definitivo*), por virtud del amparo, *sea anulado o revocado lisa y llanamente o para el efecto de que se dicte uno nuevo* en el que se respete la garantía constitucional violada (*para que se modifique el anterior*); es decir, deje de producir efectos (y a la postre resulte que *no decidió ni resolvió ni concluyó* el expediente, trámite, proceso o procedimiento).

Las palabras o conceptos *definitivo* y *definitividad* no están usadas aquí en el sentido estricto (técnico) de la palabra, sino tan sólo en un *sentido amplio.*

Algunos expositores, por analogía a lo que sucede en relación con el amparo, expresan que el principio de definitividad, en cuanto a la materia administrativa, comprende dos aspectos: por una parte, deben agotarse los recursos administrativos propiamente dichos *para que el acto administrativo adquiera definitividad*; por la otra, si este *acto definitivo* admite otro medio de defensa legal de carácter ordinario —no el juicio de amparo—, debe agotarse dicho medio de impugnación judicial para poder interponer, en su caso, el juicio de amparo en su contra.

No obsta a la conclusión expresada lo manifestado antes, si se insiste en que debe advertirse la naturaleza *análoga* del concepto o término *definitivo.* La *definitividad,* en los casos anteriores (amparo - recursos administrativos) (hablando con *cierta* licencia) es mucho muy especial: no se trata de una *definitividad absoluta,* sino tan sólo de una *relativa* (*provisional o contingente*).

e) En conclusión, puede decirse (en materia administrativa) que, si un acto o resolución administrativos, por virtud de un recurso de esa índole, pueden ser anulados o revocados (*lisa y llanamente o tan sólo para efectos*), desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, no debería decirse que los mismos son *definitivos* o firmes, sino que son tan solo *provisionales o contingentes.* Lo mismo puede decirse cuando el acto o resolución es confirmado (necesita que se confirme, que se dé firmeza al acto, para que adquiera, técnicamente, *carácter definitivo*).

previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado establecer para atacarlo,... sin que lo interponga el quejoso, el amparo es improcedente...". Ver Héctor Fix Zamudio en *Estudio de los recursos administrativos.*

"El principio de definitividad, en cuanto a la materia administrativa, comprende dos aspectos diferentes, es decir, por una parte el agotamiento de los recursos administrativos propiamente dichos, pero si el acto administrativo *definitivo* admite otro medio de defensa legal de carácter ordinario —por oposición al amparo que debe estimarse extraordinario— debe agotarse este medio de impugnación judicial...; sólo hasta que el tribunal respectivo dicte la sentencia correspondiente puede acudirse al amparo directo." (*Ibidem*).

2. En el campo administrativo —fiscal, en especial, existe una figura típica que se conoce comúnmente como *la caducidad* de las facultades de las autoridades fiscales.

a) Hasta antes de las reformas hechas al artículo 88 del Código Fiscal de la Federación, se consideraba que el plazo para la extinción (caducidad) de las facultades de ls autoridadse fiscales, al interponerse un recurso en contra de alguna resolución que estableciera alguna supuesta *obligación* a cargo de un causante, corría desde el día siguiente a aquel en que se hubiera producido el *hecho generador* del *posible crédito* hasta el momento en que se resolviera el recurso interpuesto en contra de dicha resolución.

El Tribunal Fiscal de la Federación dijo en alguna ocasión, *con toda corrección técnica,* que el plazo de caducidad de que *habla* el artículo 88 del Código Fiscal de la Federación *corre* desde el día siguiente al día en que se *produjo* el hecho generador del crédito fiscal hasta el momento en que la autoridad fiscal *determine* el crédito, *en forma definitiva, dentro del ámbito total de sus atribuciones, incluyendo en él la tramitación del recurso administrativo.*[15]

Las facultades del fisco federal, dice la ley (artículo 88 del Código Fiscal), consisten fundamentalmente en determinar la existencia de obligaciones fiscales, señalar las bases de su liquidación o fijarlas en cantidad líquida, imponer sanciones por infracciones a las disposiciones fiscales y verificar el cumplimiento o incumplimiento de dichas disposiciones. Dichas facultades *se extnguen en un término de cinco años,* "no sujeto a *interrupción ni suspensión*".

La extinción de esas facultades es lo que se ha llegado a conocer, unánimemente, como *caducidad.*

La caducidad (extinción de facultades) es una institución de *carácter procedimental,* pues se refiere, como digo, a facultades de las autoridades administrativas fiscales y su ejercicio efectivo está supeditado a que se realice dentro del término señalado; transcurrido el cual, aquéllas se extinguen.

El término de extinción de las facultades de las autoridades fiscales para actuar (de acuerdo con el original artículo 88), no podía en manera alguna *ser interrumpido ni suspendido.* Esto era (y sigue siendo) justificable, pues constituía (constituye) un principio de *seguridad jurídica* (garantía) para los particulares, ya que éstos, al término de los cinco años indicados, tendrían la certeza de que las autoridades fiscales no podrían ya ejercitar sus facultades.

(El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha dicho, antes y aún después de las reformas al artículo 88 del Código Fiscal: "precisamente la institución de la prescripción fiscal extintiva (sic) tiene por objeto evitar la demora de las autoridades fiscales en actuar, de

15 Juicio de nulidad 555/66, de la Quinta Sala y 3801/72, de la Primera Sala; así como el juicio de amparo DA-225/70, del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el A. en R. 18/79 del Segundo Tribunal.

Juicio de nulidad 611/70, Primera Sala.

manera que, cuando no lo hacen oportunamente, los causantes puedan a su vez actuar con tranquilidad y seguridad jurídicas. *Resultaría extraordinariamente inicuo* y por ende *contrario a la garantía de equidad* establecida en el artículo 31, fracción IV, constitucional, que, interpuesto el recurso y garantizado el crédito, *las autoridades pudieran demorar infinitivamente* (sic) la *resolución del asunto,* sin que el causante pudiese tener la tranquilidad y seguridad de que su situación jurídica se podría diferir (sic) con el transcurso del tiempo. Ver D.A. 814/77).

Como indiqué, el ejercicio de sus facultades por las autoridades administrativas fiscales no se agota ni se efectúa técnicamente en su totalidad con la resolución *primaria o provisional* que se dicte en el experiente o procedimiento administrativo correspondiente, sino tan sólo con la que se llegue a dictar, en su caso, en el recurso interpuesto en contra de aquélla, por la propia autoridad administrativa. (Una resolución administrativa dictada por una autoridad de ese carácter, que, siendo legalmente recurrible, hubiera sido recurrida, técnicamente no pone fin al expediente o procedimiento iniciado dntro del ámbito de su atribución o competencia. No puede decirse, por lo mismo, que la autoridad ejercitó y agotó *en definitiva* sus facultades).

También dije antes que la facultad de resolver un recurso forma parte integrante de la que corresponde a la autoridad para resolver (*en definitiva*) los expedientes o procedimientos administrativos de su competencia.

De acuerdo a ello y dentro del correcto *espíritu* del original artículo 88 del Código Fiscal, se estimaba que, mientras no hubiera resuelto el recurso interpuesto en contra de una *resolución suya,* no podía decirse, por lo mismo, que la autoridad administrativa fiscal hubiera ejercitado y agotado sus facultades legales y el término de extinción de las mismas, que se hubiera iniciado legalmente, continuaba corriendo hasta *que se resolviera el recurso y se notificara legalmente la resolución* dictada en el mismo al particular inconforme.

La Suprema Corte de Justicia, a ese respecto, estableció en jurisprudencia firme y definida (del todo correcta) que, al término de (los) cinco años, las autoridades fiscales no podrían ejercitar las facultades a que se refiere el artículo 88 del Código Fiscal de la Federación, "cualesquiera que *sea* el estado que *guarde* el procedimiento administrativo que se hubiere iniciado y aún en el caso de que dicho procedimiento haya culminado con la resolución respectiva, *si ésta no se hubiese notificado al afectado antes de concluir el plazo,* ya indicado, de cinco años".[16]

No podía ser de otra manera ni parecía que hubiera posibilidad de que fuera; puesto que, a mayor abundamiento, el citado artículo 88 establecía (*y lo establece aún*) que el término para la *caducidad* (extinción de facultades) *no se interrumpe ni se suspende* (y ésta disposición *sólo tenía y tiene aplicación práctica al referirse a los recursos administrativos.)*

[16] Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-1975, Tercera Parte, Segunda Sala, Tesis Jurisprudencail número 255, páginas 422-423. (Mayo Ediciones).

En efecto, si la imposibilidad de suspenderse o de interrumpirse el término de extinción de las facultades del fisco no se refiriera a los casos en que se interpone recursos administrativos en contra de resoluciones relacionadas con dichas facultades; *la disposición legal no tendría sentido ni aplicabilidad práctica.*

¿En qué otro caso, si no, cabría hablar de *ininterrumpibilidad* e *insuspensibilidad* del término de caducidad —extinción— de las facultades del fisco?

En relación con lo anterior, cabe añadir que la propia Suprema Corte de Justicia dijo en alguna ocasión que la interposición de recursos contra un cobro fiscal *no suspende* el término de la *prescripción* contra el fisco, ya que el mismo, está en aptitud de violentar la resolución que debe recaer en el negocio, sin que pueda admitirse que *la morosidad* de la autoridad pueda ser motivo bastante para *perjudicar al causante, entreteniendo indefinidamente la resolución* de la controversia, *sin que pueda realizarse la prescripción negativa.*[17]

b) En el año de 1978 las autoridades administrativas vieron que el contenido del artículo 88 del Código Fiscal, tal como estaba redactado, podría causarles *problemas y conflictos* ("la caducidad no les era benéfica en forma alguna"). Como consecuencia de ello, la Procuraduría Fiscal de la Federación (al parecer, motivada por el hecho de que varios litigantes pretendíamos que el Tribunal Fiscal aplicase correcta y técnicamente el criterio derivado del artículo 88) *promovió la reforma* al Código Fiscal de la Federación.

En el Diario Oficial del día 29 de diciembre de 1978 se publicó la "ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales". La ley incluyó la reforma al artículo 88, en la fracción I, así como la adición de un último párrafo al mismo. Es *elocuente* el contenido del párrafo añadido (para las finalidades de este pequeño y suscinto estudio). La adición preceptuaba: "Cuando por *omisión* o *incumplimiento* de las *formalidades* que legalmente debe revestir una resolución o un procedimiento en materia fiscal, una u otro *fueren revocados en recurso administrativo* o anulados en juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación, la autoridad que emitió la resolución o siguió el procedimiento impugnados deberá reponerlos. Por *excepción* a lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, entre la notificación de los actos impugnados y la notificación de su reposición, *se suspenderá el transcurso del plazo de caducidad*".

Como puede comprenderse, la reforma sólo sirvió de hecho para corroborar la firmeza (así como la *corrección técnica*) de los criterios y de los argumentos hechos valer ante el Tribunal Fiscal de la Federación. En efecto, de acuerdo con la norma de interpretación y de aplicación establecida por el artículo 11 del Código Fiscal Federal, técnica y correctamente, se deducía del párrafo añadido: 1. El término (plazo de caducidad, en los casos de resoluciones o procedimientos impugnados en recursos administrativos, por regla general, no podía interrumpirse ni suspenderse. 2. El plazo de caducidad, por única

[17] Semanario Judicial de la Federación, 5a. Epoca, Tomo LVI, página 1498.

excepción, solamente podía suspenderse en el *único caso* (supeusto) establecido en la adición. Este *único caso* consistía en que la posibilidad de suspensión del transcurso del plazo de caducidad sólo podía darse cuando, mediante un recurso administrativo o un juicio de nulidad, una resolución o un procedimiento fueren revocados o anulados por omisión o incumplimiento de las formalidades legales esenciales. En otras palabras, el plazo de caducidad establecido por el primer párrafo del artículo 88 sólo podía suspenderse (en el caso de resoluciones o procedimientos impugnados en recursos administrativos) cuando, habiéndose hecho valer la omisión o el incumplimiento (*única y exclusivamente*) de las formalidades legales, la resolución o el procedimiento fueren revocados (recurso administrativo) o anulados (juicio de nulidad). 3. Por deducción lógico-jurídica (y a contrarios sensu), podía concluirse que, *en todos los demás casos* (en los que no se hubiera hecho valer la omisión o el incumplimiento de formalidades), la caducidad no se suspendía ni mucho menos, se interrumpía. 4. El espíritu y la intención de la adición permitían concluir (con adecuada técnica jurídica) que *en los demás casos,* en los cuales no operaba la suspensión de la caducidad, la autoridad administrativa *debía dictar la resolución* correspondiente (en el recurso administrativo) y *notificarla* legalmente al recurrente, dentro del término legal establecido (cinco años, computados en la forma indicada), para evitar que *se extinguieran sus facultades.* La conclusión anterior llevaba a corroborar (confirmar) el criterio establecido de que una resolución (acto) administrativo, impugnada mediante un recurso de esa índole, no puede (ni debe) considerarse definitiva (firme) y de que, como consecuencia lógica, mientras la autoridad administrativa competente no dicte la resolución correspondiente en el recurso y la notifique debidamente, no puede considerarse que (técnica y legalmente) haya *ejercitado* en definitiva sus *facultades* legales.[18]

c) La autoridad administrativa corroboró que la *modificación* promovida había resultado prácticamente contraproducente y como consecuencia, la Procuraduría Fiscal Federal promovió de nueva cuenta otra *modificación.*

En el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1979 se publicó otra "ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales". En dicha ley se incluyó una nueva *reforma* al artículo 88 del Código Fiscal Federal, por virtud de la cual se *derogó* el párrafo adicionado por la ley de 29 de diciembre de 1978 y en su lugar se incluyó otro, cuyo texto (aún en vigor) es el siguiente:

"Ejercidas las facultades y notificada en tiempo la resolución, si ésta quedare sin efectos como consecuencia de un medio de defensa legal, el término

18 "12.4 Suspensión de la caducidad. La reforma al Art. 88 del Código Fiscal de la Federación publicada en el DO-29-XII-78, dispone que cuando por omisión o incumplimiento... Es censurable dicha reforma, toda vez que *es la autoridad administrativa la culpable de haber emitido un acto administrativo que fue revocado por la misma autoridad o anulado por el Tribunal Fiscal de la Federación* y por tanto se sacrifica al contribuyente que nada tuvo que ver con dicha nulidad". Sergio Francisco de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano,* México, 1981, páginas 597-598.

de extinción de las facultades comenzará a partir de la resolución que ponga fin a la controversia."

La redacción del párrafo demuestra, entre otras cosas, una falta de técnica legislativa adecuada, así como las patentes deficiencias hasta de redacción gramatical en que incurren las autoridades que preparan proyectos de nuevas legislaciones o de reforma o modificaciones a las vigentes. El párrafo no tiene *hilación lógico-jurídica* ni precisa técnicamente a cuáles supuestos debe referirse. Sin embargo, tomando en consideración las vicisitudes que ha sufrido el *pobre* artículo 88 del Código Fiscal, puede concluirse que su contenido hacer referencia preponderante al caso de recursos administrativos interpuestos en contra de resoluciones (actos) relacionadas con las facultades de las autoridades administrativas fiscales.

La Procuraduría Fiscal de la Federación, en una demostración de su prepotencia contundente, consiguió que los legisladores declararan (en contra de la adecuada técnica jurídica), al menos así lo parece, que la autoridad *ejerce* sus facultades al emitir la resolución (*primaria y provisional*) que servirá, en su caso, de materia (preponderantemente) al recurso administrativo y que, una vez resuelto el mismo (o cualquier *medio de defensa legal*), si la resolución dictada en él deja sin efectos la resolución impugnada, el término para la extinción de las facultades administrativas *comienza* (¿de nuevo?) a partir de la notificación de la resolución definitiva dictada en el medio de defensa legal utilizado por el particular.

Esta monstruosa barbaridad antijurídica anula prácticamente el efecto más relevante derivado de la correcta y adecuada interpretación del párrafo inicial del artículo 88 del Código Fiscal Federal. La principal consecuencia que se derivará de la nueva (vigente) *modificación* será la consistente en que la autoridad administrativa pretenderá no tener límite de tiempo alguno para resolver un recurso administrativo interpuesto en contra de una resolución (acto) emitida por ella. Podrán transcurrir cinco, diez, veinte, treinta o más años sin que se resuelva el recurso y se notifique la resolución dictada y ello no será problema para la autoridad; ésta podrá gozar de la facultad *legal* de "entretener indefinidamente la resolución de la controversia, sin que pueda realizarse la extinción de sus facultades". No va a importar que la autoridad sea morosa y que su morosidad perjudique a los administrados (puesto que *la ley lo autoriza*); no va a tener caso tratar de evitar la demora de las autoridades fiscales en actuar; la tranquilidad y la seguridad jurídicas de los gobernados no van a importar para nada, si la autoridad no actúa oportunamente; las autoridades fiscales podrán demorar indefinida e infinitamente (sic) la resolución de asuntos ventilados en recursos administrativos, aún a pesar de que dicha demora afecte la tranquilidad y la seguridad jurídica de los causantes y aun cuando resulte contraria a las garantías reconocidas en favor de los gobernados por la Constitución Política Federal.[19]

19 "12.5. Interrupción de la caducidad. Una reforma que entró en vigor en 1980 dispone una causa de interrupción de la caducidad, *que viene a desvirtuar aún más la naturaleza de*

d) Se dirá que existe un remedio para evitar la catastrófica consecuencia anterior, el cual está establecido en la propia ley: la llamada "resolución negativa ficta" (previsto por el artículo 92 del mismo Código Fiscal). Al respecto, opino que la *negativa ficta,* más que benéfica, prácticamente resulta perjudicial (de hecho) para los administrados. La negativa ficta constituye de hecho un beneficio exhorbitante para la administración pública; un *premio* a la morosidad de la autoridad y a la abstención de cumplir sus deberes. La negativa produce únicamente que la autoridad se vuelve morosa e incumpla sus deberes, *más de lo debido,* puesto que tiene la seguridad de que, mientras no resuelva el recurso, cuando más, se considerará que lo resolvió en sentido negativo. La negativa ficta sería un beneficio real y efectivo para los administrados si se estableciera que, transcurrido un plazo (que podría ser mayor al indicado), la resolución se considerara fictamente favorable para el recurrente.

Cabe añadir que no es obligatorio para los particulares el "hacer valer la negativa ficta" (demandar judicialmente la nulidad de la "resolución negativa dictada fictamente" por la autoridad que conoce del recurso administrativo) y repito, la disposición produce (casi exclusivamente) que la autoridad se valga de su contenido para dejar de cumplir *tranquilamente* el deber que le impone la ley de resolver los recursos que se interpongan válidamente en contra de sus resoluciones (actos).

La interposición de la "negativa ficta", finalmente, de hecho anula los efectos y los beneficios que puede producir la figura de la caducidad en favor de los particulares.

IX. EPÍLOGO

1. Los administrados tienen derecho a la legalidad de los actos de la administración, es decir, tienen el poder de exigir a ella que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y de que, en consecuencia, los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin de que las mismas indiquen. (Gabino Fraga). El derecho anterior necesita ser protegido adecuada y debidamente, otorgando a los administradores los medios legales procedentes, que pueden consistir primordialmente en el establecimiento de los recursos administrativos necesarios y en la precisión exacta del régimen jurídico aplicable.

Sin embargo, es necesario que el establecimiento de los recursos administrativos y del régimen jurídico aplicable a ellos no se convierta en una *trampa* de hecho para los particulares; ya que, en la actualidad, en múltiples ocasiones, los afectados por actos o resoluciones administrativas deben buscar afanosamente (y en muchos casos, sin conseguir el éxito deseado), entre un conjunto desordenado de disposiciones específicas, el medio de impugnación correspondiente.

esta institución.. Es decir, hay una causa de interrupción puesto que el inicio del plazo de caducidad empieza a correr de nuevo, inutilizándose el que haya corrido. Es criticable esta disposición porque no prejuzga si el resultado del medio de defensa legal fue favorable al contribuyente...". (*Ibidem*).

2. Sería de desear que, en nuestro medio, las autoridades administrativas comprendieran adecuadamente el fundamento de los recursos administrativos y que los dejaran de considerar como un trámite más dentro del procedimiento administrativo dirigido a la emisión del acto o de la resolución que deba considerarse definitiva y que las resoluciones que se pronunciaran no se limitaran a confirmar en sus términos el acto o la resolución impugnados, lo cual hace presumir que los funcionarios o sus superiores jerárquicos se consideran obligados a defender indiscriminadamente a la administración pública a la cual pertenecen, a través de un criterio de lealtad muy mal entendido, si se toma en cuenta que la propia administración pública no constituye una entidad transpersonal y que el fin último de todas las disposiciones jurídicas se dirige (*debe dirigirse*) a la persona humana. (Héctor Fix Zamudio).

En la concepción anterior influye también el *subdesarrollo* en el cual se encuentra la responsabilidad jurídica de la administración pública por los actos indebidos de sus funcionarios y sus representantes. Se ha comprobado que en los estados en los cuales tal responsabilidad es y puede hacerse efectiva las mismas autoridades administrativas se encuentran interesadas en revisar sus actos a través de los recursos, con el fin de evitar todo proceso judicial y la condena derivada de la responsabilidad consiguiente.

3. Es de desear, también, que las autoridades administrativas comprendan que los recursos y los medios de defensa en general han sido creados para otorgar a los administrados medios legales de facilitar la defensa de sus derechos y que tales medios no deben ser tratados con tal *rigorismo* que los convierta en trampas procesales, las cuales, en vez de facilitar, obstaculicen la defensea de tales derechos. (Primer Tribunal Colegiado en Material Administrativa del Primer Circuito).

No debe estimarse que la intención del legislador fue la de crear un laberinto en el cual se extraviaran los afectados por resoluciones administrativas. Su intención fue la de establecer los medios necesarios y adecuados para lograr, en un estado de derecho, la solución de los conflictos y controversias administrativos.

BIBLIOGRAFÍA

Ignacio Burgoa O., *Derecho Constitucional Mexicano,* México, 1979,
Ignacio Burgoa O., *El juicio de amparo,* México, 1981.
Ignacio Burgoa O., *El estado,* México.
Humberto Briseño Sierra, *Derecho Procesal Fiscal,* México, 1975.

Humberto Briseño Sierra, "Competencia de los tribunales administrativos". En *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 1966.
Jaime Cadena Rojo, "Orígenes y desarrollo del contencioso administrativo en México". En *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1966.
Antonio Carrilo Flores, *La Justicia Federal y la Administración Pública*, México, 1973.
David Cásares Nicolin, *Apuntes de Teoría General del Estado*. Escuela Libre de Derecho, México.
Juventino V. Castro, *Lecciones de garantía y amparo*, México.
Carlos Cortés F., "La definitividad de las resoluciones administrativas". En *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1966.
Sergio Francisco de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, México, 1981.
José Diego Espinoza R., *Curso de derecho administrativo*. Apuntes de clase. Escuela Libre de Derecho, México.
Héctor Fix-Zamudio, "Estudio de los recursos administrativos". En *Estudios de derecho público contemporáneo*, México, 1972.
Héctor Fix-Zamudio, "Organización de los tribunales administrativos". En *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1966.
Héctor Fix-Zamudio, "Principios esenciales del proceso fiscal federal mexicano". En *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1966.
Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, México, 1973.
Gabino Fraga, "El sistema político federal y la descentralización administrativa". En *Desconcentración Administrativa*, México.
Dolores Heduan Virués, *Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971.
Ignacio Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, 1960.
Eduardo Riofrío J., "La validez y eficacia del acto administrativo y la extensión del principio de caso juzgado en el procedimiento tributario". En *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1966.
Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, México, 1968.
Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1968.
Informes rendidos a la Suprema Corte de Justicia por su presidente en turno.
Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, tesis de ejecutorias 1917-1975, *Apéndices al Semanario Judicial de la Federación.*

ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LOS DECRETOS DEL 1o. DE SEPTIEMBRE DE 1982

JOSÉ BECERRA BAUTISTA

El primero de esos Decretos establece la Nacionalización de la Banca Privada y el segundo el Control Generalizado de Cambios.

Debo aclarar, ante todo, que no estudiaré problemas de constitucionalidad o de legalidad porque esos aspectos han sido materia de los juicios de amparo ya interpuestos y de diversas críticas y opiniones de distinguidos miembros del foro.

Me limito sólo a plantear algunos de los muchos aspectos de carácter procesal.

1. *Los activos expropiados son propiedad de la Nación.* En todo procedimiento judicial, el titular de la acción que se ejercita debe tener la legitimación activa por su vinculación con el derecho sustantivo que se hace valer.

Al expropiarse, a favor de la Nación, los bienes de las instituciones de crédito privadas se mencionaron, entre otros, expresamente: "activos, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles".

Esto significa que todos los créditos que las instituciones expropiadas tengan a cargo de sus acreditados, han pasado a ser propiedad de la Nación, así como los títulos de crédito otorgados a favor de esas instituciones, que son bienes muebles.

2. *Representación de la Nación en juicio.* El Art. 3o. fracción VI de la Ley General de Bienes Nacionales establece que son bienes de dominio privado de la Federación los muebles que por cualquier título jurídico adquiera la Federación y el Art. 7o. otorga competencia exclusiva a los tribunales de la Federación para conocer de los juicios civiles así como de los procedimientos judiciales no contenciosos que se relacionen con bienes nacionales bien sean de dominio público o de dominio privado.

Finalmente, el Art. 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos atribuye competencia al Procurador General de la República para que intervenga en todos los negocios en que la Federación fuese parte, por sí o por medio de sus agentes.

En consecuencia, la Nación es la única que puede promover en juicio para valer los derechos derivados de los activos y bienes muebles de la Banca ex-

propiada, bien sea a través del Procurador General de la República o de sus agentes.

3. *Transmisión de los títulos de crédito y activos a la Nación.* Surje también el problema de la literalidad de los títulos de crédito y de la forma en que los activos muebles de las instituciones expropiadas pueden ser traspasados al dominio privado de la Nación, porque los títulos de crédito son documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna, y si la acción la va a ejercitar el Procurador General de la República o sus agentes ante los jueces federales, los títulos de crédito deberán contener el endoso a favor de la Nación o si el título se transmite por medio distinto del endoso, el documento que acredite la cesión de derechos.

4. *Competencia exclusiva de los tribunales federales.* De acuerdo con el Art. 104 fracción I de la Constitución "De todas las controversias de la orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y obligaciones de leyes federales conocerán los Tribunales de la Federación, pero cuando esas controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer también de ellos a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal".

Como expresamente la Ley General de Bienes Nacionales atribuye la competencia para conocer de los procedimientos judiciales relacionados con bienes de dominio privado de la Federación, debe concluirse que todos los juicios que integren los activos de las instituciones expropiados se tramiten ante los Juzgados de Distrito.

El problema que se presenta deriva de los juicios mercantiles (incluidos en la acepción jurídica de civiles) en trámite ante los juzgados del fuero común porque en virtud del Decreto de nacionalización son incompetentes para conocer de un juicio en que la Federación debe ser la parte actora.

5. *El Ejecutivo Federal como garante de los contratos de reporto celebrados por la banca expropiada.* El Art. 4o. del Decreto expropiatorio dice que el Ejecutivo Federal garantizará el pago de todos y cada uno de los créditos que tengan a su cargo las instituciones a que el Decreto se refiere.

De acuerdo con el Programa especial de financiamiento, instrumentado por el Banco de México, S. A. mediante la figura de reporto de divisas, se facilitó el financiamiento en moneda nacional a aquellas empresas establecidas en el país que obtuvieran créditos o recursos en moneda extranjera (dólares americanos). Expresamente se estipuló que el tipo de cambio al que se realizó la operación en la fecha de establecimiento se mantendría hasta la fecha de vencimiento, sin que la empresa sufra un cambio por la paridad que hubiere dentro de la vigencia de operación.

Como características del programa se estableció que debía ser reportador un banco de primer piso y reportada una empresa establecida en el país.

La parte final del programa estipula que la unidad responsable estará en

condiciones de tramitar la operación con el Banco de México, S. A. y de preparar la documentación requerida e informar al responsable de la operación al cliente, siendo facultad del Banco de México establecer las condiciones de la mecánica respectiva.

Cumpliendo con ese Programa varias instituciones de crédito expropiadas, como reportadores, celebraron con empresas radicadas en el país, como reportadas, contratos en los que el reportador se obligó a transferir al reportado la propiedad de la suma en dólares y entregarle éstos, el día del vencimiento pactado, mediante el reembolso de la cantidad pagadera en pesos mexicanos más el premio correspondiente.

De acuerdo con el Decreto que estableció el Control Generalizado de Cambios y las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha que disponga el Banco de México.

Las empresas que celebraron contratos de reporto se van a ver en la necesidad de exigir el cumplimiento del contrato de reporto a las instituciones reportadoras y, subsidiariamente, a la Federación, porque se trata de una obligación lícita que debe ser respetada por quien se obligó a entregar precisamente dólares americanos y no moneda del curso nacional.

En este supuesto, los interesados se van a ver en la necesidad de demandar a la Federación por la garantía de pago y el cumplimiento de la obligación que contrajeron las instituciones expropiadas, mediante un contrato libremente celebrado entre partes; con base en un Programa especial de financiamiento, el cual se instrumentó precisamente para garantizar la devolución de los dólares que fueron materia del reporto.

6. *Los bancos expropiados son sociedades anónimas en estado jurídico de liquidación.* El artículo sexto del Decreto expropiatorio ordena que continúe el servicio público de banca y crédito, el que seguirá prestándose por las mismas estructuras administrativas que se transformarán en entidades de la Administración Pública Federal y que tendrán la titularidad de las concesiones, sin ninguna variación.

El verbo "se transformarán" significa un tiempo futuro. Por tanto, las estructuras administrativas subsisten; pero ¿qué debe entenderse por estructuras administrativas? ¿es lo mismo estructuras administrativas que estructuras jurídicas? Estimo que no.

En efecto, todos los bancos expropiados son sociedades anónimas por disposición legal, pero como ya todos sus activos pasaron a poder de la Nación son sociedades anónimas sin patrimonio alguno. Por tanto, sus estructuras jurídicas quedan sujetas a la Ley General de Sociedades Mercantiles o sea entran en estado de disolución y en su posterior liquidación por lo cual cesan en sus funciones jurídicas sus administradores para realizar nuevas operaciones. Sus facultades administrativas no los habilitan para realizar actividades jurídicas posteriores a la expropiación y si las realizan son solidariamente responsables (arts. 229 fracciones I y V y 232 y 233 de la Ley citada).

7. *Bienes no expropiados.* Estimo necesario referirme al artículo quinto del Decreto expropiatorio que excluye de la expropiación "el dinero y valores propiedad de los usuarios del servicio público de banca y crédito o cajas de seguridad, ni los fondos o fideicomisos administrados por los bancos, ni en general bienes muebles o inmuebles que no estén bajo la propiedad o dominio de las instituciones...".

Como todavía las instituciones expropiadas no se han convertido en entidades de la Administración Pública Federal, los bienes no expropiados sólo podrán ser "administrados" por "sus estructuras administrativas actuales" pues se trata de sociedades anónimas en estado jurídico de liquidación que administran provisionalmente bienes ajenos.

8. *Representante de la Nación como propietaria de acciones o participaciones sociales.* Quedaron expropiadas las "inversiones, acciones o participaciones que las instituciones de crédito expropiadas tengan en otras empresas".

Como la expropiación de esos valores fue en favor de la Nación, sólo la Nación podrá participar en las asambleas de accionistas o de socios, cuando las instituciones de crédito privadas fueron titulares de esos valores.

No podrá, en consecuencia, representar a la Nación el representante de las Secretarías que mencionó el artículo tercero ni el que designe el Banco de México por lo que habrá la posibilidad de oponer la excepción de falta de personalidad en juicio, cuando no se acredite la representación de la Nación en la asamblea de accionistas de la que derive la representación que ostente el mandatario de la sociedad demandante con facultades para pleitos y cobranzas.

9. *Imposibilidad de satisfacer a un acreedor extranjero créditos derivados de una condena judicial.* Según el artículo quinto del Decreto que estableció el Control Generalizado de Cambios, el Banco de México comprará o venderá divisas pero sólo podrá venderlas una vez que haya satisfecho la demanda de divisas a que se refiere el artículo octavo.

En un procedimiento judicial se condena a una persona moral mexicana a pagar una suma de dólares al tipo de cambio del día en que se verifique el pago, en favor de una empresa extranjera.

La parte demandada cumple con la sentencia entregando el equivalente en pesos de la condena en dólares. Al tratar de exportar el importe de la condena el actor no puede hacerlo ni en dólares ni en pesos.

En dólares no porque, como acreedor que fue, no queda comprendido en el artículo octavo ya que éste sólo establece pagos prioritarios a los que sean deudores y en ningún supuesto a los que sean acreedores.

Por otra parte, según publicación del Télex-circular 57/82 del Banco de México a partir del 9 de septiembre de 1982, las instituciones de crédito deberán abstenerse de expedir documentos denominados en moneda nacional pagaderos sobre el exterior, transferir moneda nacional al extranjero y, en general, llevar a cabo cualquier opración que implique situar moneda nacional en el extranjero.

Como se trata de una disposición de carácter general expedida por Banco de México que cumplen las instituciones de crédito, el afectado carece de un remedio procesal efectivo para hacer valer un derecho que le es desconocido precisamente cuando se ha cumplido con la ley aceptando el pago de moneda nacional.

CONCLUSIONES

1. Los activos de la banca privada expropiada son propiedad de la Nación, ingresando al dominio privado de la Federación.
2. La Nación es la única que puede promover juicios para hacer valer los derechos derivados de los activos expropiados a través del Procurador General de la República o de sus agentes.
3. Necesidad de documentar la transmisión de contratos y los títulos de crédito a favor de la Nación.
4. Competencia exclusiva de los tribunales de la Federación para conocer de los juicios derivados de los activos expropiados.
5. El Ejecutivo Federal deberá ser demandado como garante de la obligación que contrajeron las instituciones expropiadas derivada de los contratos de reporto.
6. Las instituciones expropiadas entraron en liquidación como sociedades anónimas y sus "estructuras administrativas" carecen de facultades para realizar nuevas operaciones.
7. Mientras las instituciones expropiadas no se conviertan en organismos de la Administración Pública Federal, sus "estructuras administrativas actuales" deberán administrar los bienes no expropiados.
8. La personalidad procesal de la Nación en juicios derivados de acciones y participaciones sociales que fueron propiedad de las instituciones expropiadas debe acreditarse.
9. Imposibilidad de acatar una sentencia que condena al pago de pesos en cumplimiento del Art. 8o. de la Ley Monetaria.

México, D. F., a 9 de noviembre de 1982.

EL DEFENSOR PENAL

RAÚL F. CÁRDENAS

La defensa penal es uno de los derechos más caros que nuestra Constitución reconoce en favor de la ciudadanía; la fracción IX del artículo 20 de nuestra Carta Magna, otorga a todos los acusados en juicio de orden criminal, el derecho de ser oído en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos, según sea su voluntad.

"El acusado, reza la parte final de la fracción citada, podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite."

La defensa es mencionada en forma especial, como un derecho y una garantía en nuestra Constitución, como en otras muchas constituciones de numerosos países, que recogen, como la nuestra, los principios esenciales del Derecho Penal en sus leyes fundamentales, debido, afirma el distinguido maestro Don Juventino V. Castro, "al hecho de que esta disciplina está relacionada íntimamente con la vida, la libertad, las propiedades y otros derechos vitales del individuo, los cuales en el pasado fueron desconocidos por los soberanos, motivando el que las clases gobernadas materialmente arrancaran reconocimientos protectores de tales derechos, empeñándose tales grupos en que se plasmaran en la más alta disposición legal que rige en un país".

Y en verdad, la defensa alcanza una destacada importancia para la vida del Derecho, en especial del Penal, pues si bien en las frías disposiciones procesales se le asignan distintos papeles y funciones, en la práctica del proceso y en el ejercicio profesional, adquiere las más altas dimensiones.

Los gobernados, como dice el maestro Castro, arrancaron el derecho a ser defendidos en juicio, y esta lucha por la libertad, la dignidad y la seguridad del hombre, ha durado siglos, sin que haya logrado un triunfo definitivo, pues se pierde cada vez que la libertad se acaba y los hombres son sometidos a dictaduras reales o encubiertas.

En la antigüedad, nos son familiares las figuras que en el Areópago asistían a los litigantes, y en Roma los patrones que, auxiliados de peritos jurídicos especiales, representaban a los acusados, aun cuando con el transcurso del tiempo, patronos y advocatus se fundieron en una sola figura; en los tiempos medios, la defensa se consideró, en principio, como un derecho natural, que ni la misma ley podía desconocer. Ni el Pontífice, ni el Emperador, sostiene Farinacchi, uno de los más renombrados prácticos medioevales, pueden pro-

mulgar ninguna ley por la que se quite las defensas de los reos, siendo como son, de derecho natural.

En el Fuero Juzgo se hace referencia de los defensores y mandadores; y en las Partidas, la Tercera, que se refiere a la justicia, en el Título VI trata sobre los abogados, a quienes llama bozeros, cuyas cualidades resalta: "e mas en cierto, quando ellos son buenos". Sin embargo, ya en Venecia los defensores se excluían frecuentemente del procedimiento, cuando se trataba de los más graves delitos de Estado, en especial cuando intervenía el Consejo de los Diez. En el Derecho Germano, se pasó de las pruebas fundadas en el azar o la fe, como los Juicios de Dios, las Ordalías, las pruebas del agua caliente, al reconocimiento de la intervención del defensor, en la Carolina, pero pronto también se habría de abolir, como lo hicieron el Código de José II, y en Francia las Ordenanzas de Francisco I (1539) y de Luis XV El Rey Sol, dándose como hecho, en la época del absolutismo, la exclsuión del defensor en los procesos penales, época que comprende los siglos XVII y XVIII, que al decir de Mezger, se convirtieron en los más repugnantes que conoce la historia de la civilización, y en los que brilla como débil rayo de luz, la evolución hacia un sistema penitenciario y educativo, que comienza a fines del siglo XVI y principios del XVII, con la reforma de las cárceles holandesas.

Sin embargo, es precisamente en el siglo XVIII en el que surgen los nuevos esfuerzos para reimplantar la defensa, y las voces airadas de Voltaire, entre otros, claman y logran su nueva adopción.

"En 1762, decía en un anterior trabajo, la vieja ciudad francesa de Toulouse fue testigo enloquecida de la tortura y muerte del anciano protestante Jean Calasa, acusado del asesinato de su hijo mayor Marco Antonio; su proceso, lleno de incidentes y pasión, acrecentó las críticas que contra el Derecho Penal vigente formularon, entre otros, Diderot, D'Alembert, Holbach, Helvetius y, finalmente, Montesquieu; Voltaire pidió la revisión del proceso, y sus frases lapidarias resonaron en los elegantes salones de la aristocracia francesa, que inconsciente repetía las ideas de los filósofos y economistas de la época de las luces, precursores de la revolución que los destruiría, entre risas, música y danzas; el proceso fue revisado gracias a los esfuerzos de Voltaire y sus críticos contra el arbitrario sistema judicial, y por primera vez en él se oyó al defensor".

Pero como dijimos, la voz de la defensa se acalla o se debilita en épocas de crisis o de dictaduras, tal como ocurrió durante la revolución francesa; la libertad de expresión, la emoción ante el dolor humano, la natural parcialidad del que asiste al imputado, sólo viven y surgen con natural espontaneidad en regímenes de libertad y de derecho; en donde no existen, no puede florecer esta planta, en la que más que en cualquiera otra actividad, el abogado debe actuar muchas veces solo, con su propia conciencia y su convicción, arrostrando todos los peligros y críticas, animado únicamente en su fe por la justicia, en la que debe creer, ya que sólo puede encontrarla, el que le es fiel.

Los abogados, si lo somos de verdad, no podemos olvidar, como dijera

Calamandrei, "que como todas las divinidades, la justicia se manifiesta solamente a quien cree en ella".

Técnicamente, el defensor es el que interviene en el proceso penal, para desplegar en él una función de asistencia jurídica en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal, en la aplicación de una finalidad de interés público, y no solamente para la patrocinio del interés particular.

El defensor, al decir de Manzini, tiene a su vez la calidad de asistente técnico y de representante del imputado. La asistencia es fundamentalmente jurídica, y aun cuando la fracción IX del artículo 20 de la Constitución impone al defensor estar presente en todos los actos del juicio, a los que será llamado por el proceso o citado a petición del mismo, si se encuentra detenido, su función asistencial no debe limitarse a esta presencia, sino prolongarse al estudio del hecho y del derecho, que como la vida misma, se desenvuelven en todos los procesos.

De aquí la recomendación que siempre hago a mis alumnos, de que jamás intenten corregir los hechos que les expongan sus defendidos, y menos aún inventen aquellos que no han ocurrido; los fracasos de quienes pretenden convertirse, sin serlo, en los ejecutores de un hecho, son tan frecuentes, que muchos de los que sufren sanciones injustas, se debe a sus noveles defensores, que han querido, de buena o mala fe, dar versiones inexactas de lo que ha ocurrido en la vida; a los hechos hay que ajustar el derecho, y no tratar de que a éste se aplique una falsa realidad; podrá, ante el peligro de una mala interpretación, dejarse de mencionar una determinada circunstancia, para hacerlo, en todo caso, en el momento oportuno, no inventar lo que no ha existido.

Al abogado como asistente jurídico del imputado, procesado, activo, como se le llame, corresponde meditar sobre los hechos probados, aplicarles las doctrinas u opiniones conducentes, la jurisprudencia favorable, y con pasión y convicción pedir la aplicación del derecho, que se hace más urgente, más necesaria, más imperiosa, si se sabe y se tiene la convicción de que quien sufre la acción punitiva, es un inocente.

De aquí la importancia de que el defensor esté capacitado técnicamente, para pedir el derecho en favor de su defenso, sea o no inocente; aun cuando el inculpado sea sorprendido en el momento mismo de cometer el hecho delictuoso, esté confeso de la comisión del delito, existan pruebas plenas en su contra, no por ello carece de la garantía de defensa, pues nuestra disciplina, teniendo en consideración las variables circunstancias de la vida misma, ha creado instituciones de una gran riqueza jurídica, como lo son las causas de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad; la discutida causa supralegal de justificación, la tentativa, los concursos, lo referente a la personalidad del inculpado, para lograr la individualización de la pena, etc.; sólo el derecho material o procesal debe hacer valer el abogado defensor, en beneficio de su cliente, sin desmayo, en su empeño de obtener todo lo que legíti-

mamente le corresponda, y con dedicación y estudio impedir arbitrariedades, errores y deficiencias de su contraparte o de los juzgadores, que como hombres, pueden dejarse llevar por una falsa impresión o por una doctrina equivocada.

Sólo cumpliendo con este propósito, el defensor podrá cumplir con su tarea, que una milenaria evolución la ha convertido en una de las más nobles instituciones de los pueblos en libertad.

Y para poder satisfacer, al decir de Manzini, su limpio ejercicio, no debe olvidar que es una máxima fundamental de su oficio, inderogable, fundamental, que "el defensor no es patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y de la justicia, en cuanto pueden estar lesionados en la persona del imputado".

EL DEFENSOR EN MÉXICO

En México, además del reconocimiento como garantía y derecho de la intervención del defensor en el procedimiento penal, su ejercicio tiene características peculiares. Como dijera el maestro Carlos Franco Sodi, no es un simple representante, ni un simple consejero del procesado, sino que se le ha dado una mayor jerarquía, ya que puede obrar por cuenta propia, aun cuando siempre teniendo como mira el interés de su defenso, opinión que en parte acepta Don Juan José González Bustamante, maestro y amigo, que nos recuerda que en los términos de nuestros primeros códigos procesales, el defensor tenía el carácter de mandatario de su defenso, en tanto que hoy en día tiene un carácter sui generis, pues su voluntad debe prevalecer sobre su defenso, en beneficio, claro está, de este mismo.

Para Don Juan José no es, en México, el defensor ni mandatario, ni asesor jurídico, ni órgano imparcial de los tribunales, ni auxiliar de la administración de justicia, sino algo, lo reiteramos, sui generis, que además, constitucionalmente, se ha elevado a la categoría de derecho y garantía, como ya lo hemos señalado.

En nuestro sistema positivo, se consagra el principio de la obligatoriedad de la defensa, de tal suerte que el sujeto a un procedimiento penal, aun cuando no lo acepte, debe contar en todo caso, con un defensor, que si se niega a designarlo, se le nombrará entre los defensores de oficio. Este nombramiento debe hacerse en el momento de la aprehensión, según lo señala la fracción IX del artículo 20 Constitucional que hemos transcrito con anterioridad.

"Ahora bien, nos dice el maestro García Ramírez, esta voz puede interpretarse, favor rei, como sinónimo de detención, o bien, en términos más rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad. En todo caso, no establece ni la Constitución, ni la ley secundaria, cuáles son las funciones del defensor en la fase de la averiguación previa,. y es claro que los actos que en ésta se llevan a cabo no son, en modo alguno, actos de juicio, que por imperativo constitucional

pueda presenciar el defensor. Todo ello apoya la práctica del Ministerio Público, en el sentido de no permitir el acceso del defensor a las actuaciones, sino hasta que ha declarado el inculpado, o inclusive negarlo en absoluto.

En este mismo orden de cosas, el artículo 270 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, indica que antes de trasladar el presunto responsable a la cárcel preventiva, se le hará saber su derecho para nombrar defensor, el que entrará al desempeño de su cometido previa protesta ante los funcionarios del Ministerio Público o de la policía que intervenga."

Sin embargo, las reformas recientes al Código Procesal, autorizando la intervención del defensor, en las declaraciones del inculpado en el período de averiguación previa, son en mi opinión positivas, en favor de la ciudadanía, y permiten la participación de éste, desde el momento mismo de su detención, dando lugar a la interpretación amplia de la voz.

Siento que el Procurador del Distrito recogió un clamor ciudadano, al introducir esta reforma en los precisos momentos en que, en materia federal, se multiplican las consignaciones a la jurisdicción con detenido, sin orden de Juez y sin previo ejercicio de la acción penal, con manifiesta violación del artículo 16 Constitucional, que prohíbe la detención de persona alguna, sin orden judicial, excepción hecha de los casos de flagrante delito.

¿Volveremos algún día a encontrar los cauces de la Constitución? Sólo la acción decidida del abogado defensor, empeñado en el cumplimiento de la ley, su determinación de velar por la justicia, su entrega apasionada al oficio que escogió, pueden salvar a nuestro país de la crisis moral en que vive, por obra de quienes, abogados, tratando de corregir la corrupción, abandonan sin recato los caminos de la Constitución.

De aquí que, hoy más que nunca, es importante precisar el tema relacionado con la imparcialidad del abogado defensor.

A la actividad del Ministerio Público, cuya actuación debe ser siempre de buena fe e imparcialidad, se afirma que el defensor debe actuar con pasión, con parcialidad, con entrega, sin que esto signifique que confunda su actividad con el natural resentimiento de las partes, ni que haga causa común con su defenso, con sus intereses, deseos de venganza, odios o rencores, ya que su pasión, su entrega, su parcialidad, debe ser únicamente por la obtención de la justicia, su lucha contra las pasiones humanas, los ataques injustificados de aquellos a quienes corresponde dar ejemplo del cumplimiento de la ley, contra las injusticias, atracos y violaciones del poderoso; el defensor debe cubrirse siempre con su renovada fe en el imperio del derecho, en el triunfo de la verdad, de la justicia, camino en el que más que el mismo defensor, son los propios clientes y su familia, quienes van dejando pedazos de esperanza en el largo transcurso de los días, los meses y los años de los largos procesos, que hoy día sirven, en muchos casos, cuando interviene la política, para doblegar y no para sancionar propiamente.

En estos casos hay que procurar tener, aunada a la total entrega de la defensa, una prudente indiferencia y una paciente resignación por el resul-

tado, pues de lo contrario, no se podría sobrevivir a la presión del ejercicio profesional, en especial, en épocas difíciles, como la que vivimos, en que paradójicamente, reclamamos la urgencia de que se apliquen lo derechos humanos en el exterior, para violarlos, impune y sistemáticamente, en nuestro país; como dice Osorio y Gallardo en su magnífica obra "El Alma de la Toga", "la dificultad es ardua deveras, hay que preparar la batalla con pasión y recibir impertérrito la noticia del resultado, tener ardor y no tener amor propio, amar y no preocuparse por el destino del objeto amado ... Todo esto, tiene los caracteres de una dramática paradoja.. No es sencilla, no, la urdimbre sentimental del abogado."

Sobre la parcialidad del defensor, Manzini es preciso cuando afirma, que ante los problemas de la defensa, no se puede decir "que el defensor tenga que ser objetivo e imparcial, como lo es o debería serlo el Ministerio Público; éste actúa en nombre y por cuenta del Estado, que por sí mismo es imparcial como la ley; el otro actúa, en cambio, como el asistente de una parte privada y sería por tanto contradictorio que fuera imparcial".

No obstante, en el procedimiento moderno, en el que figura una relación triangular que liga al acusador y órgano de la jurisdicción, con el inculpado, contra el que se dirige la pretensión punitiva, el defensor para unos es un auxiliar de la administración de justicia, en tanto que para otros, por definición no puede serlo, pues de lo contrario, afirma González Bustamante, estaría obligado a romper el secreto profesional y comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiera recibido del inculpado.

No comparto el punto de vista de mi recordado maestro Juan José González Bustamante, pues si bien el defensor es un auxiliar, en mi opinión, de la administración de justicia, al cumplir lealmente con su cometido, no puede llegar hasta deformar su función y esencia.

La defensa tiene como fin primordial, el bien del sujeto defendido, y la propia ley reconoce el principio de que el imputado no está obligado a confesar ni a rectificar, ni a completar las pruebas a su cargo, de donde se deduce que obra legítimamente el defensor que saca de este principio las necesarias consecuencias de interés de su defendido. Por otra parte, si no pidiera él la absolución, a pesar de los resultados negativos de debate, tendría que decir porqué, y si lo dijera, aún sin traicionar el secreto profesional de defensa, pasaría a ser acusador y aún a veces delator.

En estas condiciones, se perdería la finalidad del proceso, la seguridad jurídica y la vida del derecho. Al decir que el defensor es un auxiliar de la administración de justicia, lo entendemos dentro de los límites de su función y su deber profesional, y no más allá de ellos.

Desde luego, el defensor no debe dar consejos criminales e inmorales a su cliente, ni sugerirle el culpar a otro de los hechos que cometió, ni aceptar que calle si un inocente es señalado como culpable, pero la medida que

debe adoptar en cada caso, deberá estar condicionada a las peculiares circunstancias que lo rodeen, y en todo caso retirarse de la defensa.

Estas circunstancais deben, igualmente, servirle para seguir la conducta que su conciencia le dicte, pues cada caso es distinto, como la vida misma, tan rica, tan diversa, tan variable, que no es posible dar reglas aplicables al inmenso y cambiante material del devenir humano.

El defensor, en mi opinión, lo reitero, si bien debe colaborar con la justicia, esto debe de hacerlo respetando siempre, en todo caso, los derechos y obligaciones que le impone su menester.

"No faltan, nos dice con razón Manzini, tratados deontológicos dedicados a los defensores, pero son generalmente incompletos, ya que se limitan a exponer algunos puntos únicamente. Para conducirse con dignidad, el defensor no tiene más que seguir los dictados de su recta conciencia, los consejos de sus colegas más reputados y experimentados, y las reglas de la educación moral. El buen sentido, la discreción, la rectitud, el civismo, son cosas que no se pueden enseñar con una lista de preceptos o por medio de la casuística."

La vida no puede encerrarse en unas cuantas reglas incapaces, en su frialdad y generalidad, de contener la infinita variedad de hechos y conductas que requieren, cada una, de un tratamiento distinto y de una solución diferente. La defensa, en mi opinión, debe estar regida por una sola regla general, de la que pueden derivarse todas las consecuencias de la relación entre abogado y defendido: actuar siempre con caridad en bien del prójimo. Esta regla nos permitirá seguir o abandonar una defensa; sobrellevar al cliente y a sus familiares, sufrir sus ingratitudes, a las que con tanta gracia se refieren los hermanos Ricchi en su estupendo libro "La Vida del Abogado".

También nos permitirá resolver el problema de las pruebas, y saber ser prudente en cuanto a su presentación. A lo largo de los años, me he convencido que es tan grave excederse en las pruebas, como dejar de presentarlas; en todo caso, no debemos olvidar, y esto se ha confundido frecuentemente, que a quien corresponde probar el hecho y la responsabilidad del inculpado, es al Ministerio Público, y por lo tanto hay que dejarlo actuar, pues desde el punto de vista jurídico y moral, existe la presunción de inocencia del acusado, mientras no se le pruebe lo contrario. Qué torpe el Ministerio Público que en un proceso escandaloso, del que conocimos hace unos cuantos años, llenaba de injurias al procesado, usando en su contra palabras indebidas, como criminal, delincuente, defraudador, etc. Fraseología propia de una época en que falta la moral, como lo ha destacado la doctora Karin Bolstelman.

Por otra parte, los tratadistas se preguntan, si es lícito prefabricar pruebas para engañar al Juez. De ninguna manera, se responde; el defensor no debe prestarse a inventar pruebas que no existen, aún en beneficio de su propio defenso, pues la mentira es más fácil de destruir de lo que se supone; sin embargo, es frecuente que sin intervención del defensor, se le aporten testimonios, documentos u otros medios probatorios falsos. Si la falsedad es evidente, no existe duda sobre la actitud que debe asumir el defensor, en espe-

cial si, como lo hemos indicado, tales pruebas pueden destruirse con facilidad y perjudicar la propia defensa; si la falsedad no es notoria, el defensor puede aceptar las que considere apropiadas u opinar sobre su naturaleza, origen y conveniencia de ser presentadas, sin que le esté permitido llegar hasta la denuncia de su propio defendido por la aportación de pruebas falsas.

"Los deberes del defensor, que desde otro punto de vista, al decir de Sergio García Ramírez, son sus derechos, consisten en llevar a cabo todas las actividades necesarias para la marcha de su defensa. Un deber específico, es el de estar presente en todas las audiencias del juicio, sea ante el juzgador ordinario, como ante el Jurado Popular, a efecto de promover las pruebas pertinentes y asistir a su práctica, así como formular alegatos. Analizando a la luz del derecho anterior, la frecuente renuncia de los defensores a las audiencias, Franco Sodi señalaba que tal fenómeno, así como otras deficiencias de la audiencia, obedecían sólo al incumplimiento de sus obligaciones por parte de los defensores. Para corregir este defecto, en 1971 quedó establecido el nuevo texto del artículo 326 del Código Procesal del Distrito Federal, que hace fundamentalmente obligatoria, sin que quepa en modo alguno la renuncia, la asistencia de los defensores a las audiencias del juicio. Para el caso de incumplimiento, se fijan en el propio precepto tanto las medidas de suplencia en favor del defensor de oficio, como los de sanción para el defensor faltista, sanción consistente en corrección disciplinaria."

En la reforma procesal de 71, nos proponíamos fomentar la oralidad en los juicios, propósito que debemos reconocer fracasó, no sólo por culpa de los defensores, que ahora firman por anticipado su asistencia a la audiencia, sino por culpa del Ministerio Público y, en especial del Juez, que no tiene ningún interés en concurrir a dicha audiencia.

Tratándose del Jurado, que ya casi ha caído en desuso, la asistencia es obvia, y no puede excusarse de ella el defensor.

Además de esta incumplida obligación procesal, existe otra humana, a la que se refirió por cierto superficialmente la doctora Karin Bolstelman en su interesante conferencia.

LA VISITA A LOS INTERNOS

De todas las obligaciones del defensor, ninguna tan ejemplar y necesaria, como la visita a su defenso, si éste se encuentra privado de la libertad.

Es la visita de los presos no sólo un deber del defensor, sino una obra de caridad y de terapia para el detenido; es cierto lo que afirma la doctora Karin, que todos los reclusos, hasta los que han sido sorprendidos in fraganti, se proclaman inocentes; pero mi experiencia me señala que existe una extraña moral entre los presos, un instinto que los hace intuir quiénes son ciertamente inocentes y quiénes no, y es frecuente que otorguen una curiosa protección, a los primeros; pero independientemente de esto, todos los reclusos, desde el momento que entran a la cárcel, viven en una prolongada y

angustiosa esperanza de recobrar su libertad, esperanza que es más honda, más sentida, más inquietante cuando se saben inocentes y sin culpa; palabras sin título, como dijera Don Eusebio Mendoza, "en donde la justicia es para el interno ansia, como del náufrago la sed y del paupérrimo el hambre"; toda la desesperación, el dolor, la impotencia de estar entre muros; en la cárcel que, como afirma el Rey Sabio en las Partidas, "no es para omme, sino para bestias", y cuando la desesperanza alcanza el límite de la resistencia en el interno, ¡qué oportuna la visita del defensor!

La pregunta sin respuesta que formula el interno y que está en boca de todos los presos, es: "Cuando se resuelve mi caso", y el defensor sabe que no es fácil responder, debido a la indiferencia de algunos jueces, pero su simple presencia da por un tiempo, tranquilidad y fuerza al detenido, a sus familiares, a quienes se interesan por su caso.

El panorama que trazó la doctora Karin Bolstelman sobre la actuación de los defensores en México y la inmoralidad de los jueces, si bien responde en parte, a una triste realidad que nos coloca a la altura de un pobre país subdesarrollado, no es tan general, y conozco a muchos abogados defensores y jueces que no responden a esta triste imagen que nos presentó. ¡Qué pena que se convirtiera en regla lo que antes fue excepción, y que la corrupción se hubiese apoderado tan hondamente de todas las actividades, al grado que no pudiéramos sostener que en México hay, por lo menos, unos cuantos justos, que pudieran salvarnos de la destrucción de esta nueva Sodoma y Gomorra, descritas por nuestra joven y brillante Doctora!

Sin embargo, no quiero caer en una extraña melancolía, pues tengo fundadas esperanzas en que las nuevas generaciones, podrán sacarnos de este desastre nacional a que nos han conducido falsos redentores, y que México encontrará ese camino en que vivieron nuestros antepasados, y que se encontrará una nueva moral, que tanto se reclama y se desea.

Dentro de esta moral, tiene sentido referirse a los graves y variadísimos problemas que se suscitan, además de los que hemos señalado, en la relación defensor-defendido, y así debemos afirmar que el abogado tiene una primera obligación: creer a su cliente; una vez habiéndolo escuchado y aceptado su verdad, debe luchar por ella, prestarle toda su atención y su dedicación. Desde luego, si no le cree, puede y debe rechazar la defensa; lo grave es, cuando teniendo la certeza de la inocencia de su defendido o de la existencia de circunstancias o causas favorables a su conducta, descubre que está partiendo de datos falsos. ¿Qué hacer?, quienes se ocupan del problema, no dejan de señalar una serie de datos que nos pueden facilitar la solución del problema que, como todos los hechos humanos, deben dejarse, en todo caso, a la conciencia del abogado, que aún en presencia de una ignorada, hasta ese momento, responsabilidad del procesado, debe actuar siempre en su beneficio y sin violar, como hemos dicho, el secreto profesional.

Esto comprende también al caso de los defensores de oficio, que en México tienen, aún con su limitación, mayor importancia, por la pobreza de nuestra población.

La imposibilidad de una intervención más destacada del defensor particular, por la limitación de las condiciones económicas de la población, ha proliferado, desafortunadamente la intervención de los llamados coyotes o personajes a que se refirió la doctora Bolstelman, que inclusive en épocas pasadas adquirieron una figura humana: la del Corbatón, que respondió a una necesidad en nuestro medio. La intervención de los defensores de oficio, cuya actividad está precedida, en materia del Fuero Común, por el Reglamento de 7 de mayo de 1940, y en materia Federal por la Ley de 14 de Enero de 1922 y Reglamento del 25 de Septiembre del mismo año, es positiva.

Los defensores de oficio, tanto en materia del Fuero Común, como del Fuero Federal, han realizado una labor eficiente, pues si bien algunos han fallado, he conocido de la actividad y dedicación de muchos de ellos, que están autorizados en los términos del artículo 16 del Reglamento de 1940, para poner en conocimiento de los Jefes del Departamento del Distrito Federal y de Prevención Social (hoy Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social), así como del Procurador, sus quejas por falta de atención médica o maltratamiento en prisiones y el sugerir, en su caso, las medidas conducentes para el mejoramiento del régimen penitenciario de los delincuentes.

LOS DEFENSORES Y LA CRIMINOLOGÍA

Es importante señalar, y lo hemos dejado como tema especial, el fijar las relaciones que existen entre los defensores y la Criminología; nuestro Código de 1931, es un código ecléctico, según lo señala el distinguido maestro Teja Sabre, en la Exposición de Motivos de dicho Ordenamiento, en el que se establece que la sanción que debe aplicarse al delincuente, a diferencia del sistema establecido en el Código clásico de 1871, debe oscilar, de acuerdo con la peligrosidad del delincuente, entre un mínimo y un máximo. Desgraciadamente pocos abogados, y sobre todo jueces, le conceden la importancia que tiene el estudio de la personalidad para los efectos de la fijación de la sanción, y es una de las labores, en mi opinión, más importantes que debe emprender el defensor, particular o de oficio, a efecto de que la sanción, en caso de que resulte culpable el procesado, sea justa, pues con frecuencia el Juez se refiere a que se está en presencia de un sujeto de peligrosidad media, mínima o máxima, sin haber tenido siquiera la curiosidad de entrevistarlo.

En el nuevo Código Penal de Nuevo León, se ha establecido como requisito esencial para los jueces, al dictar sentencia, el analizar debidamente lo referente a la personalidad del activo y, en su caso, de la víctima del delito.

EL DEFENSOR Y EL TRATAMIENTO

La actividad del defensor como tal, abarca sólo lo relacionado con el proceso, pues una vez que la sentencia causa ejecutoria, deja de tener sentido la defensa.

El sentenciado queda a disposición de los órganos ejecutores de la sentencia, y ante los mismos no cabe propiamente la defensa sino, en todo caso, la representación como abogados, a efecto de obtener, en los momentos oportunos, la aplicación de las medidas o de las instituciones favorables al sentenciado como lo es, por ejemplo, el beneficio de la libertad preparatoria.

EL DEFENSOR Y LOS REGÍMENES DE DICTADURA

Hemos señalado con anterioridad, que la defensa sólo puede florecer en un régimen de libertad; nada más molesto para el dictador, que la intervención de los defensores. De aquí que por todos los medios trate de impedir su ejercicio, e inclusive, hacer desaparecer su intervención en el procedimiento penal.

CONCLUSIÓN

He querido dar un panorama de lo que es la defensa en los países libres, y lo que es y debe ser en nuestro país; los retrocesos que hemos sufrido, la inmoralidad a que se refirió la doctora Bolstelman, que abarca a jueces, Ministerio Público, reclusorios, abogados, a toda nuestra sociedad, estoy convencido que es pasajera; tampoco tiene los trágicos perfiles que señala, pero si así fuera, quiero concluir esta charla con las palabras de Calamandrei que son esperanza y aliento para nuestra profesión, en especial para las nuevas generaciones de juristas:

"Si hay aún inocentes que defender; si hay aún atropellos que denunciar; si hay aún dolores engendrados por la injusticia y leyes dictadas para sanarlos, la abogacía es joven aún; y la juventud nunca es melancólica, porque tiene por delante el porvenir."

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA VIDA ECONÓMICA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA 1880-1929

María del Carmen Carmona Lara

INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se analiza el papel del Estado en los Estados Unidos de Norteamérica en las diferentes fases de transformación de la economía de ese país, hasta la crisis de 1929.

En el desarrollo se puede ver cómo el Estado pasa de la fase liberal, a una primera fase de intervención con una serie de controles y mecanismos de protección que se complementan con políticas de promoción de los intereses particulares. El siguiente papel que asume es ya como regulador dando un marco jurídico específico a ciertas actividades claves en la economía. Y en último lugar cuál fue la actitud del Estado en situaciones de excepción, como es una crisis económica.

El planteamiento general es que el Poder Político del Estado ha favorecido la concentración del capital y estos dos entes, Estado y Capital, que en una visión liberalista se contraponen, en la praxis y desarrollo histórico de los Estados Unidos en la época que se analiza se complementan. La intervención del Estado Norteamericano en la vida económica se da por una necesidad de

legitimación de poder y para el fortalecimiento del sistema económico en que se asienta, tales son las premisas que se exponen en este ensayo.

I. Estructura Económica

El Estado, ha cumplido diversas funciones según el sistema económico y la etapa histórica en que se desarrolla, es por ello necesario analizar el cambio de funciones del mismo en la transición de Estado Liberal a Estado Capitalista.

La superestructura jurídica-política del Estado Capitalista está en relación con la estructura de las relaciones de producción.[1] Para dar una línea de análisis de esta relación, se estudiará en el presente apartado a los monopolios, como base de la estructura económica que determinó una forma específica de Estado, en los Estados Unidos de América y las acciones que él mismo tuvo que tomar en la crisis del 29, debido a la creciente acumulación financiera. Acciones que se traducen en un incremento de la intervención del Estado en la economía que desemboca en el llamado "New Deal" en la época de Roosevelt.

La crisis económica, provoca una crisis en la legitimidad del poder del Estado en la economía que desemboca en el llamado "New Deal" en la época en las relaciones de producción. Por ello, es necesario para la recuperación del poder en todo sentido una reorganización de funciones dentro de los órganos del Estado.

Esto es lo que sucedió en Norteamérica en la época de crisis económica y por ello se analizará la formación del capitalismo en su etapa monopólica y su efecto dentro del Estado norteamericano para fortalecer al ejecutivo.

A. MONOPOLIOS

Para hablar de monopolios se hará un análisis del concepto de empresa. Desde el punto de vista jurídico, aparece como un ente con personalidad y patrimonio propios para llevar a cabo un objeto determinado. Se da por una ficción legal, que es la llamada "persona moral".

En la etapa liberal, la empresa tiene un carácter individual y personalizado, el carácter de empresa como inversión de capital individual se transforma. La complejidad de las relaciones de producción provoca que la empresa también se transforme en una institución cada vez más compleja.

Un ejemplo de esta transformación se da en Estados Unidos en las empresas textiles y manufactureras, que de ser empresas locales, gremiales y casi familiares; por la gran transformación tecnológica e industrial así como, por el aumento de vías de comunicación y la llamada expansión de mercado, se transforman en grupos cada vez más organizados en lo que a administración y producción se refiere.

1 Poulantzas, Nicos, *Poder Político y Clases Sociales*, México, Siglo XXI, 1979, pág. 156.

De 1870 a 1900 el volumen de la producción industrial a nivel mundial aumentó en más del triple. Se requerirían capitales muy grandes para construir una fábrica, son desplazadas las pequeñas empresas. Frente a la empresa personal, se fueron imponiendo las sociedades anónimas.[2]

1. POOLS

El principio de libre competencia que caracteriza la etapa liberal es puesto en crisis debido a que las empresas al expanderse pueden crear centrales al abaratar costos debido a la producción masiva mediante los llamados POOLS que son "Acuerdos entre caballeros".

Los Pools caracterizaron la expansión de las empresas ferrocarrileras para mantener los precios aunque en una última etapa de los acuerdos se sabía que todos serían violados.

2. TRUST

El TRUST, substituye a los Pools, la figura fue inventada por un abogado de la Standart Oil en 1882. Esta empresa es la primera de esta clase y es el arquetipo de esta institución.

Las características del Trust son:

1) Normalmente se construyen alrededor de una gran recurso natural (petróleo, hierro, acero, tabaco) o servicios (electricidad, transporte, comunicación.

2) La administración tiene bases científicas y el desarrollo de la producción se da por el progreso en las técnicas de extracción y transformación.

3) Combina el control de todos los elementos de producción (materias primas, transporte, venta, etc.).

Los grandes Trusts de la época fueron: Standard Oil, U.S. Steel, Amalgamated Cooper Co., American Sugar Refining Co., American Tabbaco Co., International Harvestes Co., Pullman Pallace Car Co. Todos con un capital mayor a 50 millones de dólares.[3]

3. REGLAMENTACIÓN DE LOS TRUST

Es hasta la última década del siglo pasado cuando el fenómeno de los Trusts empieza a inquietar a ciertos sectores de la población, sobre todo a los pequeños industriales que de un status de independencia, por la expansión, se convierten en asalariados o en dependientes de grandes empresas.

En Estados Unidos ya se había dado la Interstate Commercial Act a nivel

2 Khunl, Reinhard, *Liberalismo y Fascismo dos formas de dominio*, Barcelona: Libros de Confrontación, 1978.

3 Eliot Morison, Samuel *et al.*, *Breve Historia de los Estados Unidos*. Trad. Durán, D'Odion Odón *et al.*

Federal y su interpretación provocó una libertad de acción a las grandes empresas.

Empiezan a surgir legislaciones a nivel Estatal debido a la competencia de éstos respecto a las sociedades anónimas. Al crearse problemas en su aplicación, se da en 1890 a nivel federal la Ley Anti-Trust conocida como Ley Sherman.

Sus principales disposiciones son: el considerar como culpable a toda persona que monopolice o intente monopolizar cualquier rama de la industria o del comercio entre diversos Estados; y, el declarar ilegal todo contrato en forma de Trust para restringir comercio entre Estados o Naciones extranjeras.

Realmente nunca se supo el verdadero objetivo de la ley, sus conceptos daban lugar a miles de interpretaciones, tanto que las disposiciones fueron aplicadas contra líderes sindicales y casi nunca, sino hasta varios años después contra alguna empresa monopolizadora.[4]

B. BANCA

Hacia 1900 cada pequeña ciudad norteamericana contaba con un banco propio pero siempre vinculados a Nueva York en donde los bancos comerciales se convirtieron en instituciones gigantescas.

Los bancos de depósito pasan a la base de inversión y financiamiento insertándose así en el puntal de la vida económica del país.

Una nueva institución comercial surge en todas las áreas de la vida económica, el crédito. En la primera fase se da con garantías hipotecarias sobre viviendas que va a influir en ciertas medidas del New Deal. Los préstamos a corto plazo eran para el consumo, los de largo plazo se daban para inversión en industria y comercio.

C. FUSIÓN DE MONOPOLIOS Y BANCA - CREACIÓN DEL MONOPOLIO FINANCIERO

Al combinarse las ideas de Trust con el de crédito para inversión aparecen los llamados "Trusts del dinero". El primer ejemplo fue el de John Pierpont Morgan que con capital inglés se fusiona a una vieja casa banquera en Dreve, Filadelfia y al quebrar un gran banco el Jay Cooke and Company en la crisis de 1973 adquiere gran poder financiero.

El Sistema Bancario Nacional se establece en 1863 para facilitar el financiamiento de la guerra civil. Sus propósitos principales fueron la creación de papel moneda con valor estable. Frente a la Banca comercial el sistema nacional trata de contrarrestar los efectos de la crisis de 1837 pero no pudo controlar la de 1873.

4 Paul, Adams Willi, *Los Estados Unidos de América*, 4a. ed. México: Siglo XXI, 1980, p. 220.

Introduce salvaguarda y protección para los deudores y un sistema de vigilancia para ello. También establece un límite mínimo de capital bancario en efectivo para evitar las quiebras.

Los bancos al dar financiamiento en las inversiones industriales entran al engranaje económico, empiezan a detentar puestos directivos en las empresas que financían.

II. ESTRUCTURA DEL ESTADO

A. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

La estructura del Estado se basa en la división de poder, para crear un equilibrio y una autolimitación de su ejercicio.

Las diferentes concepciones del Estado Capitalista van desde considerarlo en la etapa liberal como un ente que permitirá el libre juego de la competencia y la acumulación del capital como simple vigilante, hasta la concepción marxista-leninista como el elemento superestructural que permite la vinculación del poder político con el capital y que sienta las bases para su reproducción.

En la fase liberal el Estado aparecía como algo antagónica a las clases que movían la vida económica, pero esto era, debido a que la clase en el poder en cierta forma tenía diferentes intereses a los del capital. Conforme las clases que detentan el capital fueron tomando mayor fuerza y sustituyen a la clase en el poder, el Estado es más un aliado que un contrario.

La división de poderes se explica por la necesidad de cierta estabilidad en el campo político para permitir el libre juego de intereses en todos sentidos.

El pueblo, asciende mediante el principio de soberanía popular y representación al poder legislativo que se quien sentará las bases legales para permitir el desenvolvimiento de las relaciones sociales.

El poder judicial dirime las controversias entre los intereses de los particulares, interpretando los preceptos jurídicos y llevando a cabo el principio clásico de la llamada impartición de justicia.

El poder ejecutivo, tiene a su cargo la ejecución de las leyes. Su labor de administración y organización de la sociedad lo lleva a tener que intervenir en todas las áreas del libre juego de las relaciones sociales. Es en este órgano de poder en donde se empieza a dar la intervención del Estado en la economía.

Veremos a continuación cómo intervienen cada uno de los órganos de poder en su fase de infiltración en la vida económica en los Estados Unidos.

5 Lyon, Leverett S. *et al.*, *Government and Economic Life*. Vol. I, Washington: The Brokings Institution, 1939, p. 161.

B. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS

Para poder analizar el período de intervención del Estado en la economía no se puede dejar de ver los conflictos entre la competencia federal y de cada uno de los estados.

La organización federal se funda en el principio de autonomía de los estados federales, estos tendrán la misma forma de gobierno y tendrán competencia en materias que no estén reservadas a la Federación.

En el período que se analiza, casi todas las áreas de intervención del Estado en la economía estaban dadas a los Estados, creando así una diversidad de trato a las empresas según el Estado en que se creaban y una multiplicidad de interpretaciones judiciales.

El primer conflicto se dio por la aplicación del acta de Comercio interestatal y más tarde en la de las leyes anti-Trust. Se puede decir que el gobierno federal tendió a concentrar el poder y la competencia en la vida económica y sólo pierde una batalla en una de las fases del New Deal con el caso Schechter hasta 1935, considerando a una Ley de Recuperación Industrial como una invasión del Gobierno Federal, del ámbito reservado a los Estados pues si la cláusula de comercio pudiese llegar a todas las empresas y transacciones que pudiere decirse que tenían un efecto indirecto sobre comercio interestatal, la autoridad federal abarcaría prácticamente todas las actividades del pueblo y la autoridad del Estado sobre sus negocios internos sólo existiría por tolerancia.[6]

El conflicto aparece por la necesidad del gobierno local de regular la actividad económica que se desarrolla dentro de su jurisdicción, el hecho de federalizar todas estas actividades es una tendencia a la concentración del poder.

Se puede decir que esta federalización es equiparable a la que sucede en el campo económico con la monopolización, los poderes estatales por el fortalecimiento y expansión federal van siendo desplazados.

III. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

A. FACTORES

Se puede decir que para que se diera la intervención del Estado norteamericano en la vida económica se debieron de dar ciertas circunstancias tales como:

1) Factores ideológicos y físicos. Para que se dé el binomio Estado-economía hubo un cambio en la mentalidad liberal de considerar a la estatización de la economía en lugar de una amenaza, un elemento que favorecía la reproducción de capital, a decir de Gramsci. "El Estado es el liberal, no en el sentido del liberalismo aduanero o de la libertad política efectiva, sino

[6] Eliot Morison, *op. cit.*, p 729

en el sentido más fundamental de la libre iniciativa y del individualismo económico que llega por sus propios medios, como "Sociedad Civil" y en razón del mismo desarrollo histórico, al régimen de la concentración industrial y del monopolio.[7] "La americanización requiere de un ambiente dado, una determinada estructura social".[8]

Los factores físicos que intervienen, es el de una colonia extracontinental, que promete la libertad, el desarrollo, la vida hacia el futuro. Y tener grandes riquezas naturales susceptibles de explotación.

2) Estructura Gubernamental. Esta, desde la Declaración de Virginia se basa en la igualdad y libertad de los individuos y respecto a la forma de gobierno, la división de poderes y el federalismo, provocan la intervención estatal.

En Estados Unidos el Ejecutivo a través de las llamadas Agencias y de otros Organismos con funciones de vigilancia, es quien tiene influencia, sin embargo, la presión del ejecutivo de dictar diferentes disposiciones, hace que el legislativo tome una actitud intervencionista. Por parte del judicial, la intervención se da por la interpretación que en la mayoría de los casos es en favor del grupo capitalista y monopolio y pocas veces es a favor de los grupos afectados.

3) Filosofía de la Libre Empresa.—El argumento de "dejar hacer, dejar pasar" se rompe en el momento en que la competencia desaperece por el surgimiento de los monopolios, es entonces, cuando los pequeños empresarios desplazados piden protección Estatal al ver alterados sus intereses.

C. POLÍTICAS

La intervención del estado norteamericano en la Economía se da en diferentes ramas de la actividad económica.

1. CONTROLES CONTRA QUIEBRA

En 1803 aparece la primera acta federal sobre quiebras que se aplicó en la crisis económica de 1819, pero fue obsoleta para la de 1837.

En 1841 aparece otra ley en donde se hacen adiciones, una de las más importantes era la distinción entre el deudor legal y su predecesor, que también tiene interés en el crédito de la sociedad que está en liquidación. Se establece por primera vez la quiebra voluntaria por insolvencia y establece la protección de títulos bancarios.

En 1867 se da otro cuerpo legislativo sobre el tema, que tiene como característica el establecer las nuevas formas de empresa que aparecen en forma

[7] Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la Cárcel: Americanismo y Fordismo*, México, Juan Pablos Editor, 1975, p. 293.

[8] Gramsci, Ibidem.

de trust, holdings y fideicomisos. Esta ley tiende a proteger los intereses de los inversionistas para evitar quiebras fraudulentas. Sin embargo el pánico de 1873 dejó en entredicho su eficacia.

En 1898 como una necesidad de adecuar las condiciones económicas a la legislación, se da una nueva ley que con algunas enmiendas es la que rige durante la crisis de 1929.

Las últimas reformas dan un cambio de política del gobierno hacia las quiebras, ésta se basa en:

- Necesidad de dar uniformidad de la legislación y por ello se federaliza en todos sentidos.
- Se da un examen casuístico de cada quiebra. Se crea el Tribunal Administrativo para ello, llamado "Business Solvency Commission".
- Se clasifica a los deudores según la garantía que ofrecieron al acreedor.

2. PROTECCIÓN DE DERECHOS DE PATENTE

La Constitución establece que el gobierno nacional tiene a su cargo la promoción del progreso de la ciencia y las artes, asegurando en todo tiempo a lo autores e inventores, el derecho exclusivo sobre sus respectivas obras o inventos.

La legislación al respecto proviene desde 1793; en 1842 se adiciona a la definición de patentes, los diseños decorativos; y la última fue de 1930 en que se incluye a las plantas botánicas como patentables.[9]

La protección de derechos de patente se da debido a que con la revolución industrial el progreso tecnológico y las grandes ganancias económicas se deben a ésta. Los grandes monopolios del hierro y el acero se dan por avances en las técnicasde fundición y extracción.

Por ello la intervención estatal es importante en este campo ya que en ocasiones el desarrollo científico y tecnológico aporta a la empresa ganancias incalculables, que en un momento determinado pueden desquiciar el mercado del producto a que se refiere el progreso, creándose desajustes no sólo en el campo económico, por ello es necesario de que tengan una regulación especial.

3. MECANISMOS MONETARIOS

Una de las primeras intervenciones del Estado en la economía se da mediante la creación del papel moneda nacional, con ello se tiene el control del cambio de moneda nacional hacia el exterior y el valor hacia el interior.

El control se da por medio de dos mecanismos: El primero es el control monetario que depende del Departamento del Tesoro. El segundo se da por

[9] Lyon, Laverett, *op. cit.*, p. 121.

medio del control bancario, para ello se crearon varias Agencias, las principales son: El interventor de Bancos Nacionales, la Federal Reserve Board, Federal Reserve Bank, Federal Insurance Corporation.

4. MECANISMOS DE CONTROL DE CONFLICTOS LABORALES

En este campo el Estado interviene como un supuesto mediador o árbitro para impedir el surgimiento de graves conflictos por la contradicción de intereses de la clase trabajadora y la patronal.

En el campo laboral existe una concurrencia de competencia ya que intervienen tanto la federación como los Estados. A nivel Federal las primeras intervenciones del Estado se dieron en el ramo del transporte, se da en 1926 la llamada Railway Labor Act para los ferrocarriles, en 1936 la Maritime Labor Board, para los obreros de la industria marítima.

En 1913 se establece el Departamento de Trabajo con una división de conciliación para dirimir controversias.

Toda la legislación laboral ha sido manipulada por la Corte ya que sus interpretaciones en casi todos los casos son para proteger los intereses del capital. Inclusive la Anti-Trust Law fue utilizada para culpar a líderes sindicales antes que a una empresa que realmente ejercía el monopolio. Sólo en algunas fases del New Deal puede decirse que hubieron algunas reinvidicaciones a nivel laboral, fue la fase en que inclusive se consideraban a las medidas como de corte socialista.

C. MÉTODOS

Según Fainsod y Gordon, la intervención del Estado en la economía se da gracias a lo que ellos llaman "métodos del negocio político" que son tres: Persuasión, Desgaste y Compromiso.[10]

El primero, la persuasión, se da al utilizar lo político como si fuera algo mercantil, es decir, vender a los candidatos y al presidente con las mismas tácticas publicitarias de cualquier producto de consumo popular. Fue utilizado por Hanna en el régimen de McKinley.

El segundo, el desgaste, es crear ciertos mecanismos legales para obstaculizar la aplicación de la Ley, como puede ser la interpretación judicial. Fue utilizado varias veces en el New Deal.

El tercer método, la concesión, es permitir la intervención de grupos antagónicos al poder para lograr ciertas reivindicaciones y deberle en cierta forma algo al gobierno. Se dio principalmente en las relaciones laborales, sobre todo a sindicatos o representantes de ellos.

[10] Faisad, Merle y Lincoln Gordon, *Government and the American Economy*, 2a. ed. New-York: Norton and Company Inc., 1948, p. 26.

D. EL GOBIERNO COMO PROMOTOR DE INTERESES PARTICULARES

1) PROMOCIÓN DE LA AGRICULTURA

La propiedad privada es una de las principales categorías del sistema capitalista, ya que quien detenta los medios de producción es el que se beneficia en la reproducción del capital.

En el caso de la propiedad agrícola la categoría adquiere mayor relevancia ya que en la producción de materias primas se basan grandes sectores de la economía.

En Estados Unidos la evolución de la propiedad agrícola va desde un régimen feudal-esclavista que provenía del régimen colonial hasta lo que se podría llamar un monopolio agro-industrial.

Una figura destaca en la propiedad agrícola, esta es la aparcería que era un acuerdo por el cual el plantador podía conseguir mano de obra sin pagar salarios, y los granjeros sin tierras podían conseguirlas sin pagar al alquiler.[11] Este tipo de sistema fracasó desde el punto de vista económico, aunque se dio un aumento de aparceros que trajo consigo una baja en el nivel de vida en el campo.

La agricultura como medio de vida, cedió el paso a la agricultura industrial, especializada en un solo cultivo, trabajada mecánicamente y destinada a la venta.

El sistema de aparcería funcionaba mientras hubiera mano de obra barata y condiciones favorables en las tierras, al agotarse las mismas y aparecer centros urbanos e industriales, así como el alto costo de los fertilizantes y maquinaria hicieron poco costeable a la agricultura como actividad económica.

Desde antes de la guerra civil en los Estados Unidos se había subsidiado la agricultura, desde 1839 se hizo una asignación de mil dólares por el Congreso para la investigación científica en este campo. En 1862 el Congreso creó un Departamento de Agricultura que en 1889 se convierte en Secretaría del Gabinete. Hacia 1940 comprendía casi 40 subdivisiones y gastaba casi 100 millones de dólares, en 1968 el gobierno federal gastó 5,900 millones, y en 1973 6,200 millones de dólares en esta área.[12]

El papel del gobierno como promotor tiene varios aspectos como: el establecimiento de áreas de cultivo en zonas vírgenes; brindar capacitación e información a los agricultores; creación de crédito; política de conservación del suelo.

[11] Eliot, Morison Samuel, *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos de América*. Trad. Duran D'Odion *et al.*, México: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 529.
[12] Idem., p. 527.

2) PROMOCIÓN EN EL ÁREA DEL TRABAJO

El Gobierno en relación al trabajo ha tenido dos actividades: la primera, es la legislación protectora; la segunda es la actitud del gobierno respecto a la organización de los sectores tanto patronal como obrero y como se resuelven sus controversias.

Se establece un sistema regulador de las condiciones de trabajo. La relación laboral desde el punto de vista jurídico se basa en la libertad contractual e igualdad de las partes. En el campo económico la situación es diferente ya que el principio de igualdad en la realidad no existe para que opere en alguna forma se necesitan formas de organización de trabajadores.

Las primeras leyes fueron las protectoras del trabajo del menor, estableciendo límites de edad para ciertas manufacturas y máximo de horas de trabajo. Más tarde se suprime el trabajo nocturno para los niños. Y en la época del New Deal se prohíbe el trabajo a los menores de 16 años.

En 1866 se forma la primra organización a nivel nacional de trabajadores, era la National Labor Unión.

En 1886 nace la Federación Americana del Trabajo creada por Samuel Gormpers, que hacia 1914 tenía dos millones de miembros.

El nacimiento sindical y obrero norteamericano se caracteriza por el hecho de que sólo contempla a trabajadores calificados. La gran masa de trabajadores no calificados siempre ha quedado rezagada de las mejoras en las condiciones de trabajo. Sólo en la época del New Deal se preocupa la administración pública de este sector que es en donde hay mayor desempleo.

Los papeles del Estado en las relaciones laborales son de mediador y de promotor de una política que beneficie al trabajador pero hasta el punto de no afectar al capital. Esto es debido a que las grandes huelgas de finales del siglo pasado habían dejado como lección que la inestabilidad social era factor importante en la creación de crisis económicas, un elemento de inestabilidad social se da en el descontento de los trabajadores y sus medidas de reinvindicación de derechos, por ello el gobierno deberá promover las buenas relaciones laborales para asegurar la estabilidad social.

3) EL ESTADO COMO PROTECTOR DEL CONSUMO

El sistema económico liberal entiende al consumo como base del mismo ya que la producción tiene como objeto la circulación de bienes y el consumo de los mismos.

La organización de la protección al consumidor tiene como antecedente la creación de cooperativas en Europa. En 1916 aparece la Cooperative League of the United States que tiene como función dar información, para proteger el interés de los consumidores.[13]

[13] Fainsod, Merle y Lincoln Gordon, *Government and the American Economy*, New York: W. W. Norton and Company Inc., 1948, p. 195.

El Estado interviene en el consumo al regular el control de calidad de los productos. Así los primeros controles se dan en el campo de los alimentos, medicinas y cosméticos. Las sanciones para llevar a cabo una política efectiva van desde la penal por fraude, la demanda civil contra daños, multas por no llevar a cabo disposiciones sanitarias, etc.

IV. EL ESTADO COMO REGULADOR DE LA ECONOMÍA-CREACIÓN LEGISLATIVA

1) TRANSPORTES

El nacimiento Granger de los años 1870s, proviene de los agricultores contra las medidas que llevaban a cabo los ferrocarriles en la transportación de sus productos, imponiendo tarifas discriminatorias, hace que aparezcan los llamados "Casos Granger" y como consecuencia una serie de disposiciones que se les conoce como "Granger Law".[14]

Una de las decisiones más trascendentales es la del Juez Marrison R. Waite señalando el derecho histórico del Estado en el ejercicio de su poder para regular los transportes comunes: "Cuando la propiedad privada es afectada con un interés público deja de ser sólo jus privati... por tanto, cuando alguien dedica su propiedad a un uso en que el público tiene un interés..., debe someterse a ser controlado por el público para el bien común, hasta el grado de interés que haya creado".[15]

La Corte al resolver los casos Granger estableció tres grandes principios:

1) El derecho del gobierno a regular todos los negocios afectados por un interés público.
2) El derecho de la legislatura a determinar qué es justo y razonable.
3) El derecho del Estado en zonas de autoridad concurrente a actuar donde el Congreso no hubiere actuado.

Los principios anteriores fueron modificados, pero quedaron como antecedentes para la creación de la primera legislación en donde el Estado norteamericano interviene, la llamada Ley de Comercio Interestatal de 1887.

Con anterioridad a los 70s en la historia de los Estados Unidos aparecen ciertas tendencias de control por medio de la legislación a ciertas áreas. En 1838 se da la primera serie de actos del Congreso que regulan las tarifas de transporte por correo.

El movimiento Granger tiene un origen localista y por ello las primeras

[14] Faulkner, Harold Underwood, *American Economy History*, New York: Harper and Brother Publishers, 1949, 6a. ed., p. 495.
[15] Eliot, Morison Samuel, *op. cit.*, p. 520.

medidas de control se dan a nivel estatal; no es sino hasta quince años después, hacia 1885, cuando se comienza a discutir a nivel Federal la necesidad de regulación. Por ello es coherente el hecho de que el primer cuerpo sea de Comercio interestatal ya que lo que se propone el Congreso es crear criterios uniformes a una serie de decisiones de Congresos locales y de jueces estatales para evitar situaciones de desigualdad que afectaban uno de los sectores más prósperos de la economía en esa época, el transporte por ferrocarril de materias primas y productos mineros.

El interés público protegido por la legislación está representado por diferentes partes a las cuales debe el Estado proteger, éstas son:[16]

1) Los consumidores del servicio, pasajeros y las empresas marítimas.
2) Los trabajadores del servicio.
3) La administración.
4) Los grupos financieros de control.
5) Los inversionistas.
6) El equipo y las industrias suplementarias que dependen de la producción de bienes para el servicio.
7) Los demás servicios que pueden ser afectados por la competencia.

Todos estos sectores son parte del interés público que debe ser protegido por el Estado de una manera efectiva, la única que puede serlo es la regulación de ciertas áreas, imponiendo tarifas justas y control de contabilidad, medidas para asegurar la inversión, mejores condiciones laborales; mayor resposabilidad a la administración.

2) *LA INTERSTATE COMMERCE ACT* COMO EJEMPLO DEL PAPEL REGULADOR DEL ESTADO

El caso de la Interstate Commerce Act es un claro ejemplo de cómo el Estado fue interviniendo en el campo económico. Analizaremos su evolución y veremos que a este respecto el Estado Norteamericano siempre tuvo una actitud pragmática en su intervención ya que numerosos fracasos hacen que cambie su política y refuerce sus acciones para intervenir de una manera más directa.

El acta de 1887 tan sólo establecía que las tarifas deberían ser "razonables y justas". Los transportistas deberían tenerlas en lugar visible y dar aviso con diez días de anticipación en caso de variación.[17] Crea la Interstate Commerce Commission con funciones de vigilancia, establecimiento de mínimos y máximos de tarifas, la creación de una política congruente en el transporte. Sin embargo todas las medidas dictadas por ésta tuvieron serios obstáculos para

[16] Fainsod, *op. cit.*, p. 238.
[17] Idem, p. 245.

ser llevadas a la práctica debido a que ante la Corte se alegaba la constitucionalidad, legalidad de sus funcionarios y su competencia.

El fracaso de la Comisión trajo consigo que apareciera la llamada "Elkin Act" en 1903 que hizo de los precios publicados de la tasa de carga el estándar legal, sustituyó los castigos penales por los civiles y estableció que los embarcadores tenían los mismos derechos a obtener rebajas que los ferrocarriles. De acuerdo con esta ley, el procurador general instituyó acusación contra el Chicago and Alton y el Buslington por conceder rebajas, y contra las casas empacadoras de Chicago por aceptarlas. Pronto el gobierno atacó peces más gordos. En 1907 el juez Kenesow Mountain Landes aplicó una multa de 29.240,000 dólares a la Standard Oil por aceptar rebajas aunque luego fue anulada por un tribunal superior.[18]

En 1906 aparece la "Ley Hepburn", que es el comienzo de una regulación más efectiva. El personal de la Comisión aumentó, se mejoraron los salarios. La jurisdicción fue ampliada, incluía a todas las compañías relacionadas con el transporte.

A través de una llamada cláusula de comodidad el acta prohibía a las compañías ferroviarias comprometerse en otros campos del negocio de transporte, eliminando así la competencia desleal que se crearía con el binomio ferrocarril-empresa naviera en situación monopólica.

El aviso de cambio de tarifas debería de darse con treinta días de anticipación, sujeta esta medida a excepciones dictadas por la Comisión.

El cambio más favorable para dar efectividad a las medidas dictadas por la Comisión es la obligatoriedad de las tarifas impuestas por ella con sanciones graves en caso de incumplimiento.

Esta ley es fuente directa de la Valuation Act (1913) y de Panama Canal Act (1912), así como de Clayton Act (1914).

En 1920 aparece la Transportation Act; debido a que es una legislación de la postguerra su principal objetivo fue el tratar de suavizar las medidas tomadas en la guerra respecto al transporte.

La Comisión podía vigilar las emisiones de valores de un ferrocarril, pero confesaba ser incapaz de regular las de una compañía que tuviese en sus manos las acciones de otros ferrocarriles. La Comisión estaba autorizada asimismo para preparar planes de consolidación de ferrocarriles, pero era impotente para impedir las consolidaciones efectuadas por medio de holdings.[19]

Uno de los objetivos de esta ley es el de que el Gobierno administre y conforme un sistema nacional de transportes.

El período comprendido entre 1920-1929 se caracteriza en el campo del transporte por una conciliación de intereses. En 1929 el impacto de la depresión económica se hace sentir, aparece la Rail Road Credit Corporation como una medida para evitar la quiebra total del sector. En 1932 aparece la Reconstruction Finance Corporation, con funciones de financiamiento.

18 Eliot, Morison Samuel, *op. cit.*, p. 633.

19 Kirkland, Edward, C. *Historia Económica de los Estados Unidos*, Trad. Eugenio Imaz, México: Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 667.

Las medidas en el New Deal sobre esta área tratan de articular los intereses de las partes, aparece la Emergency Railroad Transportation en 1933. Los principales objetivos son la cordinación de la esfera pública y privada debido a toda una campaña de descrédito hacia la empresa pública.

En 1940 gracias a un dictamen y minucioso estudio de la situación de los transportes hecho desde 1938 por el Splawn Committee aparece la Transportation Act.

3) ELECTRICIDAD

La industria eléctrica surge en primer lugar en el ramo de la comunicación, no es sino hasta 1880 que se da una nueva utilización. Después de varias investigaciones en 1882 Westinghouse construyó la primera estación central la Perol Strut Station en Nueva York distribuyendo electricidad a 85 edificios por medio de alambrado. Después hacia 1893 aparece el transporte eléctrico.[20]

La regulación de la electricidad tiene un paralelo a la de los transportes. Las primeras disposiciones fueron para el fomento de esta industria pero al aparecer la etapa de tarifas injustas y la tendencia a la monopolización, la legislación dio un viraje para evitar esta situación.

Es hasta 1907 cuando se crean comisiones estatales en Wisconsin y Nueva York. En el campo de conciliación de intereses de las partes involucradas se da una situación especial ya que los consumidores a su vez son las grandes industrias y surge un conflicto entre poderes económicos en situación de igualdad.

En esta área la legislación aplicable fue la de control a compañías holdings que por la naturaleza de esta industria proliferaron.

La regulación de este tipo de servicio tiene diferentes aspectos:[21]

- Cantidad y calidad del Servicio — Para proteger el interés de los consumidores.
- El precio del Servicio — en donde el estado crea comisiones para imposición de tarifas justas y razonables.

4) COMUNICACIONES

Este servicio está íntimamente ligado con el ramo de la electricidad. Los telégrafos tenían una situación especial, la primera línea había sido construida por el gobierno y se veía con recelo el hecho de que utilizara este sistema como medio de control.

El radio aparece como una industria alterna al desarrollo de la electricidad.

20 Idem., p. 430 ss.

21 Lyon Leverett, *et al.*, *Government and Economic Life*, Vol. II, Washington: The Brookings Institution, 1940, p. 672.

En 1927 se estableció la Comisión Federal de Radio para dar licencia a estaciones, asignar longitudes de onda y supervisar la política. En 1934 aparece la Comisión Federal de Comunicaciones que fue autorizada a pedir que todas las estaciones atendieran al interés, la convivencia y la necesidad del público, estipulación interpretada de tantas maneras que casi perdió significado.[22] Al término del siglo pasado las invenciones en el campo de la comunicación transformaron la vida misma de los países tal es el caso del teléfono. En 1878 se inauguró la primera estación telefónica; en 1892 la American Telephone and Telegraph Company inauguró la línea de larga distancia entre Chicago y Nueva York.

La propiedad de la patente dio al teléfono, desde el principio la posibilidad del monopolio y los propietarios de la patente Bell, resolvieron solemnemente proteger sus derechos a cualquier precio. En 25 años se dieron 600 querellas sobre la patente.[23]

El imperio del teléfono surgió, la Western Electric Company manufacturaba los instrumentos, la American Telephone and Telegraph Company construyó líneas de larga distancia y proporcionaba el servicio y la American Bell Telephone Company alquiló sus instrumentos a las compañías locales.

V. EL PAPEL DEL ESTADO EN SITUACIONES DE EXCEPCIÓN

El papel del Estado no sólo se limita a regular y promover la economía en situaciones normales. La verdadera intervención del mismo se ha puesto de manifiesto en las situaciones de crisis. En estas situaciones su acción es más clara ya que su función es la de evitar el caos económico, con la consecuencia del caos social.

En los Estados Unidos es hasta la crisis del 29 en que el Estado obra abiertamente para salvar sectores de la economía, sin embargo no es la primera intervención, como se pudo ver en el desarrollo del capítulo anterior el Estado interviene desde casi principios del siglo pasado.

A la crisis le precede una época de expansión debido a la consolidación de los monopolios en 1915, 16 grupos controlaban casi la cuarta parte de la producción del país, hacia 1925 existen 11 holdings y 5 consorcios independientes que controlan el 53% de la producción.[24]

La aparición de nuevas industrias como la eléctrica, la de automóviles y la química dan a este período un cierto aire de florecimiento, sin embargo, análisis más profundos revelan el hecho de que sectores como el agrícola, el de la industria del carbón, las manufacturas de piel, los astilleros para construcción en los años de posguerra se encuentran ya en un período crítico.

La quiebra del mercado de valores de valores en 1929 puso a los Estados

22 Eliot Morison, *op. cit.*, p. 686.
23 Kerkland, *op. cit.*, p. 453.
24 Faulkner, *op. cit.*, p. 615.

Unidos en su mayor crisis después de la guerra civil. Las fábricas redujeron la producción; la construcción cesó, millones de inversionistas perdieron sus ahorros y más de 5 mil bancos cerraron sus puertas. Entre 1920-1932 el ingreso de las granjas se redujo de 15,500 millones a 5,500 millones.[25]

El desempleo era inmenso, en 1930 existían 4.639,000, para 1933 son 13 millones los desempleados.

Las medidas de Hoover fueron pocas y todas fracasaron ya que él todavía pensaba que los mecanismos de la economía superarían la crisis.

Roosevelt asume el poder el 4 de marzo de 1933; su primera labor fue rehabilitar los bancos de la nación. Al día siguiente de la toma de posesión emitió dos edictos; uno convocaba al Congreso para sesión especial y el otro suspendía las transacciones en oro y proclamaba vacaciones a los bancos.

El 9 de marzo se aprueba por el Congreso la Ley bancaria. El 5 de junio se cancelan las cláusulas de pago en oro en todas las obligaciones gubernamentales y privados y hacía pagaderas todas las deudas en moneda de curso legal.[26] Se abandona el patrón oro.

Se autoriza la creación de la Administración del Crédito Granjero, y la Corporación de Préstamos a Dueños de Casas con el fin de refinanciar hipotecas sobre bienes raíces.

En junio de 33 la Ley Gloss-Steagall separa los bancos comerciales de los de inversiones y limita severamente el uso de créditos bancarios. La Ley crea la Corporación de Seguros de Depósitos Federales.

Se puso bajo control federal el tráfico de bancos y acciones. La Ley sobre la Verdad en los valores establecía que las nuevas acciones debían registrarse ante una agencia gubernamental. En 1934 se crea la Comisión de Valores y Cambios que regulaba las operaciones de la bolsa.

En el sector agrícola aparece el 23 de mayo de 33 la Ley de ajuste agrícola para restablecer la paridad entre la industria y la agricultura. Para dar crédito a los cosechadores y asegurar el precio de ciertos productos aparece la Corporación de Crédito de Bienes.

En 1936 la Ley de Conservación de Tierras y Asignaciones internas subsidiaba a las cosechas que no agotaron las tierras. La Administración Recolonizadora sustrajo al cultivo cerca de 4 millones de hectáreas de tierras marginales, y creó "cinturones verdes".

En el sector industrial aparece la Ley Nacional de Recuperación Industrial en junio de 1933 que da poder al gobierno para incrementar los precios, costos de producción y establecer precios de emergencia. También promueve la expansión restringiendo la construcción de aquipo y limitando el cambio de actividad de las empresas. Tiene como característica crear un sistema de delegación de funciones administrativas.

Establece la Ley una Administración de Obras Públicas.

En el campo laboral aparece la Ley Nacional de Relaciones Laborales, es-

25 Eliot, Morison, *op. cit.*, p. 718.
26 Idem, p. 724.

tablecía una Junta Nacional de Relaciones Laborales autorizada para conducir las elecciones en las fábricas. Respecto al desempleo se aprueba la creación de la Administración Federal de Alivio de Emergencia y el Cuerpo de Conservación Civil. La última Ley del New Deal fue la de Normas Laborales Justas.

Es obvio que todas las leyes antes mencionadas fueron alegadas inconstitucionales, por invadir esferas estatales por parte de la federación o por considerarlas como abuso de poder en su necesidad de regulación. Sin embargo son muestras del sentido pragmático de cómo el gobierno intentaba salvar la situación económica.

En 1938 la economía que apenas recuperaba el nivel que habría tenido en 1929 decayó un 33%, y con ello las esperanzas de que el New Deal fuera una medida efectiva para sacar al país de la crisis.

La idea de Roosevelt era desarrollar un "orden económico Constitucional", se requería una planificación industrial para impedir el derrochador aumento de número de fábricas, la inutilidad prematura de la maquinaria y las epidemias de bancarrotas.

En el campo de la agricultura se necesitaba además de un uso planificado un sistema de recuperación de tierras erosionadas, el objetivo era planificar en todos sentidos, aunque en el fondo las medidas no diferían de la vieja regulación.

El período de Roosevelt, junto con su personalidad para llevar a cabo sus objetivos es una síntesis: Jefferson y Jackson le inspiraron las finalidades, los populistas antiguo modelo de descontento agrícola contribuyeron al programa monetario. La era progresiva del primer Roosevelt suministró la estructura de la reglamentación y la conservación. Y la administración de Hoover facilitó objetivos e instrumentos. Su mayor influencia proviene de Wilson, con su simpatía hacia los trabajadores, los agricultores y los pequeños negociantes con su plan universal para ganar la guerra.

Las características de la legislación del New Deal son:

- Copia de legislación Alemana, Escandinava y de Gran Bretaña.
- La aprobación de la mayor parte de los proyectos fue hecha por el Congreso, las discusiones y reformas hechas en él, vinieron a obscurecer la nitidez de sus objetivos.
- Para obtener la aprobación se preparaba para que sus elementos fueran del "gusto de todos".
- El papel de la Suprema Corte fue importante ya que la revisión judicial era un verdadero veto para las leyes. Tanto que hubo movimientos internos que demandaban la reforma del Poder Judicial.[27]

27 Kirkland, *op. cit.*, p. 736.

VI. CONCLUSIONES

El llamado New Deal, quiso y supo sanear y reforzar el régimen capitalista después de la crisis de 1929 que parecía ser su destrucción, haciendo pagar a las clases dominantes un precio muy modesto.[28]

Logró el fortalecimiento del poder ejecutivo federal en la actividad económica nacional. Esto creó una serie de organismos en diferentes ramas de la actividad económica:

- Nacional Recovery Administration. Su función, eliminar la competencia antieconómica.
- Agricultural Adjustement Administration. Para llevar al mismo nivel que el industrial al sector agrícola, dio créditos sobre predios y varios subsidios.
- Corporación de Seguros de Depósitos Federales. Con funciones financieras.
- Corporación de Crédito de Bienes. Préstamos para cosechas.
- Ley Sobre Verdad de Valores que crea la Comisión de Valores y Cambio.
- Autoridad del Valle de Tennessee para creación de una zona de desarrollo agrícola y de conservación de los suelos.
- Administración Federal de Alivio de Emergencia. Creada para el desempleo.
- Seguridad Social. Creada por la Ley de Relaciones Laborales.

En 1938 la producción industrial que parecía haberse recuperado un poco debido a las medidas del New Deal tendientes a crear una situación más favorable sobrellevando la recesión y tratando de controlar precios, tiene una crisis considerable.[29]

Según Paul Adams "la depresión sin el New Deal podría haber sido peor", como medida para salvar la economía y como la base de la unión del Estado con el Capital es el efecto más perdurable de estas medidas. "A partir del New Deal el gobierno Federal se dispuso a hacer las cosas por sí mismo; para ello tuvo que reducir el poder relativo de los estados y de los empresarios.

28 Galgano, Francesco, *Le instituzioni dell'Economia Capitalística*, Bologna: Zanichelli, 1974, Trad. del Dr. Raúl Brañes para la Maestría de Derecho Económico, U.A.M., X (Circulación restringida), p. 28.

29 Paul, Adams, *op. cit.*, p. 321.

El presidente y su recién llegado gabinete sustituyeron al Congreso como principal fuente legislativa".[30]

La idea de que "el gobierno debe ser lo bastante fuerte para proteger los intereses del pueblo, y un pueblo lo bastante fuerte y bien informado para mantener el control soberano de su gobierno, como único baluarte de libertad continua"[31] es la tesis que refuerza la intervención del estado en la economía.

El New Deal es el más claro ejemplo de que no existe contradicción entre Estado y Capital, sino que con una forma de combinación adecuada, el primero permite la reproducción del segundo y éste a su vez legitima la función del otro. Son Estado y Capital, dos entes que se complementan y hacen la estructura del sistema capitalista.

30 Idem., p. 323.
31 Eliot Morison, *op. cit.*, p. 743.

BIBLIOGRAFÍA

Eliot Morison, Samuel, *et al.*, *Breve Historia de los Estados Unidos de América*, Trad. Durán D'Odión *et al.*, México: Fondo de Cultura Económica, 1978.

Fainsod Merle y Lincoln Gordon *Government and the American Economy* 2a. ed. New York: Norton and Company Inc., 1948.

Faulkner, Harold Underwood, *American Economy History*, New York: Harper and Brother Publishers, 1949, 6a. ed.

Galgano, Francesco, *Le instituzioni dell'Economia Capitalistica*, Bologna: Zanecheli, 1974, rad. Raúl Brañes para la Maestría de Derecho Económico, U.A.M., X (Circulación restringida).

Graham, George A. y Henny Re'ning, *Regulatory Administration*, New York: John Wiley and Sons, Inc., 1943.

Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la Cárcel: Americanismo y Fordismo*, Trad. José M. Arico. México, Juan Pablos, 1975.

Kirkland, Edward C. *Historia Económica de los Estados Unidos*. Trad. Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1941.

Kuhnl, Reinhard, *Liberalismo y Fascismo dos formas de dominio*, Barcelona: Libros de Confrontación, 1978.

Lyon, Levert S. *et al.*, *Government and Economic Life* Vol. I, Washington: The Brookings Institution, 1939.

Paul, Adams Willi, *Los Estados Unidos de América*, 4a. ed., México: Siglo XXI, 1980.

Paulantzas, Nicos, *Poder Político y Clases Sociales*, México: Siglo XXI, 1979.

EL SEGURO MARÍTIMO EN MÉXICO

ROBERTO RIVERA Y RIVERA

Antecedentes

Cádiz fue el primer puerto de partida para las Indias después del descubrimiento de América y al crearse en 1503 la Casa de la Contratación de Sevilla, este puerto se convirtió en el centro del comercio de ultramar.

Por Real Cédula de 1529, Carlos I abrió al tráfico con las Indias los puertos peninsulares de Bayona, La Coruña, Avilés, Laredo, Bilbao, San Sebastián, Málaga y Cádiz, además del de Sevilla.[1]

Hasta donde he podido averiguar, las Ordenanzas de Burgos para los Seguros Marítimos de 1537 son las primeras ordenanzas españolas que regulan el seguro marítimo en los viajes de las Indias Occidentales a España.[2]

Las Ordenanzas para los Seguros Marítimos que formaron en 1555 el Prior y Cónsules de la Universidad de Mercaderes de Sevilla, con respecto a la navegación a las Indias Occidentales,[3] no sólo regulan *in extenso* el seguro del tráfico de ida y de venida a Indias, sino que obtienen los textos y condiciones de las políticas generales de ida, de venida de las Indias (ambas cubriendo mercancías) y la de cascos de navíos de Indias.

La póliza de ida a Indias[4] dice que siendo el riesgo para Nueva España, entiéndase "...que han de correr los dichos aseguradores, el riesgo, hasta que las mercaderías sean descargadas en San Juán de Lúa (sic) en barcos, y las lleven a la Vera Cruz y allí sean descargadas en buen salvamento."

Esta práctica, por cierto, se siguió hasta que se construyó el actual puerto, a principios de este siglo.

Durante el reinado de Felipe II, tanto por sus tendencias centralizadoras como, sin duda, por los esfuerzos de los comerciantes de Sevilla, se derogó, en 1579, la Real Cédula de 1529 que había abierto al tráfico con las Indias los puertos peninsulares antes citados y quedó Sevilla como único puerto para los viajes de ida y de venida.[5]

1 Ots Capdequí, J. M., *El Estado Español de las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1941, quinta reimpresión, 1976, p. 39.
2 Hors y Baus, Pedro, *Tratado de los seguros de transporte*, Editorial Gustavo Gili, S. A., Barcelona, 1945, Ordenanzas III, p. 629; Ordenanza XXXV, p. 649.
3 Hors y Baus, Pedro, *op. cit.*, pp. 653-665.
4 Hors y Baus, Pedro, *op. cit.*, p. 660.
5 Ots Capdequí, *op. cit.*, p. 39.

Las Ordenanzas del Consulado de los Mercaderes de la Nueva España, confirmadas por el Rey de España el 24 de julio de 1604 establecieron que los seguros en la Nueva España debían regirse por las Ordenanzas de Sevilla de 1555.[5 bis]

En 1737, La Universidad y Casa de Contratación de la Villa de Bilbao promulgó sus Ordenanzas que rigieron nuestro seguro marítimo no sólo hasta el fin de la Colonia sino hasta la promulgación de nuestros códigos de comercio, de mediados o casi fines del siglo XIX.[6]

Riesgos cubiertos

Los seguros hechos durante la Colonia y hasta la promulgación de los códigos, se hacían contra todo riesgo, para usar la terminología actual.

Los códigos de comercio mexicanos adoptaron el sistema del Código de Comercio español de D. Pedro Sainz de Andino (1828)[7] que cubre determinados riesgos, a convenir durante la contratación.

Esa práctica se siguió en el mercado hasta que aparecieron las pólizas posteriores a las leyes de seguros de 1935, cuando se adoptaron, por la década de los cincuenta, las siguientes pólizas, en uso hoy en día, que amparan los siguientes intereses:

a) mercancías.
b) construcción de buques

5 bis Ruiz Rueda, Luis, *El Contrato de Seguro*, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., 1978, p. 23.

6 *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. y M. L. de Villa de Bilbao*. Reimpresa a costa de la misma Universidad y Casa de Contratación, Bilbao, 1814, Capítulo veinti y dos, fojas 152 a 172.

7 *Código de Comercio*, Oficina de D. L. Amarita, Madrid, 1829, Arts. 861 y 862, pp. 362 y 363.

"Art 861.—Corren por cuenta y riesgo del asegurador todas las pérdidas y daños que sobrevengan á las cosas aseguradas por varamiento ó empeño de la nave con rotura ó sin ella, por tempestad, naufragio, abordage, casual, cambio forzado de ruta, de viage, ó de buque; por echazón, fuego, apresamiento, saqueo, declaración de guerra, embargo por orden del Gobierno, retención por orden de potencia estrangera, represalias, y generalmente por todos los accidentes y riesgos de mar.

"Los contratantes podrán estipular las escepciones que tengan por conveniente haciendo necesariamente mencion de ellas en la poliza, sin cuyo requisito no surtirán efecto.

"Art. 862.—No son de cuenta de los aseguradores los daños que sobrevengan por alguna de las causas siguientes:

"Cambio voluntario de ruta, de viage, ó de buque sin consentimiento de los aseguradores.

"Separación espontánea de un convoy, habiendo estipulación de ir en conserva con él.

"Prolongación de viage á un puerto mas remoto del que se designó en el seguro.

"Disposiciones arbitrarías y contrarias á la poliza del fletamento, ó al conocimiento de los navieros, cargadores y fletadores, y baraterías del capitán ó del equipage, no habiendo pacto espreso en contrario.

"Mermas, desperdicios y pérdidas que procedieren del vicio propio de las cosas aseguradas, como no se hubieren comprendido en la poliza por cláusula especial."

c) cascos de buques
ch) fletes
d) desembolsos y exceso de responsabilidad
e) responsabilidad del naviero derivadas del ejercicio de la navegación. (Esta última, en la práctica internacional, se llama póliza de protección e indemnización y en inglés, *Protection & Indemnity* y sus siglas son P and I).

La mayoría de las pólizas conceden una cobertura básica en condiciones generales, la cual se puede ampliar para cubrir una gama grande de averías particulares.

Mercancías

En los seguros de mercancías esa cobertura básica se llama, en México, riesgos ordinarios de tránsito y libre de avería particular en la práctica internacional (en inglés "free of particular average" y sus siglas son F.P.A.).

La póliza actual de mercancías cubre embarques terrestres, marítimos, aéreos o postales. Me referiré sólo a la cobertura del transporte marítimo.

La cláusula 4a. de las condiciones generales dice:

"RIESGOS CUBIERTOS: Este seguro exclusivamente:

"a) los daños materiales causados a los bienes por incendio, rayo y explosión: o por varada, hundimiento o colisión del barco;
"b) La pérdida de bultos por entero caídos al mar durante las maniobras de carga, transbordo o descarga; y
"c) La contribución por el asegurado a la avería gruesa o general y a los cargos de salvamento..."

El apartado b), en mi opinión, tiene un error, pues resulta hasta curioso eso de sólo cubrir la pérdida de bultos por entero caídos al mar durante las maniobras de carga, transbordo o descarga.

Eso puede ocurrir más fácilmente cuando se alije por medio de chalanes o gabarras aunque no es imposible que suceda en maniobras de carga o descarga en muelles.

En la práctica internacional, se cubre cualquier pérdida de bultos por entero caídos durante dichas maniobras. La cláusula del Instituto de Londres así la cubre.[8]

En consecuencia, se debe sugerir a las autoridades correspondientes y a la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros que se supriman las palabras "al mar", de este apartado b).

8 Instituto Cargo Clauses (F.P.A.) 1/1/63 líneas 38 y 39 *Marine Insurance Clauses*. Witherby & Co. Ltd. Londres, 1972, p. 36.

Buques

La póliza de buques, en condiciones generales, cubre exclusivamente:

"a) La pérdida total real o implícita del buque, causada como consecuencia de los siguientes peligros en mares, esteros, puertos, canales, ríos, lagos, varaderos, diques, dársenas y viaductos;

"La furia de los elementos;
"Explosión y rayo;
"Varada, hudimiento, incendio y colisión del buque; y

"b) La contribución que corresponda al buque, hasta por su valor asegurado, en la avería gruesa o general y en los cargos de salvamento o de auxilio..." .....

De acuerdo con el art. 848 del Código de Comercio la pérdida total implícita, llamada pérdida total presunta, en España, no se pagará a menos que los gastos de recuperación o reparación del buque alcancen las tres cuartas partes del valor dado al buque en la póliza.

Las averías particulares, la responsabilidad civil por abordajes y otros riesgos, se cubren por endoso que se anexa a la póliza.

Desembolsos y exceso de responsabilidad

Este seguro, en realidad complementario de la póliza de buques cubre:

"a) El exceso de valor del buque cuando ocurra la pérdida total, real o implícita, del mismo como consecuencia de los siguientes peligros en mares, esteros, puertos, canales, ríos, lagos, varaderos, diques, dársenas y viaductos;

"La furia de los elementos;
"Explosión y rayo; y
"Varada, hundimiento, incendio y colisión del buque.

"b) La contribución que, de acuerdo con el Derecho Mexicano, las reglas de York-Amberes, si así se pacta, o las leyes o prácticas extranjeras que sean aplicables, corresponda al buque en la avería gruesa o general y en los cargos de salvamento o de auxilio no recuperables totalmente de la póliza de buques debido a la diferencia entre el valor convenido del buque en dicha póliza (o cualquier valor reducido resultante de la disminución de tal valor o cualquier valor menor que resulte por demérito del buque como consecuencia de daños sufridos por el mismo) y el valor asignado a la embarcación con objeto de contribuir a la avería gruesa o general, al salvamento o a los gastos de salvamento o auxilio, siendo la responsabilidad de la Compañía por este seguro aquel tanto por ciento de dicha cantidad no recuperable que exista entre la suma asegurada por esta póliza y dicha diferencia.

"c) Los gastos de demandas, juicios y gestiones, no recuperables totalmente de la póliza de buques debido a la diferencia entre el valor convenido del buque en dicha póliza (o cualquier valor menor que resulte por demérito del buque como consecuencia de daños sufridos por el mismo) y el valor asignado al buque con objeto de determinar la suma recuperable de la mencionada póliza de buques, siendo la responsabilidad de la Compañía por este seguro aquel tanto por ciento de dicha cantidad no recuperable que exista entre la suma asegurada y dicha diferencia."

Fletes

Los fletes efectivamente devengados en un contrato de alquiler de buques (charter party) se cubren en la póliza de fletes como sigue:

"a) La pérdida de los fletes efectivamente devengados cuando ocurra la pérdida total real o implícita del buque como consecuencia de los siguientes peligros en mares, esteros, puertos, canales, ríos, varaderos, diques, dársenas y viaductos;

"La furia de los elementos;
"Explosión y rayo;
"Varada, hundimiento, incendio y colisión del buque;

"Asimismo se cubrirá la pérdida de los fletes cuando se carezca de noticias del buque conforme a lo previsto por el Código de Comercio Mexicano para el abandono del mismo, conveniéndose en reducir en una 4a. parte de los plazos que establecen dicho ordenamiento si los fletes los devenga, un buque que navegue con fuerza de vapor o de motor; y

"b) La contribución que corresponda a los fletes, hasta por su valor asegurado, en la avería gruesa o general y en los cargos de salvamento o de auxilio."

Las excepciones son la póliza de construcción de buques, que cubre los riesgos del astillero y de la botadura y la de la responsabilidad del naviero que cubre una larga lista de ellas, tales como:

- lesiones, enfermedades y muerte accidental de personas que no sean tripulantes;
- gastos de repatriación de substituto de la tripulación;
- lesiones, enfermedades y muerte accidental de tripulante;
- daños o pérdidas de bienes propiedad de tripulantes o de otras personas;
- indemnización por desempleo debido a naufragio;
- gastos originados por desviación de ruta;

– gastos originados por polizones y refugiados;
– gastos de salvamento de vidas humanas;
– indemnizaciones por abordajes, no recuperables de la póliza de buques;
– responsabilidades por contaminación;
– responsabilidades por daños asumidos en contratos de remolque;
– responsabilidad por remoción de restos de un naufragio;
– gastos de cuarentena;
– responsabilidad del porteador por daños o pérdidas de la carga;
– daños a bienes a bordo del buque, que no formen parte del mismo;
– contribución del buque en avería gruesa, no recuperable por razón de algún incumplimiento del contrato de transporte;
– contribución del buque en avería gruesa, no recuperable de las pólizas de buques;
–multas por:

a – negligencias en el mantenimiento de condiciones adecuadas de trabajo o en el mantenimiento del buque;
b – negligencia en relación con la carga;
c – contrabando;
ch – contravenciones a las leyes migratorias;
d – contaminación de aceite u otras substancias;
e – actos del capitán o tripulación en el curso de la navegación; y

– gastos de demandas, juicios y viajes.

Derecho positivo

Los seguros marítimos en México, desde fines del siglo pasado, se han regulado por las disposiciones del Libro Tercero del Código de Comercio vigente. De aquí en adelante me referiré a la Ley Sobre el Contrato de Seguro y a la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, por sus siglas: LCS y LNCM.

Desde 1935 la LCS lo regula en parte, pues su art. 3 dice que el seguro marítimo se rige por las disposiciones relativas del Código de Comercio y por dicha ley, en lo que sea compatible con ellas.

Esta situación ya de por sí complicada, se hizo aún más complicada, en 1963, al promulgarse la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (LNCM).

El Dr. Raúl Cervantes Ahumada elaboró, con pasión, un proyecto que llamó dentro de la mejor y más castiza tradición marítima, las Ordenanzas de la Navegación o de la Marina Mercante.

La Comisión Redactora de la LNCM se inspiró en buena parte en las Ordenanzas de Don Raúl pero los legisladores introdujeron en la LNCM, muchos cambios.

El cap. IV del Título III de la LNCM regula el seguro marítimo. Como estimo que sólo están derogados aquellos artículos del Código de Comercio

que se opongan a la LNCM, quiero remarcar que muchos artículos del Libro Tercero del Código de Comercio y muchos otros artículos de la LCS, también lo regulan.

Don Raúl, en su proyecto de Ordenanzas propuso que se derogara totalmente el Libro Tercero del Código de Comercio.

Octavio Rivera Faber, en sus "Observaciones a la Ley de Navegación y Comercio Marítimo"[9] dice al respecto:

"Lamentablemente sólo fueron derogados por el Art. 2o. transitorio de la LNMC los artículos del Libro Tercero del Código de Comercio en lo que se oponga a este ordenamiento, es decir, a la LNCM, con lo que indudablemente se complica una situación ya de por sí caótica."

Observaciones de posibles modificaciones

El capítulo IV de la LNCM consta de 29 artículos y comento a continuación algunos de ellos que, estimo, podrían modificarse:

Art. 222

En materia de perfeccionamiento del contrato, la LNCM, en este artículo, adopta el sistema de la LCS, el cual podríamos llamar sistema de la información de proponente o solicitante. La LCS (art. 21 fracc. 1) lo llama pronente y la LNCM solicitante.[10]

Esta situación hace difícil precisar, en qué momento se perfecciona el contrato, lo que dificulta otros aspectos operativos, sobre todo los relativos al art. 40 de la LCS. (El caso de no haber sido pagada la prima dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de su vencimiento).

En efecto, el solicitante no sólo debe recibir una comunicación del asegurador, sino que debe tener conocimiento de ella.

Los usos del mercado son diferentes. Los aseguradores mexicanos se sienten obligados cuando han aceptado correr el riesgo. Es decir, siguen la teoría de la declaración.

9 Rivera Faber, Octavio, *Observaciones a la Ley de Navegación y Comercio Marítimos. Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, México, Tomo XV, enero-marzo de 1965, núm. 57, p. 202.

10 Art. 222 LNSM.– El seguro marítimo podrá contratarse por cuenta propia o de un tercero y se perfeccionará en el momento en que el solicitante tenga conocimiento de su aceptación por el asegurador. Su vigencia no podrá supeditarse al pago de la prima, a la entrega de la póliza o de cualquier otro documento equivalente.

La póliza podrá expedirse a nombre del solicitante, de un tercero o al portador. A falta de póliza, el contrato se probará por cualquier otro medio de prueba legal.

Art. 21 frac. I LCS.– Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviera conocimiento de la aceptación de la oferta. En los seguros mutuos será necesario, además, cumplir con los requisitos que la ley o los estatutos de la empresa establezcan para la admisión de nuevos socios.

El Lic. Roberto Mantilla Molina presentó una ponencia a la IX Convención Nacional de Seguros que se celebró en Chihuahua, Chih., en octubre de 1959 en la que propuso, entre otras cosas, la modificación del art. 21 de la LCS para precisar que el contrato de seguros se perfecciona en el momento en que el asegurador acepte una propuesta de seguros, dentro del término que fija el art. 5o. de dicha ley.[10 bis]

Don Raúl Cervantes Ahumada también adoptó este sistema de la declaración en su proyecto de Ordenanzas.

Me hago cargo que ambos sistemas presentan dificultades para probar la formación del contrato, pero quizá sea más fácil encontrar pruebas en la casa del asegurador que en la casa del proponente, el cual, sobre todo en los seguros de carga, muchas veces es sólo un factor o un vendedor que contrata seguros, por cuenta de otros, por cuenta de quién corresponda o al portador. Rivera Farber también se inclina por el sistema de la declaración.[11]

Art. 226

Este artículo debe leerse en conjunto con el art. 823 del Código de Comercio, el cual, además, establece las reglas del seguro valuado. En esta clase de seguro ambas partes convienen en valuar las mercancías aseguradas y se está a este valor para determinar el monto de las primas y para la evaluación del daño y su resarcimiento. Este artículo podría modificarse para acumular las reglas en un solo artículo.

Art. 231

Este artículo recoge un uso muy antiguo (el que el titular del interés asegurable, al momento del siniestro, debe realizar todos los actos que tiendan a evitar o disminuir el daño).

Hasta donde recuerdo, el proyecto de Don Raúl recogía el principio de su correlativo en la LCS (art. 113).

Sin embargo, se introdujo una variante. El art. 113 de la LCS establece que al ocurrir el siniestro, el asegurado *tendrá la obligación* de ejecutar todos los actos que tiendan a evitar o disminuir el daño.

El art. 231 de la LNCM establece que el gestor del seguro o el beneficiario de la póliza *podrán* realizar todos esos actos.

El art. 866 del Código de Comercio (en este caso derogado por el art. 231 de la LNCM) también imponía al asegurado la obligación de hacer por sí esas diligencias, pero sólo en los casos de naufragio y apresamiento.

Yo me inclino por retocar el art. 231 para aceptar las tesis de la obligatoriedad de la LCS.[12]

[10 bis] Ver Anexo A con el texto de la ponencia.

[11] Rivera Faber, *op. cit.*, 200 y 201.

[12] Art. 231 LNCM.—Si ocurriere el siniestro, el gestor del seguro o el beneficiario de la

Abandono y dejación

La materia del abandono está un tanto deshilvanada en la LNCM.

El art. 246 LNCM habla del abandono de las mercancías en caso de que se presuma perdido el buque o quede imposibilitado para navegar. Hay que leer entre líneas para discernir que éste es un abandono de las mercancías a los aseguradores. Sería preferible decirlo. Para que quepan en este artículo todos los supuestos del art. 864 del Código de Comercio, habría que agregar, además, el caso del naufragio del buque.[13]

Por otro lado, los artículos 135 a 144 de la LNCM tratan del abandono del buque en favor de los acreedores. Nada trata del abandono del buque a los aseguradores. Prefiero decir, en este caso, la dejación del buque a los aseguradores.

En las Ordenanzas de Burgos (1537 y en las de Sevilla (1555) se llaman dexación, el abandono a los aseguradores. La confusión empezó en las Ordenanzas de Bilbao, la que llama abandono a ambas instituciones.

La dejación es una institución tradicional y típica del derecho marítimo

póliza, podrán realizar todos los actos que tiendan a evitar o a disminuir el riesgo, salvo pacto en contrario. Si no hubiere peligro en la demora, los interesados pedirán instrucciones al asegurador y se tendrán a ellas.

Art. 113 LCS.—Al ocurrir el siniestro, el asegurado tendrá la obligación de ejecutar todos los actos que tiendan a evitar o disminuir el daño. Si no hay peligro en la demora, pedirá instrucciones a la empresa aseguradora, debiendo atenerse a las que ella le indique.

Los gastos hechos por el asegurado que no sean manifiestamente improcedentes, se cubrirán por la empresa aseguradora, y si ésta da instrucciones, anticipará dichos gastos.

Art. 866 CCM.—En los casos de naufragio y apresamiento, el asegurado tendrá la obligación de hacer por sí las diligencias que aconsejen las circunstancias para salvar o recobrar los efectos perdidos, sin perjuicio del abandono que le compete hacer a su tiempo, y el asegurador habrá de reintegrarle de los gastos legítimos que para el salvamento hiciese hasta la concurrencia del valor de los efectos salvados, sobre los cuales se harán efectivos en defecto de pago.

[13] Art. 864 CCM.— Podrá el asegurado abandonar por cuenta del asegurador las cosas aseguradas, exigiendo del asegurador el importe de la cantidad estipulada en la póliza:

I.—En el caso de naufragio;
II.—En el de inhabilitación del buque para navegar, por varada, rotura o cualquier otro accidente de mar;
III.—En el apresamiento, embargo o detención por orden del Gobierno nacional o extranjero;
IV.—En el de pérdida total de cosas aseguradas, entendiéndose por tal la que disminuya en tres cuartas partes el valor asegurado.

Los demás daños se reputarán averías y se soportarán por quien corresponda, según las condiciones del seguro y las disposiciones de este Código.

No procederá el abandono en ninguno de los dos primeros casos si el buque náufrago, varado o inhabilitado, pudiera desencallarse, ponerse a flote y repararse para continuar el viaje al puerto de su destino, a no ser que el costo de la reparación excediese de las tres cuartas partes del valor en que se estuviere el buque asegurado.

y no tiene ninguna relación ni con la responsabilidad del propietario ni con su limitación, que es fortuna de mar.

La dejación, para bien llamarla, es el medio que tiene el asegurado para exigir del asegurador el monto total de la indemnización y constituye una modalidad excepcional de obtener el resarcimiento de las grandes pérdidas.

La dejación (*delaissement,* en derecho francés) transfiere al segurador el dominio de las mercancías o del buque, como en cualquier caso de pérdida total, real o implícita.

Aquí cabe explicar ese término: *pérdida total implícita,* como la llaman las pólizas mexicanas. En España se llama pérdida total presunta. Dice el Art. 848 del CCM que si las reparaciones exceden de las tres cuartas partes del valor del buque, se entenderá que está inhabilitado para navegar, y procederá el abandono a los aseguradores.

El art. 864 del mismo código dice que el asegurado podrá abandonar por cuenta del asegurador, las cosas aseguradas, entre otras cosas, por pérdida total de las mismas, entendiéndose por tal la que disminuye en tres cuartas partes el valor asegurado.

Ahora bien, no debe confundirse la dejación (abandono a los aseguradores) con el abandono a los acreedores.

El abandono del buque en favor de los acreedores no translada su dominio. Dice la LNCM (art. 138) que dicho abandono, dentro del ámbito de la fortuna de mar, constituye la entrega, sujeta a liquidación, de una garantía limitada.

En consecuencia, valdría la pena retocar esta parte de la LNCM para precisar, por un lado, las reglas del abandono a los acreedores y por otro, las relativas a la dejación a los aseguradores, en caso de pérdida total implícita del buque o de las mercancías.

Prescripción del contrato de seguro

La LNCM trata varios casos de prescripción de acción o negativa, por ejemplo:

Art. 79 toda acción derivada del auxilio o del salvamento
art. 103 contrato de construcción, por defectos o vicios ocultos
art. 126 acción hipotecaria del buque
art. 156 arrendamiento del buque
art. 159 fletamento
art. 188 transporte de cosas en general

Sólo los contratos de transporte de personas y de seguro marítimo no tienen disposición expresa al respecto. La prescripción de estos contratos se regula, entonces, por el art. 1083 del Código de Comercio, fracciones III y V, respectivamente. Por buena técnica, sería preferible que al final de cada capítulo apareciera un artículo con las reglas de la prescripción de dichos contratos.

Coaseguro

	228				100	
	229		857		101	
Arts.	230	LNCM	858		102	LCS
				CCM	103	
					104	

El art. 228 de la LNCM adopta el sistema de coaseguro de la LCS. La práctica internacional en buena parte, sigue aún el sistema de los arts. 857 y 858 derogados del Código de Comercio, los cuales establecen que sólo subsistirá el primer seguro hecho en tiempo y los aseguradores de fecha posterior quedarán libres de responsabilidad.

En caso de coaseguro, en embarques internacionales, se presentan casos de conflictos de derecho. En algunas ocasiones, los coaseguradores extranjeros que pueden invocar la práctica antigua (sólo es válido el primer seguro) han aceptado la teoría del coaseguro, atentos a la solidaridad que existe (o debe existir) entre todos los aseguradores del mundo.

Art. 243

Este artículo, recoge un uso marítimo muy antiguo y repite la idea que contiene el art. 846 del CCM.

En tierra, en el seguro de daños, la obligación del asegurador es indemnizar (art. 1o. LCS) y, a su opción, podrá liberarse de la indemnización reparando los daños o reponiendo las cosas dañadas, a satisfacción del asegurado (art. 116 LCS).

El art. 243 (y el art. 846 del CCM) establecen que la opción de reparar o reponer la pueden ejercer también el naviero o el capitán autorizado, precisando que esta opción sólo opera en el seguro de buques.

De los riesgos

El título IV del Libro Tercero de la LNCM (arts. 256-271) se denomina: *De los riesgos,* pero sólo trata de la avería gruesa. Los artículos relativos a la avería recogen los usos de las reglas York-Amberes 1950. Estas se modificaron en 1974, por lo que este título debería retocarse para ponerlo al día. Este tema es materia de la tesis que sustentó Carlos González Navarijo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Auntónoma de México, para obtener el título de abogado el año de 1980.

Los buques y las mercancías están expuestas a los siguientes riesgos:

a) avería gruesa
b) avería particular
c) pérdidas totales (reales o implícitas).

En consecuencia, este título para ser completo, debería regular la avería particular y las pérdidas totales (reales o implícitas).

La fortuna de mar

Otra vieja institución del mar es la fortuna del mar.

Cada buque, con sus pertenencias y accesorios, constituye la fortuna de mar (art. 132 LCNM).

El art. 135 LNCM dice que se podrá hacer concreta y actual la limitación de su responsabilidad en el ámbito de la fortuna de mar, haciendo abandono del buque a los acreedores.

Ahora bien, no siempre es necesario recurrir a estos extremos, sobre todo en casos de la limitación de responsabilidad del naviero, por daños o pérdidas de la carga.

Esta limitación de la responsabilidad del naviero no tiene una práctica uniforme. Existen los siguientes sistemas:

1) El que ignora en principio la limitación de responsabilidad (Portugal).

2) Los que siguen, como el nuestro, el del abandono como el medio más usual (Perú 600, Chile 971 fracc. I, Brasil, 949, España 587, Senegal 280 C. de 1962 y Francia, por supuesto).

3) El de aquellos países que siguen el de la Convención de Bruselas 1924 que fija una cantidad o el inglés, que limita la responsabilidad a un tanto por tonelada de registro.

4) El de la opción (Polonia, Líbano y Grecia) donde el naviero puede escoger entre el abandono en especie a los aseguradores o el abandono en valor. En este caso se reservan 3/10 del valor del buque al empezar el viaje, para el pago de los daños.

5) El del abandono en valor, como en Italia (arts. 275-277 del Código Italiano de la Navegación).

6) El americano. La Ley Americana de Limitación de Responsabilidad de 1850 fija la fortuna de mar en el valor del buque *después* del siniestro. En un naufragio la fortuna de mar puede llegar a no ser nada.

Los usos y costumbres internacionales fijan el monto de la fortuna de mar en el valor del buque al iniciarse el riesgo, no después del siniesrto, como lo hace la ley americana.

El art. 244 de la LNCM, siguiendo estos usos dice que se considerará valor del buque al que tenga al iniciarse el riesgo. Esta regla sólo aparece en la LNCM en el capítulo IV, dedicado al seguro marítimo.

Por congruencia, deberá retocarse la sección de abandono (y dejación) así como la que trata de la fortuna de mar para precisar que para esos propósitos, el valor del buque será el que tenga al iniciarse el riesgo.

Quiero dejar constancia, una vez más, de la pasión de Don Raúl Cervantes Ahumada. Sin ella y sin su tesón, no tendríamos, hoy en día, una Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Los habitantes del altiplano vivimos de espaldas al mar, por lo que, para terminar, exhorto a estudiantes y profesores de esta hermosa Escuela Libre de Derecho a interesarse en el derecho del mar.

ANEXO

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO

ROBERTO L. MANTILLA MOLINA

Ponencia presentada a la IX Convención Nacional de Seguros por el Lic. Roberto L. Mantilla Molina de "La Latinoamérica", Seguros de Vida, S. A.

I

Conforme al artículo 21 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, éste no se perfecciona sino en el momento en que el proponente u oferente tiene conocimiento de la aceptación del asegurador.

Este sistema tiene el inconveniente de que en muchos casos produce, de hecho, una retroacción del contrato, pues el asegurador, al aceptar la oferta, procederá a extender la póliza, en la cual, para dar cumplimiento a la fracción IV del artículo 20 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, hará constar "el momento a partir del cual se garantiza el riesgo", de que ordinario será una determinada hora del día en que se extiende la póliza: sin embargo, como queda apuntado, el contrato no se reputará perfecto sino en el momento ulterior, en que por que reciba la póliza o por cualquier otro medio, el proponente tenga conocimiento de que la oferta de seguro fue aceptada.

Esta retroacción del contrato, en verdad no ha sido querida por ninguna le las partes, y resulta perjudicial para el asegurado, en cuanto paga la prima correspondiente a un período, más o menos breve, durante el cual no ha gozado de la protección del seguro por no reputarse jurídicamente perfeccionado el contrato, es decir, desde el momento que se señala en la póliza hasta aquel en que tiene conocimiento de ello.

Estas circunstancias muestran que la retroacción del seguro, debida al sistema adoptado por la ley para determinar el momento del perfeccionamiento del contrato, es totalmente diversa de la que resultaba de la práctica de los aseguradores, al antedatar las pólizas para satisfacer determinada necesidad del asegurado, práctica que fue prohibida con supuesta base en el artículo 45 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, por la circular 305-5-45, de la Secretaría de Hacienda, publicada en el Diario Oficial de 20 de mayo de 1952. En el supuesto de esta circular, la retroacción del contrato de seguro era querida por ambas partes, y mediante ellas se resolvía algún problema peculiar del asegurado, y, por lo mismo, resultaba benéfica para éste.

Atento el sistema de la ley, para evitar la retroacción del seguro podría sugerirse que en lugar de establecer la fecha de iniciación del seguro, de una manera precisa, en la póliza, se estipulara que el seguro entrara en vigor a determinada hora del día en que el asegurado se manifiesta sabedor de la aceptación de la institución aseguradora, hecho que podría comprobarse normalmente con el recibo de la póliza, firmado por el asegurado, que con frecuencia requieren las empresas.

Los inconvenientes de esta solución saltan a la vista. De la póliza misma no resultaría el período que cubre el seguro, lo cual haría dudoso que se hubiera dado debido cumplimiendo a la fracción IV del artículo 20 de la LCS. También quedaría impreciso cuáles son las fechas de vencimiento de las primas. La institución aseguradora tendría graves problemas administrativos para hacer constar en sus registros los datos relativos a la póliza, y para poner en marcha los métodos que le permitirán expedir puntualmente los ulteriores recibos de la prima o fracciones de prima.

Todo ello, sin contar los peligros de maniobras y aun de fraudes a que se prestaría el sistema, en caso de convivencia entre el agente y el asegurado tomador del seguro.

Para el asegurado, el sistema es también perjudicial, en cuanto retarde de modo innecesario e imprevisto el momento en que se inicia el disfrute de la protección del seguro.

Desde un punto de vista más general, la adopción de la práctica que se indica, llevaría a violar la relativa disposición de la fracción II del artículo 21 de la LCS, que prohíbe supeditar la vigencia de seguro, a la entrega de la póliza o al pago de la prima, pues al no quedar determinado desde la expedición de la póliza el momento de la entrada en vigor, surgiría la posibilidad de que se hiciera constar como tal, el día en que se entrega la póliza y se efectuara el cobro de la prima.

Contra esta última posibilidad, el asegurado no tendría otra defensa que la de provocar el perfeccionamiento del contrato mediante su declaración de que, a pesar de no haber recibido la póliza y de no haber pagado la prima, tiene conocimiento de la aceptación del asegurador; defensa que más fácilmente utilizarían los contratantes de mala fe, que no son dignos de protección, que aquellos que obran de modo correcto, los cuales, al no estar en posibilidad de pagar la prima, simplemente pospondrían su pago, sin preconstituir una prueba del perfeccionamiento del contrato.

De lo expuesto se concluye que mientras subsistan en vigor los textos de la LCS, habría de seguir considerándose, como momento en que comienza el período del seguro, uno relacionado con la fecha de la expedición de la póliza, y, casi siempre, el mismo día de ésta, no obstante que el contrato quedará perfeccionado sólo en el momento posterior en que el asegurado tenga conocimiento de la aceptación, y por ello los efectos se retrotraigan a la fecha señalada en la póliza.

Tal inconveniente quedaría perfectamente allanado mediante una forma legal, que resultaría altamente beneficiosa para los aseguradores, sin grave inconveniente para las instituciones aseguradoras.

La reforma consistiría en aplicar el perfeccionamiento del contrato de seguro la regla general que, para los contratos mercantiles establece el artículo 80 del Código de Comercio, es decir que queda desde el momento "en que se contesta aceptando la propuesta".

Obviamente, por contestación a la propuesta no ha de entenderse la firma y, mucho menos, la expedición de la póliza, que, como es sabido, conforme a nuestra LCS tiene una función meramente probatoria. Ni siquiera es legalmente necesario que haya un documento, una carta o telegrama mediante la cual se comunique al segurado la aceptación, sino que la aceptación surge con el acto del funcionario debidamente autorizado para ello, mediante el cual resuelve la institución aseguradora celebrar el contrato que se le propone.

La reforma legal que se sugiere, en nada menguaría la consensualidad del seguro, cuyo robustecimiento fue la meta perseguida por las modificaciones introducidas en la LCS en el año de 1946.

Estando aceptado el seguro, se procederá a extender la póliza, la suscripción de la cual no es sino un acto de cumplimiento del propio contrato. En ella se hará constar el momento desde el cual comienza la protección del seguro en los términos de la oferta aceptada, momento que, como ya se apuntó, normalmente será uno del día de la fecha de la póliza misma. Es evidente que si desde este momento se empieza a calcular la prima, no habrá retroacción, porque paralelamente, desde ese momento ya está gozando el asegurado de la protección del contrato.

II

El sistema de la ley para probar que el proponente del contrato tiene conocimiento de la aceptación del asegurador es sumamente confuso.

El artículo 19 señala la documental y la confesional como las únicas pruebas admisibles para probar la existencia del contrato de seguro, "así como la del hecho del conocimiento de la aceptación, a que se refiere la primera parte de la fracción I del artículo 21", es decir, el conocimiento que el proponente tenga de la aceptación de su oferta.

Más de una crítica puede enderezarse a la redacción de este precepto. Sólo pretende señalarse que funcionaría con suficiente eficacia si el asegurador pretende cobrar la prima, pues entonces con el recibo de la póliza firmado por el tomador del seguro, o con la confesión de éste de que recibió noticias de la aceptación de su oferta, puede probarse todos los extremos necesarios.

Pero si es el asegurado o el beneficiario del seguro quien pretende ejercer una acción tropezará con una gran dificultad: ¿Qué prueba rendirá de que conoció en determinado momento la aceptación de su oferta por parte del asegurador?

El hecho no es propio del asegurador mismo, y, por ende, no es susceptible de que sobre él proponga confesión su contraparte. (Sin embargo, así parece sugerirse en una ponencia presentada en la Convención de 1957 por los señores licenciados Cavazos y Elizondo). Sólo podría ser memoria de confesión del asegurador que supo *que el proponente llegó hacer conocimiento de su aceptación*. Situación más complejo que la prevista por el legislador, y que muy rara vez se dará en realidad, como muy raro habrá de ser el caso en que haya prueba documental del *hecho del conocimiento por parte del proponente* de la aceptación de su oferta.

Quizá podría argüirse que el ejercicio de la acción por el asegurado le impone la carga de probar la aceptación del asegurador, pero que supone necesariamente el conocimiento de ésta, y que, por lo mismo, sólo habrá de probar tal aceptación. Pero para que prospere la acción del asegurado no le bastará conocer la aceptación en el momento en que entable su demanda, sino que habrá de probar que la conoció en un momento anterior, que será por ello el del perfeccionamiento del contrato, y para ello tropezará con la limitación de medios probatorios que parece imponerle al artículo 21.

Es obvio que si quien ejercita la acción es el beneficiario de un seguro de vida, la dificultad será mucho más grave.

Para no llegar a la conclusión, que sería contraria al sistema de la Ley sobre el Contrato de Seguro, de que el asegurado o el beneficiario no puedan probar en qué momento se perfeccionó el contrato, habrá que sostener que si el asegurado conoció su aceptación; pero que si es el asegurado, o el beneficiario, quien la ejercita, le bastará probar la aceptación misma, y cuál fue el momento a partir del cual comenzó a regir el seguro, en los términos de la aceptación misma, independientemente de su conocimiento, sin perjuicio de que el

asegurador demuestre, con la confesión de su contraparte, que dicho conocimiento y, por tanto, el perfeccionamiento del contrato, debe situarse en un momento diverso. Solución que será prácticamente equivalente a la que se propone, de considerar perfeccionado el seguro por la aceptación por el asegurador de la oferta del asegurado.

Aceptando que el contrato de seguro se perfecciona conforme a la regla general de los contratos mercantiles, desde el momento en que se contesta aceptando la oferta, desaparecen todas las dificultades señaladas, pues será completamente irrelevante el momento en que el asegurado tenga conocimiento de dicha aceptación.

III

La división en fracciones de un precepto legal se emplea comúnmente para enumerar separadamente los diversos casos en que se aplica la norma contenida en el encabezado, o los diversos requisitos que ha de satisfacer un acto jurídico o un documento que en dicho encabezado se menciona. De esto empleo encontramos reiterados ejemplos en la Ley sobre el Contrato del Seguro, v. gr. los artículos 20, 50, 53, 58.

Por lo contrario, no es usual ni se justifica que el encabezado de un artículo se limite a enunciar el sujeto gramatical de diversas normas que se enuncia en otras tantas fracciones, que es como puede analizarse la estructura del artículo 21 de la LCS.

Para no alterar la numeración de los preceptos de la Ley conviene conservar el contenido de dicho artículo 21, pero al reformarlo se sugiere dividirlo en párrafos que expresen normas completas, haciendo desaparecer la división en fracciones que no tienen en común sino el sujeto gramatical que las rige.

IV

Los textos actuales que regulan el perfeccionamiento del contrato de seguro no toman en cuenta la subsistencia de la propuesta de seguro ni la de la aceptación del asegurador; conforme al sistema que se propone sólo tendrá importancia la primera, cuya duración fija el artículo 5o. de la propia LCS.

Conforme a las reglas jurídicas generalmente aceptadas, para que la aceptación de un contrato sea operante, es preciso que subsista la oferta de contratar. Conviene, sin embargo, establecerlo así de modo preciso. El texto que se propone para el artículo 21 incluirá por ello, una referencia a esta circunstancia.

V

Ordinariamente, el contrato de seguro se probará con la póliza expedida por el asegurador. Sólo de modo excepcional sería necesario recurrir a otros medios de prueba.

Si es el asegurador quien pretende probar el contrato, podrá recurrir, básicamente, a la oferta o solicitud de celebrar el contrato, que obliga al proponente en los términos del artículo 5o. de la Ley. Con sus propios registros complementados eventualmente con otros medios de prueba, acreditará haber aceptado dicha oferta.

Si es el asegurado el que, sin tener en su poder la póliza, encuentra conveniencia en acreditar la aceptación del asegurador, habrá de recurrir, como resulta actualmente, aunque de una manera un tanto confusa, de los textos legales, a la confesión del asegurador, a los propios registros que éste lleve, o a documentos que de él provengan, como una carta, un telegrama, etc.

Pero parece que es preferible que estos medios extraordinarios o anómalos de prueba se regulen después de que se habló del documento que normalmente se utilizará al efecto, o sea la póliza, y después también de que se estableció con claridad cuál es el momento en que se perfecciona el contrato. Por ello la norma relativa se propone que sea llevada al primer párrafo del artículo 21, en lugar de colocarse, como lo está ahora, en el artículo 19.

VI

El contenido de las actuales fracciones II y II del artículo se conservan en sustancia, pero se propone introducir algunos cambios de redacción, derivados, por una parte, de que no quedan como fracciones de artículo en cuyo encabezado ya se enuncia el sujeto gramatical de la norma, y por otra, de que siendo regla general, la de que los contratos pueden celebrarse sujetos a un plazo, no parece necesario decirlo expresamente, misma que se fijan límites a la estipulación de dicho plazo, con lo cual al mismo tiempo, está confirmándose, en principio, la regla general aludida.

Todo lo anterior fundamenta la siguiente propuesta:

Gestiónese la modificación de los artículos 19 y 21 la Ley sobre el Contrato de Seguro para que queden en los siguientes términos:

Art. 19. Para fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se hará constar por escrito.

Art.21. El contrato de seguro se perfecciona en el momento en que el asegurador acepta una propuesta de seguro, dentro del término que el artículo 5o. de esta Ley.
En los seguros mutuos...

Sólo podrá probarse la aceptación del asegurador por su confesión, por documentos que prevengan de él o por sus propios registros.

El plazo que se fije para que entre en vigor un seguro de vida no podrá exceder...

Ningún seguro podrá sujetarse a la condición suspensiva...

Chihuahua, Chih., octubre de 1959

EL ESTADO DE DERECHO

CARLOS SÁNCHEZ-MEJORADA Y VELASCO

In memoriam: Gustavo R. Velasco, 1903-1982

In Honorem: Escuela Libre de Derecho, 1912-1982

Dos acontecimientos de 1982 me impelen a dar forma en este breve estudio a ideas e inquietudes que nacieron en mí hace ya más de veinte años, al amparo de la formación profesional e ideológica que me impartieron, además de mi padre, la institución y la persona en torno de quienes ocurren los acontecimientos dichos.

El primero de estos sucesos es el fallecimiento, el 18 de enero de 1982, de uno de los más preclaros y prestigiados abogados y economistas del México contemporáneo, don Gustavo R. Velasco. Mente excepcional e inteligencia poco común, tuvo don Gustavo, después de México, dos amores —o mejor dicho, dos pasiones—: la libertad y la Escuela Libre de Derecho.

Patriota en verdad y jamás patriotero demagógico, conocedor a profundidad, como pocos, de la historia de México, tanto en lo general, cuanto en lo particular del Derecho Patrio, preocupaba profundamente al Maestro Velasco el abandono de los principios liberales que tanta sangre costaron a nuestra patria durante el siglo XIX, que dividieron al país y enfrentaron a padres con hijos, a hermanos entre sí, y cuyos resabios en ciertos órdenes de la vida y cultura nacionales aún hoy, a 115 años del Cerro de las Campanas, resentimos y vivimos.

Esta preocupación por México y su libertad, que es la libertad de todos los que en México nacimos y vivimos, llevó a don Gustavo a apoyar y trabajar con todo ahínco por ese templo de la libertad y del imperio de la ley que es la Escuela Libre de Derecho, de la cual fue profesor de Derecho Administrativo durante cincuenta años y Rector titular durante once.

El segundo acontecimiento referido está ligado, en mí, emocionalmente al anterior, ya que el 12 de julio de 1982, celebramos el septuagésimo aniversario de la fundación de la mencionada Escuela Libre de Derecho.

Por ello —en homenaje y como renovación de los altos ideales que llevaron a la fundación de mi querida alma mater— y como un modesto esfuerzo de continuación de la labor de difusión y defensa de los ideales y fundamentos de la libertad realizada por mi maestro y segundo padre— me atrevo a poner

por escrito estas consideraciones en torno de un ideal sin el cual no es dable un régimen de libertad: el Estado de Derecho.

El "Estado de Derecho" es un ideal de origen muy antiguo, que en un tiempo, para el mundo se encarnaba en el ejemplo de la Gran Bretaña. Es un ideal que esta gran nación enseñó al mundo, cuya búsqueda la llevó a la grandeza. Y a pesar de que a veces aparece que este ideal hace timpo que fue abandonado por la nación que le dio origen, no por ello es un ideal obsoleto o anticuado, ya que la historia nos demuestra que la grandeza de las naciones, el haber llegado a ser grandes centros de civilización creativa se debe, única y exclusivamente, a la implantación y desarrollo de una política de libertad individual, la cual no es posible sin la plena vigencia de un Estado de Derecho.

El conjunto de principios que forman los requisitos fundamentales para una vida social en orden y con libertad deriva de la experiencia del mundo anglo-sajón. Es por ello que este conjunto de principios se conoce como "Rule of Law", expresión que no tiene una traducción exacta al español. La mejor expresión, a mi manera de ver, que capta la idea del "Rule of Law", es la que uso en el título de este trabajo: "El Estado de Derecho". Otra expresión que también refleja esta idea es el concepto del "Imperio de la Ley", aunque a mi parecer no con la misma precisión que el escogido para el título de este ensayo. Finalmente, también se usa la expresión "Principio de Legalidad", a mi juicio equivocadamente, ya que el concepto de fondo va más allá de una mera legalidad, de una mera atribución formal de facultades, de autoridad, sin examinar si el agente del gobierno, o sea el gobierno mismo, puede o no actuar en tal o cual materia.

En el mundo moderno, la libertad humana general, por contra de las libertades que son privilegios de los pocos, apenas si existía antes de la Inglaterra del siglo XVII. No hay duda de que fue el desarrollo de ese país el que se convirtió durante el siguiente siglo en el modelo admirado por el resto de Europa y el que proporcionó los fundamentos para ulteriores desarrollos en el Nuevo Mundo.

Obviamente, es posible buscar los inicios de la libertad inglesa más allá del siglo XVII. Durante la Edad Media en toda Europa se disfrutaron y conocieron libertades individuales, tanto en la teoría, como en la práctica, en mayor medida de lo que comúnmente se cree. Muestra de ello en nuestra historia jurídica hispano-mexicana son los fueros de Toro y los fueros de Aragón. Pero estas libertades desaparecieron en gran medida ante los embates de las monarquías absolutas y ante el poder organizado de los nuevos estados nacionales.

La idea, la concepción de un gobierno limitado, que surgió de las luchas de la Inglaterra del diecisiete fue pues un concepto verdaderamente novedoso.

Ahora bien, la inspiración de los ingleses de esta época, si bien estaba basada en documentos anteriores de la historia de su patria —notablemente la Carta Magna de 1215—, tuvo como fuente más importante la cultura de las antiguas Grecia y Roma, resultado a su vez de los impulsos renacentistas.

En particular, fue un concepto, una idea griega, expresada en la palabra isonomía, la que sirvió de punto de arranque a las luchas libertarias. Esta palabra aparece en Inglaterra por vez primera hacia fines del dieciséis y se le considera una palabra italiana que quería decir "igualdad de las leyes a toda clase de personas". Y ya en 1600 se usa en una traducción de Tito Livio[1] para definir su descripción de un estado de leyes iguales para todos y de responsabilidad de los magistrados.

No haré un examen del concepto en los escritos de los antiguos griegos y romanos, pues alargaría innecesariamente este ensayo; pero baste decir que con este sentido general lo usaron Solón, Herodoto, Tucídides, Platón, Aristóteles y Demóstenes, entre los griegos; y Tito Livio, Tácito y Cicerón, entre los romanos.

Quizá mayor que la de los griegos, haya sido la influencia romana, en especial la de Cicerón, influencia que llega a nuestros días. Es de este gran romano la máxima que aparece inscrita en piedra en el edificio que alberga nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Supremae Lege Servis Sumus ut Liberi Esse Possimus" — "Somos siervos de la ley suprema para poder ser libres".[2]

Es más, durante esta época clásica del derecho romano no había la menor duda de que no existe conflicto entre el derecho y la libertad, y de que depende de ciertas características generales que la ley impone a la discrecionalidad de la autoridad el que la libertad misma exista.

Hoy en día no siempre se percibe que la gran lucha en Inglaterra entre Rey y Parlamento, en la cual estos viejos principios resultaron otra vez victoriosos, se desarrolló sobre problemas de política económica semejantes a los que hoy en día están al frente de la discusión política.

Fue a raíz de que con motivo del famoso caso de los monopolios, un tribunal declaró que el otorgamiento de un derecho exclusivo para producir un artículo era "contra el derecho común y la libertad de los súbditos",[3] que el principio de leyes iguales para todos los ciudadanos se convirtió en la exigencia por medio de la cual el Parlamento se opuso a las pretensiones de la Corona. Los ingleses de entonces parecen haber entendido mejor de lo que nosotros lo entendemos hoy en día que el control de la producción, el dar permiso a Pedro de que haga algo que Pablo no pueda hacer, siempre implica la creación de un privilegio.

Sin embargo, fue la llamada "Petition of Grievances" —o "Manifiesto de

1 Tito Livio, *Historia Romana*, traducción al inglés de Philemon Holland, Londres, 1600. Citado por Hayek, Friedrich, en *The Political Ideal of the Rule of Law*, El Cairo, 1955, p. 6.

2 Cicerón, *Pro Cluentio*, C, LIII. Cabe advertir que es en la forma transcrita como la cita se encuentra grabada en piedra en el recinto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El texto original reza en forma ligeramente distinta: "Legum... Omnes Servi Sumus ut Liberi Esse Possimus". Cf., Becerra Bautista, José, *El Fuero Constitucional*, Editorial Jus, México, 1945, p. 9.

3 Darcy vs. Allen, 1603.

Quejas"— de 1610, la que primero enunció con claridad el ideal del Estado de Derecho, y de la cual me permitiré citar por su gran trascendencia:

> "Entre los muchos otros puntos de felicidad y libertad que los súbditos de este reino de Vuestra Majestad han disfrutado ... no hay otro que hayan tenido por más querido y precioso que éste, que ser guiados y gobernados por reglas ciertas de derecho, que dan a la cabeza y a los miembros aquello que por derecho les corresponde, y no por ninguna incierta y arbitraria forma de gobierno, el cual, así como ha procedido de la buena constitución original y temperamento de este estado, así ha sido el principal medio de salvaguardarlo... De esta raíz ha crecido el indudable derecho del pueblo de este reino, de no estar sujetos a ningún castigo que se aplique a sus vidas, tierras cuerpos o bienes, que no esté ordenado por las leyes comunes de esta tierra o las leyes hechas por su común acuerdo en Parlamento".[4]

Muchos otros escritores y pensadores trataron el tema contribuyendo a su desarrollo, como Sir Edward Coke, John Locke, David Hume, Edmund Burke, Adam Smith, John Austin y otros menos conocidos. Pero citarlos a todos sería interminable, así que sólo haré referencia a una mención de John Locke, de su "Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil", que dice así:

> "La libertad de los hombres ante el gobierno es el contar con una regla permanente conforme a la cual vivir, común a todos los de esa sociedad, y formulada por el poder legislativo erigido en ella: y no el estar sujetos a la inconstante, desconocida y arbitraria voluntad de otros hombres".[5]

Así pues, por lo que toca a Inglaterra, el desarrollo del ideal que nos ocupa estaba completo al cierre del siglo XVIII. Ya no se la discute, sino hasta fines del XIX. Y aunque en ciertos aspectos los resultados de este desarrollo quedaron incompletos, lo logrado se convirtió en una tradición política firmemente aceptada que no fue puesta en duda seriamente sino hasta nuestros días.

Por su parte, tanto los países del continente europeo, cuanto los Estados Unidos, en el Nuevo Mundo, también contribuyeron al desarrollo y a la universalización del ideal.

Notable y original es la contribución norteamericana, que adoptaron los franceses, y de ellos el resto de Europa. Esto fue el esfuerzo explícito de delimitar la libre esfera de acción de los individuos a través del "bill of rights" — la relación o declaración de derechos — incorporada a la constitución escrita. Lo que nosotros —en nuestro derecho constitucional— conocemos como garantías individuales.

[4] *State Papers, Domestic*, 7 de julio de 1610.

[5] Locke, John, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, 1690, Sección 22.

Las contribuciones de los pensadores europeos no son menos importantes. Lo que empezó como un análisis, una interpretación de lo que ocurría en Inglaterra, resultó en la formulación de conceptos que en gran medida llenaron huecos dejados por el desarrollo inglés. Así, vemos que Montesquieu, en su "Espíritu de las leyes", traduce un ideal que encuentra en la literatura política inglesa y formula con gran claridad la doctrina de separación de poderes.

Por su parte, el jurista alemán Feuerbach, con base en la experiencia inglesa, da forma al elemento de certeza y preexistencia en la ley que el ideal requiere, a través del enunciado de que "no hay crimen, no hay pena, sin una ley" — "nullum crimen, nulla poena sine lege."[6]

Pero basta de historia, para hacer ahora un breve examen de esos elementos o principios que juntos constituyen el ideal del Estado de Derecho y que el gran abogado y economista contemporáneo, Friedrich Hayek, Premio Nobel de Economía (1974), llama "las garantías de la libertad individual".[7]

Estas son: la generalidad, igualdad y certeza de la ley; la separación de poderes; los límites a la discrecionalidad administrativa, y la existencia de ciertos derechos fundamentales y de una esfera privada protegida.

Veamos a cada uno de ellos, deteniéndose antes un momento en el problema del orden social.

Aunque puede durar un tiempo prolongado, el orden impuesto desde fuera a una sociedad será siempre ficticio —es decir, no natural— y, por tanto, ni permitirá toda la rica variedad de relaciones sociales que un orden espontáneo, ni ofrecerá por sí mismo la garantía de duración indefinida de ese orden voluntario. Para alcanzar esta segunda clase de orden es indispensable que dejemos de estar a merced de la voluntad inconstante y arbitraria de los hombres que ejercer el poder, para quedar sujetos exclusivamente a los mandatos permanentes, generales e impersonales de las leyes. Dicho de otra forma, la primera seguridad de que en una sociedad se suscitará el orden que es el resultado de un equilibrio interno, además de que en ella reinará la libertad, consiste en la plena vigencia del Estado de Derecho.

En palabras de Ortega y Gasset, el "orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior".[8]

Ya he mencionado que el Estado de Derecho es en realidad un conjunto de principios o doctrinas que si bien no se formularon simultáneamente, sí tienen un fin común. Y este fin es el limitar la coerción por el poder del Estado a aquellos casos en que reglas abstractas, generales, que hayan sido enunciadas con anterioridad al hecho, que se apliquen por igual a todas las personas y se refieran a circunstancias conocidas por todas ellas explícitamentelo requieran.

[6] Feuerbach, A., *Lehrbuch des Peinlichen Rechtes*, 1801.

[7] Hayek, F., *op. cit.*, p. 29.

[8] Ortega y Gasset, José, *Mirabeau o el Político*, en "Tríptico", p. 18, Colección Austral, número 181, 9a. Edición, Editorial Espasa Calpe, S. A. Madrid, 1972.

O sea, que la generalidad consiste en que las leyes que obligan a los individuos se apliquen a todos por igual, sin distinción de personas; y que en su contenido sean abstractas, es decir, que prevean una hipótesis, no un acto o un caso concreto, sino una pluralidad indefinida de casos o de actos. Consecuencia de esto es que las leyes deben expedirse para el futuro y que por ello deben constituir, en principio, reglas de carácter permanente. De lo contrario, si una ley se expide para tener efectos retroactivamente, hacia el pasado, se violará el principio de generalidad, ya que esa ley se estará refiriendo a casos concretos, conocidos, particulares, ocurridos antes de su vigencia.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Intimamente ligado al aspecto de la generalidad de la ley, está el problema de la igualdad ante la ley, quizá el más difícil e importante de todos. Conforme a este principio, la ley debe aplicarse a todos por igual, sin excepción, y las distinciones o clasificaciones que se hagan deberán ser también de carácter general.

Es éste un ideal difícil ya no sólo le alcanzar, sino hasta de formular. Parece ser uno de esos ideales que señalan una dirección, sin definir claramente la meta. No obstante, aunque el ideal pueda siempre parecer más allá de nuestro alcance, no es por ello menos esencial que luchemos por realizarlo.

El problema parte del hecho de que por naturaleza, los hombres —o debo decir, los seres humanos— somos diferentes. Así el punto básico será, probablemente, que si bien la ley debe reconocer ciertas diferencias genéricas entre los seres humanos, tales como las diferencias entre hombre y mujer, las diferenciaciones que haga no tengan como fin el beneficiar a tales o cuales determinadas personas.

Ejemplo de desigualdad es el proyecto de Ley de Hacienda del Distrito Federal que hace muchos años quiso eximir del pago del impuesto predial "a las personas que ocupen o hayan ocupado el cargo de Presidente de la República y sus parientes dentro del cuarto grado". Afortunadamente tal aberración no fue aprobada.

LA CERTEZA DE LA LEY

Como el anterior, es éste un ideal al que solamente se puede uno acercar, sin alcanzarlo plenamente. Y es innegable que éste es el más importante de los requisitos en lo tocante al eficiente y uniforme funcionamiento de la vida económica de un país. Sin exagerar, se puede afirmar que no hay ningún otro factor que haya contribuido más a la mayor prosperidad del mundo occidental, comparado con el oriental, que la relativa certeza de la ley alcanzada en Occidente.

Esta certeza radica en el hecho de que las normas jurídicas deben ser susceptibles de ser conocidas por aquellas personas que deban tenerlas en cuenta al proyectar su vida futura.

Es decir, v. g., para cumplir con nuestras obligaciones fiscales, debemos saber conforme a qué bases y a qué tasas pagaremos nuestros impuestos. Si la tasa o base de imposición no es susceptible de identificación, nos será imposible cumplir y estaremos indefensos ante los arbitrios de la autoridad.

Recordemos sobre este particular el conocido pasaje de "Alicia en el País de las Maravillas", cuando el Rey de Corazones lee la "Regla número cuarenta y dos", que dice, en obvia referencia a Alicia, que quien mida más de tanto deberá abandonar la Sala de la Corte. Alicia se niega, aduciendo que "ésa no es la regla normal, la acaba usted de inventar". El Rey replica que es la regla más antigua del Código. A lo que Alicia duplica: "Entonces, debería ser la número uno".[9]

LA SEPARACIÓN DE PODERES

Este elemento del Estado de Derecho, si bien estaba implícito en la doctrina inglesa, no se expresaba con claridad. Tocó al ilustre francés Montesquieu enunciarlo en su 'Espíritu de las Leyes".[10]

Conforme a este principio, las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial deben estar encomendadas a órganos distintos de poder, aunque de especial importancia es la separación de las funciones Legislativa y Judicial.

En efecto, las leyes deben ser formuladas por un grupo de hombres y administradas por otro. Cuando las funciones Legislativa y Judicial se reúnen en la misma persona o grupo de personas, de personas, se aprobarán leyes especiales para casos especiales, surgiendo con frecuencia de motivos interesados y encaminadas a fines particulares. Pero si estas funciones se mantienen separadas, un grupo de hombres podrá aprobar leyes de carácter general, sin prever a quienes afectarán; y una vez aprobadas, serán aplicadas por otro grupo de hombres, sin importar a quienes afecten.

Y por lo que toca al Ejecutivo, el encargado de ver que las leyes se apliquen, para lo cual cuenta con la facultad coactiva, el Estado de Derecho exige que el Legislativo señale, en las propias leyes, cuáles son las reglas que atan al Ejecutivo en su facultad coactiva, reglas que disponen no sólo cuando actuar, sino también cómo actuar. Y deberá garantizarse la observancia de estas reglas sujetando los actos del Ejecutivo, no sólo en lo formal, sino muy principalmente en lo substancial, al examen, a la revisión del Poder Judicial.

[9] Dodgson Charles L., a () Lewis Carroll, *Alice's Adventures in Wonderland*, Capítulo XII, Bantam Books, 1981, p. 92.

[10] Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de la Bréde et de, *L'Esprit des Lois*, 1748, Libro XI, Capítulo 6.

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Lo anterior nos lleva al problema crucial, y en última instancia decisivo, de los límites de la discrecionalidad administrativa.

Como antes decía, la ley, por su misma generalidad, es imprecisa, ya que no se puede referir a casos claros y concretos, sino únicamente a hipótesis de incierta realización.

Esta incertidumbre hace necesario que quien esté encargado de aplicar la ley, como juez o administrador, goce de cierta discreción al interpretarla. Pero la autoridad para interpretar una regla no es realmente discreción en el sentido que nos interesa. Y el que la tarea de interpretación de la ley no es realmente una de discreción en sentido estricto es evidente del hecho de que la misma está sujeta a revisión por otra autoridad, por un tribunal, o por un tribunal de alzada.

El problema de discrecionalidad que realmente nos interesa con relación al Estado de Derecho no es problema de la limitación de las facultades de determinado agente de la autoridad, sino de la limitación de las facultades del gobierno en general. El que el gobierno, para el uso eficiente de los medios a su disposición, pueda ejercer cierto grado de discreción no puede ser negado. Pero lo importante será que el particular y sus bienes no sean objeto de la administración del gobierno, que no sean medios que el gobierno use para sus fines, conforme a lo que sus agentes consideren conveniente; la manera de inducir al particular a usar sus recursos para el bien común no estriba en dirigirlo, en administrarlo, sino en ver que acate reglas generales. En este sentido, el Estado de Derecho exige que las autoridades no cuenten con facultades discrecionales.

Al actuar conforme a derecho, los órganos de la administración siempre tendrán que ejercitar cierta discreción, de la misma manera que un juez ejerce discreción al interpretar una ley. Pero será ésta una discreción que deberá estar controlada por la posibilidad de que la decisión administrativa sea revisable en lo substancial, en cuanto al fondo, por un tribunal independiente. Esto quiere decir que la resolución sea consecuencia de reglas de derecho y de circunstancias previstas por la ley, mismas que pueden ser conocidas por los valores particulares que atribuye a diferentes fines específicos, o sus preferencias entre los efectos de su acción rspecto a diversas personas. Esto nos lleva a la conclusión de que la coerción es permisible en el Estado de Derecho solamente en cumplimiento de una regla de carácter general, pero no en función de un fin particular, de una determinada política. Es en esta distinción en donde radica, en última instancia, la diferencia entre el gobierno arbitrario y el Estado de Derecho; entre el despotismo y el Imperio de la Ley.

Dicho de otra forma, si una ley general dispone que la autoridad administrativa podrá conceder tal o cual beneficio a aquellos particulares que cumplan con determinados requisitos, una vez que dichos requisitos se hayan cumplido la autoridad *estará* obligada a conceder el beneficio. Y su discrecionalidad radicará en la facultad que tiene de verificar que los requisitos han sido en verdad cumplidos, que los extremos que la ley exige han sido acreditados. Pero de ninguna manera tendrá facultad para determinar a su arbitrio, por sí y ante sí, conforme a su discreción, si a pesar de haberse cumplido el requisito exigido por la ley, conviene o no a los particulares fines de la política gubernamental del momento la concesión del beneficio. Y el examen que la autoridad o tribunal revisores de la resolución hagan deberá ocuparse del fondo del asunto, y no limitarse a ver si la ley autoriza a la autoridad administrativa para actuar. Es decir, deberá decidir, primero, si podía actuar; y en seguida, si la actuación estuvo apegada a las exigencias de la ley.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ESFERA PRIVADA PROTEGIDA DE LOS PARTICULARES

Llegamos, pues, al último de los principales elementos del Estado de Derecho.

Como antes dije, el Estado goza de la facultad coactiva para hacer a los particulares cumplir las leyes generales. Pero para que esta facultad coactiva tenga sentido, es necesario que se circunscriba una esfera dentro de la cual el particular puede desarrollar sus propios planes. Debe saber que mientras se mantenga dentro de las reglas que definen esa esfera, nadie podrá impedirle que haga lo que desee, y que no necesita del permiso de nadie, de autoridad alguna, para hacer aquello que cualquiera otro podrá hacer en circunstancias iguales. Y es con objeto de definir esta libre esfera del individuo por lo que una relación de derechos individuales fundamentales se incluye en las constituciones.

En palabras de un ilustre jurista norteamericano, el magistrado —o justicia— Jackson:

> "El verdadero objeto del "bill of rights" —o sea este listado de derechos fundamentales— es el de sustraer ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política, el colocarlos más allá del alcance de las mayorías y de los funcionarios, y el establecerlos como principios jurídicos para ser aplicados por los tribunales. El derecho de cada quien a la vida, a la libertad y la prosperidad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, de religión, de reunión y otros derechos fundamentales no puede someterse al voto, no dependen del resultado de elección alguna".[11]

Específicamente mencionaré en detalle sólo uno de sus derechos fundamentales, uno que en nuestros tiempos ha sido puesto en duda, especialmente por los que se autonombran "progresistas" y que es, después de la libertad cor-

[11] West Virginia State Board of Education vs. Barnette, 319 U.S. 638 (1942).

poral, el más importante de todos: el derecho a la propiedad privada. No puede haber esta libre esfera de acción del particular a menos de que el propio particular sepa qué cosas en el mundo material puede controlar y como controlarlas; a menos de que sepa en cualquier momento qué medios puede utilizar para los fines que persigue.

OTRAS CONSIDERACIONES

Con lo anterior hemos trazado los rasgos esenciales del imperio, señorío o gobierno del derecho. El complejo de doctrinas que lo integran y que se ha formulado a través de un período muy largo, tiene como propósito práctico común la protección de la libertad individual al tratar de obtener que la coacción estatal se ejerza exclusivamente en los casos previstos por verdaderas leyes, por autoridades competentes, mediante un proceso legal, y con la posibilidad de una revisión jurisdiccional, es decir, por parte de tribunales auténticos, que se extienda inclusive a la substancia o fondo del acto revisado. Y como se desprende de lo expuesto, el Estado de Drecho excede o supera un mero constitucionalismo por cuanto entraña ciertos requisitos con respecto al contenido que ha de tener la Constitución. Por consiguiente, el régimen o Estado de Derecho no es una norma más, ni en rigor una norma jurídica. Es una norma de normas, una concepción acerca de lo que éstas deben ser. Por tanto, podemos calificarla de doctrina *metajurídica,* o si se quiere, de ideal político. Y sobra aclarar que no se trata de un principio de derecho natural, en el sentido de que exista en otra parte o posea validez objetiva fuera de la convicción y voluntad de los hombres.

Pocos pensadores mexicanos se han ocupado de estos apasionantes temas de la libertad y el Estado de Derecho como la persona en cuya memoria se escriben estas reflexiones, don Gustavo R. Velasco. Sobre el tema que hoy nos ocupa, así escribió el ilustre abogado y Rector que fue de la Escuela Libre de Derecho:

> "La tendencia contemporánea a la extensión ilimitada de las actividades del gobierno y en seguida a conferir a los gobernantes facultades amplísimas con el objeto de desarrollar aquellas, obliga a declarar que el régimen de derecho no puede subsistir en un estado colectivista y totalitario, ni en uno en que el intervencionismo pase de ciertos límites, como el Estado-beneficencia al que tendemos actualmente. Aunque ello ha motivado que se hable despectivamente del Estado de Derecho liberal-burgués, debe reconocerse sin ambages que, en efecto, el régimen de que tratamos corresponde a un gobierno limitado en extensión e intensidad, y que no puede subsistir cuando deja de serlo. Esto quiere decir que el poder público debe dedicarse a ciertas tareas, o sea, a las que se considere que le corresponden, pero no tratar de abarcar y regir la vida entera de la sociedad. Significa también (aunque ello se desprende asimismo de lo que indicamos con anterioridad) que los poderes de los gobernantes deben ser específicos y restringidos, y no indeterminados y omnímodos".[12]

Recordemos sobre este preciso punto, ya que la misma resume con exactitud lo arriba apuntado, la definición que de una constitución daba en su clase el ilustre maestro y constitucionalista, don Manuel Herrera y Lasso. Decía don Manuel que una constitución es "un conjunto orgánico de limitaciones al poder público".[13]

EL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO

Queda un punto final de examen, y es éste el siguiente: ¿Se aplican los principios enunciados en México?¿ Existe, pues, en México un Estado de Derecho?

La respuesta, desgraciadamente, no puede ser del todo afirmativa.

Cierto es que en alguna medida sí se busca que por lo menos formalmente rija en México el Estado de Derecho. En primer lugar, tenemos ese listado de derechos fundamentales que consagra la Constitución en su Capítulo I, intitulado "De las Garantías Individuales".

Esta inclusión no es fortuita. Forma parte de la tradición jurídico-constitucional de nuestra patria. En palabras del maestro Herrera y Lasso:

> "No habían olvidado nuestros constituyentes que el fin esencial del Derecho político, de las constituciones que vienen a ser la ley suprema y la norma general de la vida de un pueblo, es la salvaguardia de los derechos de cada uno de los individuos que lo componen. Y yo creo, señores, que en estos atormentados tiempos en que, por lo social, se desestima lo humano y las colectividades pretenden absorber los derechos del individuo, es bueno insistir una y otra vez en estos lugares comunes del pensamiento político, que constituyen la médula de la educación cívica de los pueblos; porque en definitiva, no es la sociedad, ni las forman, los que sufren con la injusticia, con la esclavitud y con la falta de bienestar".[14]

Por otra parte, se busca, en principio, que tengan plena vigencia los principios de generalidad, igualdad y certeza de la ley.

12 Velasco, Gustavo R., *Un Programa Para Un Partido Liberal,* en *El Camino de la Abundancia,* Editorial Humanidades, S. A., Primera Edición, México, 1973, p. 305.

13 Apuntes de clase.

14 Herrera y Lasso, Manuel, *La Enseñanza del Derecho Constitucional,* en *Estudios Constitucionales,* Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Volumen II, Serie B, Editorial Polis, 1940, p. 170.

Y finalmente, y salvo por lo que adelante digo, se ha superado, al menos formalmente, el hecho de que en el Presidente de la República se reúnan los poderes Legislativo y Ejecutivo. Gran mérito es del General Cárdenas el haber acabado con el vicioso sistema de otorgamiento al Presidente de facultades extraordinarias para legislar.

Pero desgraciadamente, es en la esfera administrativa, en el abuso de las facultades discrecionales, en donde vemos que no tienen vigencia no tiene cabida, el Estado de Derecho. En efecto, nuestros administradores tecnócratas ven a la ley no como un instrumento para el orden social y para la libertad, sino como un obstáculo para sus políticas particulares, en muchos casos de dudosa utilidad.

Es hondamente preocupante la actual tendencia a otorgar de hecho al Poder Ejecutivo facultades legislativas, sin intervención del Congreso de la Unión, mediante la redacción poco clara e imprecisa de las leyes y la atribución de amplísimas, casi omnímodas facultades discrecionales, así como mediante el uso y abuso de Reglamentos, Circulares, Acuerdos y Fes de Erratas en el "Diario Oficial", que las más de las veces no se limitan a una mera provisión en la esfera administrativa de la exacta observancia de la ley, ni a una supuesta interpretación o aclaración, sino que en realidad están creando nuevas normas, nuevas disposiciones de observancia general y obligatoria que van en contra de texto expreso de la ley, o más allá de lo estatuido por ella.

Es claro que para nuestros gobernantes es letra muerta el apotegma enunciado por uno de los más insignes constitucionalistas que ha producido México, don Emilio Rabasa, quien enseñaba que "cuando la Constitución prohíbe, prohíbe el máximo; y cuando autoriza, autoriza el mínimo". Es decir, ninguna ley puede imponer al particular prohibiciones mayores que las señaladas en la Constitución, ni autorizar menos de lo que la Constitución otorga; así, cuando la Constitución permite algo al particular, el propio particular puede hacer todo lo que le convenga, sin más cortapisa que el no contravenir derechos de tercero.

Vemos, además, como el Poder Ejecutivo promueve ante el Legislativo la reforma de aquellos ordenamientos, de aquellas leyes que imponen un valladar a su acción, a efecto de que se le permita la toma de decisiones que de otra forma serían ilegales. Tal es el caso del nuevo Código Fiscal, programado para entrar en vigor originalmente el primero de octubre de 1982, pero demorada su vigencia, ahora, para el primero de abril de 1983.

Y finalmente vemos como cuando el gobierno toma medidas que resultan flagrantemente inconstitucionales, en vez de esperar la resolución judicial del asunto, en vez de ajustar su acción a la letra y al espíritu de la Constitución, valiéndose de su aplastante poder político prefiere enmendar la Constitución que obedecer sus dictados.

Ejemplo reciente de estos abusos, de un claro desprecio de lo que el Estado de Derecho es y representa, son las medidas de dudosa legalidad que se han tomado con relación a la nacionalización de la Banca y del control generalizado de cambios. Se podrá o no estar de acuerdo con la necesidad o conveniencia de tales medidas desde el punto de vista económico o político. Pero no se puede negar ni discutir que las mismas se han tomado con un flagrante desdén de las leyes que nos rigen.

Y es aquí donde radica el mayor peligro para nuestra libertad. El tema que en este estudio he abordado es trascendente para el futuro de nuestra patria como país libre. A todos nos compete, a todos nos interesa, que estemos sujetos a un gobierno de leyes y no de hombres; de reglas generales y no de caprichos particulares. Y debemos estar prestos a luchar por este ideal que es el Imperio de la Ley y el Estado de Derecho.

No será un lucha fácil. La lucha por la libertad nunca lo ha sido. En pala bras de Tocqueville:

> "No se podrá repetir bastante que nada es más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero no hay nada más duro que el aprendizaje de la libertad... Los pueblos se adormecen en el seno de la prosperidad momentánea; y cuando despiertan, son miserables. La libertad nace de ordinario en medio de las tormentas, se establece penosamente entre las discordias civiles y solamente cuando ya es vieja se pueden conocer sus beneficios".[15]

Por otra parte, no debemos ser comodinos y dejar esta lucha a otros. Todos debemos involucrarnos. Es ésta una gesta que nos compete a todos, a la que estamos obligados todos.

> "En la vida de los pueblos democráticos, hay en efecto, un paso muy peligroso.
>
> "Cuando el gusto de los goces materiales se desenvuelve en uno de estos pueblos con más rapidez que las luces y los hábitos de la libertad, sobreviene un momento en que los hombres son arrastrados como fuera de sí mismos, a la vista de estos nuevos bienes que van pronto a adquirir. Preocupados por el solo cuidado de hacer fortuna, no ven el lazo estrecho que una la particular de cada uno de ellos a la prosperidad de todos, y no hay necesidad de arrancar voluntariamente a tales ciudadanos los derechos que poseen; pues los dejan voluntariamente escapar ellos mismos. El ejercicio de sus deberes políticos les parece un contratiempo que los distrae de su industria; y, si se tratara de elegir a sus representantes, de prestar auxilio a la autoridad o de discutir en común los negocios públicos, el tiempo les falta, proque no saben disiparlo en trabajos inútiles. Éstos son allí juegos de ociosos, que no conviene a los hombres graves ocupados en los intereses serios de la vida. Tales personas creen seguir la doctrina del interés; pero no se forman de ella sino una falsa idea, y para

15 Tocqueville, Alexis de, *La Democracia en América*, Volumen I, Segunda Parte, Capítulo VI; Traducción de Luis R. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 248.

atender mejor a lo que llaman 'sus negocios' descuidan el principal, que es el de ser siempre dueños de sí mismos".[16]

En la búsqueda de la libertad, en la lucha por su beneficios se nos llamará burgueses, reaccionarios. Pero si el reaccionar contra la arbitrariedad, el luchar por la libertad de mi patria, de mis conciudadanos, de mis hijos, de la mía propia, me convierte en un emisario del pasado, entonces con orgullo seré emisario del pasado, de ese pasado glorioso de las luchas libertarias de nuestro querido México, que con las luces de Juárez, de Lerdo, de Zarco, de Altamirano, de Vallarta, del Padre Mora, y por qué no, del General Díaz, dio al país las bases de libertad y progreso, encarnadas en las Constituciones de 1857 y 1917, que son el fundamento, el sine qua non, de nuestra actual prosperidad.

Recordemos sobre este particular la imortal enseñanza que dio don Quijote de la Mancha a su noble escudero, tan válida para entonces, cuando Cervantes la plasmó en su más grande obra, como para ahora y para el futuro:

> "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida".[17]

Para terminar, quiero repetir una cita a la que ya aludí y referirme a otra muy elocuente.

La primera, la de Cicerón: 'Supremae Lege Servis Sumus ut Liberi Esse Possimus".[18]

Y la segunda, de una fuente que se antoja curiosa, del último rey borbón francés, Luis Felipe de Orleans, quien dijo:

> "La libertad no es otra cosa que el reino de la ley. El que cada uno esté obligado a hacer sólo aquello que la ley exige de él, y que pueda hacer todo aquello que la ley no prohíbe, en eso consiste la libertad".[19]

[16] Tocqueville, *op. cit.*, Volumen II, Segunda Parte, Capítulo XIV, p. 498.

[17] Cervantes Saavedra, Miguel de, *El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*, Parte Segunda, Capítulo LVIII, Editorial Porrúa, S. A., Colección "Sepan Cuantos", Número 6, Décimo Séptima Edición, México, 1975 p. 561.

[18] Vide supra, p. 6, nota 2.

[19] Discurso a la Guardia Nacionaly, reportada en un ensayo de H. F. R. Lamennais, en *Avenir*, del 25 de mayo de 1831, y reimpresa en sus *Troisimes Mélanges*, 1835, p. 255. Citado por Hayek, F. *op. cit.*, p. 21.

Reseñas

Luna Arroyo, Antonio y Luis G. Alcérreca, *Diccionario de Derecho Agrario Mexicano*. México, Porrúa, 1982.

Trátase de un útil volumen en el que se plasma el contenido técnico de los vocablos de más uso en la materia agraria. Está diseñado pensando en los más variados y distintos lectores o usuarios: desde estudiantes de derecho, ciencias políticas y economía, así como los de la rama agraria de los Institutos Tecnológicos y de Agricultura, hasta los agricultores en pequeño, ejidatarios y comuneros. En él se refieren problemas agrarios, de reforma agraria y agricultura, inclueyndo otras materias afines y referencias bibliográficas a hombres que han tenido alguna relación trascendente con el derecho agrario y, en particular, con el problema agrario mexicano.

Se hace una advertencia al principio en relación al origen y elaboración del diccionario. El ingeniero Alcérreca hace una breve historia de su experiencia en la materia agraria, que es bastante extensa, así como la del licenciado Luna Arroyo.

Siendo el derecho agrario una de las ramas constituidas en nuestro ordenamiento positivo a raíz de la incorporación de las garantías sociales en la Constitución Política de mil novecientos diecisiete, diversos autores nacionales se han preocupado por explicar y motivar las diversas figuras que lo conforman, buscando sus antecedentes históricos, interpretando la realidad social y ajustando sus principios a la proyección política de la reforma agraria. Sin embargo, ningún autor se había preocupado por exponer sistemáticamente los diversos temas de derecho agrario por índice alfabético y con ejemplos tomados de los expedientes al tenor de los cuales se han resuelto problemas plantados.

Se conjugan en la obra temas jurídicos, agrícolas, históricos, etcétera, y con comodidad pueden encontrarse explicaciones coherentes de diversas materias interrelacionadas en la misma obra. El diccionario quizá sea el principio de un trabajo más extenso, tal vez enciclopédico, sobre la materia.

Se advierte la integración de un equipo práctico en su elaboración: por un lado, el jurista, maestro y estudioso; por otro, el técnico, político y conocedor directo de los problemas. El teórico y el práctico.

Quizá la anterior composición del equipo haya permitido que se abarcaran las perspectivas y puntos de interés de diversos tipos de lectores, pues la obra maestra, sin tecnicismos incomprensibles, una materia difícil de asimilar por lo excepcional de los principios que la regulan.

Los diversos tópicos tocados en el diccionario revelan una amplia y profunda experiencia en la materia, así como un conocimiento de los diversos grupos indígenas y de los promotores regionales de la reforma agraria, que la mayor parte de las veces pasan inadvertidos en los cursos de historia general de México.

Lo más laudable del trabajo, a nuestro juicio, es la sistematización de una materia cuya ley revuelve los temas, complica lo sencillo y contradice disposiciones del mismo ordenamiento, llegando a duplicar normas sobre el mismo tema. En este caso, quienes no han tenido un contacto directo e inmediato con la materia, aun cuando sean abogados, o quienes teniéndolo carecen de la preparación técnica para interpretar sus normas, encuentran en este diccionario un útil y eficaz auxiliar para centrarse en el tema y conocer el problema que pretenden resolver. Esto convierte a la obra en útil instrumento de consulta, pues los autores supieron plasmar en sus líneas su experiencia, haciéndola accesible y sencilla y dé ideas generales.

Encontramos, sin embargo, algunos defectos en la obra, que pueden dispensarse por la naturaleza propia de la misma. En primer lugar, la denominación, pues quizá debió haberse incluido en ésta la palabra "materia", en lugar de "derecho", ya que la última se refiere a conjunto de normas, y es el caso que el diccionario, como auxiliar, no lo es del ordenamiento jurídico sino de la materia agraria, que comprende, además de las leyes agrarias, diversos instrumentos, como son los geográficos, técnicos, científicos, etc. En segundo lugar, encontramos en el texto algunos detalles de redacción con los que no estamos de acuerdo, ya que los autores debieron haber cuidado las pruebas de imprenta. Así tenemos, por ejemplo, que al definir el término "circular" hablan de "las partes o avisos", en lugar de "los partes", que es muy diferente. En tercer lugar, hay conceptos que se incluyen pero que no se definen; por ejemplo: "Defectos de la Ley": Los que son la obscuridad, la insuficiencia normativa y el silencio de la ley" En este caso no se dijo nada y, sin embargo, en la letra respectiva no se alude en absoluto a las lagunas de la ley, que tal parece es lo que pretende definir el término transcrito. En cuarto lugar, hay vocablos que no se definen con las palabras correctas; por ejemplo: "Generar energía": Que engendra o produce energía...", siendo que el que engendra o produce es el generador. Por último, siendo un diccionario de derecho agrario "mexicano", no hay razón que explique la inclusión de descripción de regiones extranjeras, como el caso de la región argentina de "La Pampa".

Estimamos, sin embargo, que la utilidad del libro es muy superior a sus defectos, por lo que la recomendaremos como un eficaz auxiliar del abogado en un campo tan poco conocido y practicado.

HOMERO DÍAZ RODRÍGUEZ

Alumno del Seminario de Tesis. 5o. Año

DE LA PAZ Y F., VÍCTOR M., *Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio*, México, Fernando Leguizamo Cortés, editor, 1981, 440 págs.

Don Víctor Manuel de la Paz y Fuentes, catedrático de Garantías y Amparo de la Universidad Nacional Autónoma de México, abogado postulante y funcionario del Poder Judicial Federal, ha adquirido una amplia experiencia dentro de los diversos Tribunales de Circuito y un cúmulo de conocimientos dentro de la materia algunas veces tan árido como es la del Juicio de Amparo, mismos que aprovecha para realizar la presente obra sobre el juicio de divorcio.

A través de cinco capítulos de que consta la obra que se comenta y antes de entrar a la materia del divorcio, el autor hace un análisis doctrinal de la institución del matrimonio para posteriormente poder formular más de cien preguntas sobre el divorcio y darles contestación. Más adelante realiza un estudio comparativo de los códigos de los Estados que lo regulan de manera diversa al del Distrito Federal; consideramos que esta última parte constituye una ardua labor en virtud de que es muy complejo el hecho de recopilar todos los ordenamientos locales para llevar a cabo ese estudio, el cual resulta ser de mucha ayuda para los litigantes a los que en un momento dado pudieran presentárseles juicios de divorcio en Estados diversos a los en que habitualmente radiquen.

En capítulos posteriores nos presenta formularios usuales, proyectos de amparos directos fallados por el órgano jurisdiccional competente y, finalmente, con un toque de técnica jurídica, enriquece su obra con la tesis y jurisprudencias sustentadas por el más alto Tribunal de la Nación. Es evidente que este aspecto es sumamente importante, ya que nos plantea una combinación tanto doctrinal como práctica de la realidad jurídica de la materia que se analiza, además si tomamos en cuenta la fecha de realización del libro que venimos comentando, podemos advertir que es una obra de reciente creación, por lo que su contenido es de verdadera actualidad.

Sabemos muy bien que la figura jurídica del divorcio ha sido tratada por muchísimos juristas, pero creemos que por el amplio margen de aspectos que comprende es susceptible de un sinnúmero de comentarios. Así pues, don Víctor M. de la Paz y Fuentes ha profundizado en algunos de los muchos aspectos que abarca esa controvertida figura jurídica del divorcio.

MARIO A. ZAVALDIA

Alumno del Seminario de Tesis. 5o. Año

LAGUNILLA IÑÁRRITU, ALFREDO, *Historia de la Banca y Moneda en México*, México, Jus, 1981.

El estudio de las políticas monetaria y crediticia, así como del régimen jurídico aplicable a la emisión y regulación de la moneda y del crédito, ha sido

sin lugar a dudas de interés tanto para los juristas como para un gran número de profesionistas dedicados al estudio de estos problemas en sus diversas facetas. Sin embargo, es en las últimas décadas cuando el interés por todas estas cuestiones se ha incrementado, debido a las grandes crisis económicas que ha tenido que enfrentar el mundo. Actualmente estos temas son abordados por tratadistas en todas partes del orbe, siendo objeto de análisis y consideración por los más grandes tratadistas en la materia.

A pesar de todo lo anterior, en México son escasas las obras que abordan el estudio de estos temas de una manera general, considerando sus principales modalidades con una visión de unidad que la complejidad de las materias tratadas requiere. Es por esto que la obra del Lic. Lagunilla es de especial interés para todos aquellos que deseen obtener un panorama general del desenvolvimiento y estado actual del régimen jurídico aplicable a la moneda y el crédito, salvando así de algún modo la dificultad que presenta un problema tan complejo y que engloba distintas facetas de la realidad.

La intención del autor ha sido presentar la historia de la Banca Mexicana y de su moneda a partir de sus primeros orígenes conocidos, procurando abarcar no sólo el contenido y espíritu de las leyes bancarias y monetarias de cada época, sino además conseguir descubrir los procesos internos que han conducido a plasmar tales leyes y reglamentos, a su agotamiento y transformación en el tiempo y sus circunstancias.

La obra está estructurada en tres grandes partes, abarcando la primera de ellas el estudio del crédito y la moneda en la época colonial; la segunda, el crédito y la moneda en la época porfiriana, haciendo hincapié en das crisis y restauraciones monetaria y bancaria presentadas en la época; y la tercera, la Banca Especializada desde los años treinta y cuarenta en adelante, incluyendo las funciones del Banco de México, así como de las entidades especializadas por funciones y plazos de operación, que han integrado juntas el sistema bancario mexicano.

Si bien este trabajo puede ser considerado como una mera recopilación de carácter histórico que no presenta soluciones nuevas de ninguna índole, consideramos que constituye un material de gran utilidad para todo aquel que pretenda adentrarse en los problemas de la moneda y del crédito en nuestro país, partiendo del análisis de la evolución y desarrollo de todas nuestras instituciones y sistemas monetarios y crediticios a lo largo de nuestra historia, de las diversas legislaciones que han estado en vigor, y de los factores que han intervenido para crear el complicado sistema de Instituciones y Organismos Públicos y Privados, así como el gran número de leyes, reglamentos, circulares y demás disposiciones administrativas que hacen de nuestro sistema monetario y crediticio un complejo laberinto al que casi nadie desea adentrarse.

MÓNICA SANTAMARINA N.

Alumna del Seminario de Tesis. 5o. Año

KRONMILLER, THEODORE G., *The Lawfulness of Deep Seabed Mining*, Volumen I, Estados Unidos de América, Oceana Publications, Inc., 1980, 521 p.

La desconcertante riqueza yacente más allá de los confines jurisdiccionales estatales en favorables proporciones de interés comercial, ha motivado disputas ideológicas inconciliables por francos intereses opuestos y pugnas por las ingentes disparidades en la capacidad tenológica demandada para iniciar empresas de envergadura inimaginable por la creciente aclamación de las naciones de pretendidos provechos equitativos, cimentadas en un razonable desarrollo económico internacional y permeabilizadas por la nueva filosofía de esencial compromiso económico que entrona a la humanidad en sujeto de derechos. Se proyectan así problemas de compleja solución, pero no menos inquietantes por el arribo incierto a que llevarán las facetas de la realidad mundial contemporánea que incendia la curiosidad de múltiples investigadores.

La obra de Kronmiller, una tesis doctoral presentada en la Universidad de Cambridge, se instaura como un pilar insustituible, una obra definitiva por su rigor científico, escrita con maestría y competencia, capaz de proporcionar un panorama en donde lo político y lo jurídico se entrelazan para dar un criterio de profunda solidez intelectual, quizá para algunos de honda ortodoxia y temerosa al cambio o probablemente tendenciosa y partidarista, pero en verdad de fría objetividad y pericia, con el cual analiza al Derecho Internacional Público; ello le permite arribar a un punto de difícil refutación por la precisión que imprime a sus aseveraciones.

Su lenguaje es claro, sencillo, cristalino. La lógica de su argumentación es impecable, mostrándose desinteresado por cualquier soporte o justificación metafísica. Una jugosa bibliografía y un certero manejo de fuentes de Derecho Internacional, terminan por redondear la obra. Los antecedentes históricos son un instrumento del que se vale a lo largo del capitulado logrando extraer insospechadas consecuencias. En fin, un libro exhaustivo cuya finalidad es demostrar la legalidad de la explotación de los recursos minerales en el suelo y subsuelo en alta mar por cualquier Estado o empresa privada con base en el principio de la libertad de los mares en el presente y en el futuro.

Las controversias entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo han erigido abruptas murallas llegando a presentarse amenazantes para dar inicio a jornadas de explotación aún sin haberse firmado un Tratado sobre Derecho del Mar. El sustento de los desarrollados es el principio de la libertad de los mares, el cual les garantiza acceso continuo procuando mantener la prosperidad económica en un mundo básicamente competitivo. El Tercer Mundo niega la posibilidad de explotar la Zona con este fundamento legal habiendo de ser requerido un tratado universalmente aprobado para soportar la legalidad en las labores, buscando además un nuevo orden económico internacional y la distribución de la riqueza en un panorama de cooperación internacional.

Es importante precisar la naturaleza legal de la Zona y sus recursos para

resolver sobre la factible apropiación de éstos por parte de Estados o empresas privadas con posibles normas domésticas y con el respaldo del Derecho Internacional del presente. De la solución que se presente dependerá la legalidad o ilegalidad de cualquier interferencia en el libre desempeño de la explotación minera en alta mar.

Para determinar la naturaleza jurídica del suelo y subsuelo fuera de los límites de jurisdicción nacional dos teorías han intentado la respuesta dar. Una sostiene que son *res nullius*, resultando posible el convertirse en objeto de apropiación o soberanía estatal mediante ocupación y proporciona el goce de derechos exclusivos para exploración y explotación de recursos. Las resoluciones dadas en los arbitrajes sobre la Isla de Palmas, Isla Clipperton y del Este de Groenlandia, demuestran que la ocupación no requiere más que la existencia del reclamo estatal y cierta demostración de autoridad dependiendo de las condiciones ambientales. Otra teoría mantiene que el suelo y probablemente el subsuelo fuera de los límites de jurisdicción estatal son *res communis*, es decir, propiedad de todos los Estados, lo cual impide la apropiación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos con la excepción de haber consentimiento o prescripción, pero sin que sea negada la facultad de adueñarse de recursos por Estados o empresas con lineamientos de no exclusividad. Se han hecho también distinciones sobre la naturaleza de estos tres elementos, habiendo algunos autores de afirmar que el subsuelo puede ser materia de soberanía, ejercicio de derechos soberanos o de propiedad al través de ocupación.

La práctica estatal previa al establecimiento de la doctrina de la plataforma continental especialmente, la opinión doctrinal y el criterio de la Corte Internacional de Justicia prefieren la teoría res nullius, mientras que la teoría res communis hasta tiempos recientes ha sido menormente agraciada.

El concepto patrimonio común de la humanidad aparece como un nuevo intento para resolver el problema. De lo que por éste pueda entenderse y de la postura que con respecto a él sea tomada, podría llegar a inutilizar el tomar alguna postura selectiva entre las perfectamente definidas teorías res nullius y res communis debido a la cristalización en derecho de algunas de sus tesis.

Este concepto ha sido mencionado en varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo las principales la Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo fuera de los Límites de Jurisdicción Nacional (Resolución 2749 (XXV)) y la Moratoria (Resolución 2574 D (XXIV)). Ambas indiscutiblemente han motivado largas discusiones a lo largo de las negociaciones sobre Derecho del Mar, pero no han sido capaces de eliminar los derechos de los Estados derivados del principio libertad de los mares.

Los países en desarrollo han tomado a ambas resoluciones como puntos básicos de su lucha dando a la libertad de los mares una interpretación restrictiva, es decir, no suspetible de evolución. La Unión Soviética ha venido a aliarse a ellos afirmando la ilicitud de la legislación unilateral para respaldar las jornadas de explotación y ha negado el sostén de la libertad de los mares.

Puede resumirse su actitud en los siguientes aspectos:

1º) Entre tanto no exista un tratado que permita la explotación comercial minera en alta mar, se encuentra prohibida por el peculiar estatuto jurídico de los recursos.
2º) El principio de la libertad de los mares no permite la explotación comercial de los recursos minerales.
3º) Hay resoluciones de las Naciones Unidas que la prohíben.

Estas ideas se apoyan en los siguientes argumentos:

1º) La Moratoria y la Declaración de Principios tienen efectos vinculatorios;
2º) El concepto patrimonio común de la humanidad prohíbe la explotación de los recursos de la Zona y permite controlar la producción;
3º) La libertad de los mares no es un principio evolutivo quedando eliminada la posibilidad de explotar los recursos de los fondos marinos con este fundamento.

Kronmiller analiza minuciosamente el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General, concluyendo que los dos casos debatidos carecen de obligatoriedad. De la Moratoria critica el no mencionar de la explotación el ser una infracción al Derecho Internacional o quedar apartada del ámbito de la libertad de los mares; el no aclarar que el patrimonio común de la humanidad tenga un efecto inmediato consistente en la imposición de una moratoria; la falta de base legal; el no reflejar normas preexistentes; el no tener apoyo unánime y el no incluir preceptos sobre exploración. De la Declaración de Principios realiza una detallada y magistral interpretación de la cual llega a extraer la legalidad de la explotación en el presente de los recursos de la Zona.

El Tercer Mundo ha ambicionado la remodelación del Derecho del Mar para evitar la explotación de que éste había sido objeto por parte de las grandes potencias marinas. Para Kronmiller ello es reflejo de la frustración que emerge después de tantos años de silencio para que con pretensiones de enmarcar jurídicamente su respuesta, los intereses económicos y políticos sean en realidad los móviles primordiales.

Del patrimonio común de la humanidad —indica Kronmiller— no es factible la extracción de consecuencias jurídicas con el mismo grado de precisión que de las viejas teorías res nullius y res communis. La ambigüedad que rodea a este concepto ha inducido al Tercer Mundo a levantar una prohibición a los Estados industrializados y sus empresas para tener acceso a los recursos minerales en alta mar por resultar contrario a sus ideales. Ha ne-

gado normas substantivas y procedimentales, hecho de los derechos de soberanía simples juguetes de los lineamientos políticos internacionales sin debida protección legal y su concepción del nuevo orden económico internacional la única verdadera.

Niega Kronmiller el carácter de *ius cogens* al patrimonio común de la humanidad a causa de la falta de apoyo estatal, por no ser una norma de derecho internacional y por los debates que sobre su contenido se presentan. Mas pueden ya desprenderse de él la imposibilidad de apropiación, soberanía, ejercicio de derechos soberanos o de propiedad en el suelo y subsuelo de alta mar y la obligación de distribuir, de alguna forma aún no establecida, beneficios económicos derivados de la explotación aún sin haber de por medio un tratado, factor de gran importancia pues constituye una novedosa norma no encuadrable dentro de la libertad de los mares o la teoría *res communis*.

Certeramente escribe Kronmiller que no es indispensable la existencia de un tratado para realizar la explotación mineral del suelo y subsuelo en alta mar, no solamente por el rechazo por los países desarrollados soportado a cualquier posible emergiente norma de derecho en virtud de costumbre internacional, sino porque en el Derecho Internacional del presente existe el suficiente soporte expresamente incluido en la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar, que en su artículo 24 dice:

> "Todo Estado está obligado a dictar disposiciones para evitar la contaminación de las aguas por los hidrocarburos vertidos de los buques, desprendidos de las tuberías submarinas o producidos por la *explotación y exploración del suelo y del subsuelo submarinos,* teniendo en cuenta las disposiciones de los convenios existentes en la materia",

y cuyos antecedentes legislativos se encuentran en los anuarios de la Comisión de Derecho Internacional de la década de los 50's.

Es cierto que no ha sido catalogada en el artículo 2o. de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar la explotación de fondos marinos, pero ha hecho éste una enumeración no exhaustiva; allí se localiza también la frase "entre otras" la cual da perfectamente admisibilidad al nuevo uso por analogía con otros reconocidos. La libertad de los mares es uno de los principios generales de Derecho Internacional, que como es sabido son de universal obligatoriedad, y si la explotación de los recursos en suelo y subsuelo de alta mar es de reciente aparición todos los Estados pueden libremente practicarla y deben evitar toda interferencia con su desempeño al poseer evidente base legal.

La prueba de la naturaleza evolutiva de la libertad de los mares se demuestra por el modo en el cual el tendido de cables y tuberías submarinas, el sobrevuelo, la investigación científica y la construcción de islas artificiales se sumaron a las tradicionales de pesca y navegación. Entre estas libertades

no existe jerarquía, siendo el patrón para determinar la legalidad en la práctica la razonable observancia al uso de los otros Estados y la interferencia injustificada, elementos perfectamente determinados en las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar y sobre Plataforma Continental y resaltados por la Corte Internacional de Justicia como principios de Derecho Internacional, probándose que una actividad no se reviste de ilegalidad simplemente por los efectos advertos que pueda ocasionar a otra durante su desarrollo.

La legalidad de la explotación de la Zona como se ha indicado, tiene fundamento en la similitud que guarda con respecto a otros usos ampliamente aceptados, si bien de cada operación de explotación será estudiada la conducta con referencia a otras prácticas desempeñables en alta mar.

Pueden esquematizarse las actividades que comprenden algunos usos en alta mar para resaltar la analogía que guardan entre sí:

I) Explotación minera en el suelo y subsuelo:

1. Navegación a moderadas velocidades con posibles detenciones por breve tiempo en grandes extensiones.
2. Empleo de aparatos mecánicos.
3. Descarga de contaminantes de buques. Pueden expelerse restos de nódulos o substancias químicas hacia atmósfera y agua.
4. Disposición de sedimentos y alteración del suelo marino.
5. Apropiación de recursos renovables.

II) Pesca

1. Navegación en amplias zonas de alta mar.
2. Empleo de aparatos mecánicos.
3. Contaminación producida por la navegación.
4. Obtención de recursos marinos.
5. Apropiación de recursos renovables.

III) Tendido de cables y tuberías submarinas

1. Navegación sobre grandes extensiones oceánicas a moderadas velocidades y con ciertos intervalos.
2. Empleo de aparatos mecánicos.
3. Contaminación producida por buques cableadores.

IV) Investigación científica

1. Navegación.
2. Empleo de instrumentos científicos.

3. Contaminación producida por buques.
4. Recolección de materiales para estudio.
5. Apropiación de los recursos recogidos.

En Alta Mar se han realizado ciertas actividades que no se han considerado ilegales, destacando usos militares, vertimiento, prueba de bombas y misiles de alto calibre y ensayos navales a gran escala. Todas ellas pueden causar interferencia durante el legítimo ejercicio de otros usos, sin que por ello se hayan apreciado inherentemente ilegales.

Kronmiller presenta el problema de la legislación unilateral, la cual para normar la explotación en zonas específicas no será reputada contraria al Derecho Internacional cuando no pretenda soberanía, ejercicio de derechos soberanos o de propiedad sobre el suelo y subsuelo en alta mar o ambiciones reserva derechos exclusivos sobre tales superficies oponibles a todos los Estados. Las leyes unilaterales no se enfrentan a la libertad de los mares por únicamente regular el derecho de los nacionales del Estado emisor para emplear alta mar. Si la Declaración de Principios, la Moratoria y el concepto patrimonio común de la humanidad no son instrumentos suficientes para prohibir la explotación comercial minera, con mayor razón no podrán aniquilar las disposiciones domésticas.

Por lo tanto no existe legal impedimento para dar apertura en el presente a la exploración y explotación de los recursos minerales de alta mar los cuales pueden ser apropiados por Estados o empresas privadas en virtud de ser en uso perfectamente encuadrable en el principio libertad de los mares.

Las negociaciones internacionales hasta ahora celebradas son incapaces por sí mismas de eliminar este principio de Derecho Internacional que puede regir a los Estados no partes en un posible Tratado. Además, no ha sido establecido un régimen interino para el lapso de negociaciones que definan la situación.

En la obra de Kronmiller encontramos una postura de afirmación no de creación, de defensa y no de ataque, contemplativa de un monumento lógico que los siglos se han encargado de pulir ahora enfrentado a las ventiscas de empolvada apariencia. Describe y analiza una idea de profudnas raíces que asfixian los tallos de los plantas en su derredor. Quizá algún tercermundista llamaría esto el canto del cisne de la lontana intransigencia, pero no puede negarse que hace falta un gran talento para rasgar la preciosa manta normativa vigente. Si la respuesta quiere abrir la puerta de la generosidad, la esperanza de la razón y experiencia como rectoras de las relaciones internacionales, la paz y dignidad humana, todo ello y algo más, tendrán que romperse los pesados cerrojos de una fase de la historia de la civilización.

Oscar Doria *F.*

Alumno del Seminario de Tesis. 5o. Año

Vargas, Jorge, *La Zona Económica Exclusiva,* México, Ed. V Siglos, 1980, 125 págs.

En la presente obra encontramos básicamente tres aspectos, el primero de ellos lo constituyen los antecedentes, la naturaleza jurídica, las características y la definición de la Zona Económica exclusiva; el segundo aspecto está conformado por una serie de textos legales que se relacionan de manera directa con la Zona Económica Exclusiva de México y el tercero contiene en forma esquemática las diferencias entre mar territorial, Zona Económica Exlusiva y Alta Mar.

La finalidad primordial de este ensayo es de carácter didáctico, así nos lo menciona desde el prólogo. La Zona Económica Exclusiva constituye la figura más novedosa del Derecho Internacional Público y el Punto central de la Tercera CONFEMAR al lado de los Fondos marinos y oceánicos como patrimonio común de la humanidad. Es una institución creada por el original sistema que se denomina Diplomacia Internacional. Podemos considerar a la zona económica como una creación del derecho latinoamericano debido a que el antecedente directo se encuentra en el llamado "mar patrimonial", expresión que emplea por primera vez Gabriel Valdez, quien fue Ministro de Relaciones Exteriores del Gobierno de Chile.

La definición más completa que existe de la zona económica exclusiva se encuentra en el "Proyecto de Convención sobre el Derecho del Mar", del 27 de agosto de 1980, que señala: "La zona económica exclusiva es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste... no se extenderá más allá de las 200 millas marinas (y en la cual) el Estado Ribereño tiene: derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y ordenación de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, del lecho y el subsuelo del mar y de las aguas suprayacentes, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; jurisdicción... con respecto al establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; a la investigación científica marina; a la preservación del medio marino (y) otros derechos y deberes.

En la zona económica Exclusiva, todos los Estados, sean ribereños o sin litoral gozan... de las libertades... de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y tubería submarinos, y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades". En 1973 existían 3 posturas sobre la naturaleza jurídica de la Zona económica exclusiva:

1. Las grandes potencias la consideraban como parte de Alta Mar y sólo concedían algunas excepciones a favor del Estado ribereño.
2. Un grupo de países denominados "territorialistas" le querían dar una naturaleza de mar territorial.
3. Existía una tercera postura ecléctica que fue la predominante. Trata-

ba de acoplar elementos de las tesis anteriores para configurar una nueva institución en el Derecho Internacional.

A nivel mundial, México es uno de los primeros países en adoptar una zona económica exclusiva de 200 millas náuticas, por decreto de 26 de enero de 1976 que adicionó el art. 27 Constitucional: "La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a 200 millas náuticas, medida a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario mediante acuerdo con estos Estados".

Con posterioridad a la adición anterior se publicó la "Ley Reglamentaria del Párrafo Octavo del Artículo 27 Constitucional, relativo a la zona económica Exclusiva", publicada en el Diario Oficial del 13 de febrero de 1976. En ella se establece que "El límite exterior de la zona económica exclusiva será una línea cuyos puntos estén todos a una distancia de 200 millas náuticas de la línea de base desde la cual se mide la anchura del mar territorial". En dicha Ley Reglamentaria se enumeran las facultades sobre la zona: a) Derechos de soberanía para los fines de exploración, conservación y administración de los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, de los fondos marinos incluido su subsuelo y de las aguas suprayacentes.

b) Derechos exclusivos y jurisdicción con respecto al establecimiento y la utilización de las islas artificiales, instalaciones y estructuras.

c) Jurisdicción exclusiva con respecto a otras actividades tendientes a la exploración y explotación económica de la zona.

d) Jurisdicción con respecto a la preservación del medio marino, incluidos el control y la eliminación de la contaminación, así como también con respecto a la investigación científica.

En el Art. 5o. de la Ley Reglamentaria se establece que "Los Estados extranjeros gozarán en la zona económica exclusiva de las libertades de la navegación y sobrevuelo y del tendido de cables y tuberías submarinos, así como de otros usos internacionalmente legítimos del mar relacionados con la navegación y las comunicaciones".

En el Diario Oficial del 7 de junio de 1976 se publicó el Decreto que fija el Límite Exterior de la zona económica exclusiva de México. En él se afirma que el límite exterior se formará por una serie de arcos que unen los puntos de coordenadas geográficas que están especificadas en el art. primero.

Se celebró entre México y los E.U.A. un Tratado sobre los Límites Marítimos, con fecha del 4 de mayo de 1978, para el cual tomaron en cuenta el Decreto por el que se adiciona el art. 27 de la Constitución Mexicana para establecer una zona económica exclusiva y la Ley de Conservación y Administración de Pesquerías de 1976 por la que se establece una Zona de Conservación de Pesquerías frente a la costa de los Estados Unidos.

También se basaron en el canje de notas del 24 de noviembre de 1976 donde reconocen, con carácter provisional, los límites marítimos entre los dos países. En el Proyecto de Convención sobre el Derecho del Mar se regula en la Zona Económica Exclusiva en sus artículos 55 al 75.

En ellos se regulan los derechos, deberes y jurisdicción del estado ribereño en la Zona Económica exclusiva, la anchura de la zona y los derechos y deberes de otros Estados.

Además, en caso de que ésta Convención no atribuya derechos o jurisdicción al Estado Ribereño o a otros Estados en la Zona Económica Exclusiva, y surja un conflicto entre los intereses del Estado Ribereño y los de cualquier otro Estado, el conflicto debería ser resuelto sobre una base de equidad y a la luz de todas las circunstancias pertinentes teniendo en cuenta la importancia respectiva que revistan los intereses de que se trate para las partes, así como para la comunidad internacional en su conjunto (artículo 59).

El Estado ribereño tiene el derecho exclusivo de construir y reglamentar la construcción de islas artificiales e instalaciones que puedan estorbar el ejercicio de sus derechos en la Zona Económica Exclusiva, además, el Estado Ribereño tendrá jurisdicción exclusiva sobre dichas instalaciones.

Un punto que debemos resaltar es la facultad que se le otorga al Estado Ribereño para determinar la captura permisible de recursos vivos en su zona económica exclusiva, tomando en cuenta los datos científicos de que disponga. De esta manera logrará preservar o restablecer las poblaciones de las especies capturadas, a su vez deberá determinar su capacidad de capturar a otras naciones.

Estos artículos se encuentran íntimamente vinculados con el conflicto atunero entre México y E.U.A., también el artículo 56 inciso No. 1, que se refiere a la soberanía en la explotación de los recursos tanto vivos como no vivos, puesto que en caso de la aprobación del proyecto, vendría a darle la razón a México en el citado conflicto.

En el art. 64 regula muy vagamente las especies altamente migratorias (en las que se incluye el atún), puesto que no señala si quedan bajo la jurisdicción directa del Estado Ribereño o son patrimonio común de las Naciones como sostienen los E.U.A. por considerar que estas especies atraviesan las aguas de gran número de países.

Simplemente señala el Art. 64 que las organizaciones internacionales regularán a dichas especies con el fin de asegurar su conservación y promover su utilización óptima.

Los Estados sin litoral tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los Estados Ribereños de la misma subregión o región, lo cual se establecerá mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales (artículo 69).

Es interesante la regulación que se da a las leyes y reglamentos del Estado ribereño en el artículo 73. Dicho Estado tiene la facultad de tomar las medidas que puedan ser necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados de conformidad con esta Convención.

Las sanciones establecidas por el Estado ribereño por las violaciones de los reglamentos de pesca en la zona económica exclusiva no podrán incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados. Podemos vincular directamente esta disposición con el Decreto que establece el cobro de derechos y productos por permisos de excepción y explotación comercial de ciertas especies de túnidos que realicen embarcaciones extranjeras en la zona económica exclusiva mexicana, publicado en el Diario Oficial del 14 de enero de 1980.

En dicho decreto se establece que en caso de falta de cumplimiento a lo dispuesto por su artículo 1o. se sancionará la embarcación en los términos del artículo 93 de la Ley Federal para el Fomento de la Pesca.

Señala el Proyecto de Convención que la delimitación de la zona económica exclusiva entre Estados con costas adyacentes situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre los mismos de conformidad con el Derecho Internacional.

Ejemplo de ello lo constituye el Tratado sobre Límites Marítimos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, celebrado el 4 de mayo de 1978.

Como punto final el autor establece una serie de cuadros esquemáticos en los cuales señala a grandes rasgos las diferencias entre mar territorial, zona económica exclusiva y alta mar.

La presente obra enfoca en forma elemental el tema de la zona económica exclusiva, considero que pudo haber profundizado y desarrollado con mayor amplitud la materia.

Por otro lado, sin embargo, es digno de mencionar la claridad de sus conceptos que dan al lector una visión panorámica sobre la zona económica exclusiva.

Los textos legales que incluyen, constituyen un valioso auxiliar para la complementación del conocimiento de esta materia.

Además, la bibliografía que ofrece al final es muy amplia, lo cual permitirá el poder aumentar la investigación al respecto.

FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ SÁNCHEZ
Alumno del Seminario de Tesis. 5o. Año

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *La posesión*, Madrid, Civitas, 1980.

El afamado catedrático de la Universidad de Madrid, don Antonio Hernández Gil, el cual en el campo del Derecho no requiere de presentaciones, no sólo en el campo del Derecho Civil, sino en el de muchas otras especialidades, ha dado a la luz su esperadísima obra de la posesión, campo en el cual se le considera uno de los grandes expertos.

En cuanto a la obra, se puede afirmar que es un verdadero tratado sobre la posesión, la cual estudia la institución en forma íntegra. El libro está dividido en nueve grandes capítulos bajo los siguientes rubros: La Posesión como fenómeno social e institución jurídica; clases y categorías de posesión; la buena fe y la posesión; el objeto de la posesión; adquisición, conservación, cambio y pérdida de la posesión; atribución de frutos, abono de gastos, devolución de frutos, responsabilidad del poseedor y régimen de mejoras; la posesión como base de la usucapión; la posesión de los bienes muebles, apariencia, legitimación y límites a la reivindicación y defensa interdictal de la posesión.

En el contexto de la obra el autor mantiene una fuerte tendencia, en tratar de discernir el verdadero significado de la posesión partiendo del análisis de la posesión romana, y de su recepción por los pueblos de Derecho Germánico, los cuales tenían una figura muy propia y distinta a la del Derecho Romano.

El autor está convencido de que en el tema posesorio hay una sobrecarga doctrinal, que ha llevado a esta figura a una espiritualización, en los libros de Derecho, que en nada se asemeja al contenido social de la institución.

El autor está convencido de que la posesión no es sino la insuprimible necesidad que tiene el hombre de usar los bienes que existen en cualquier sociedad, al margen de su modelo económico. Esta idea que es la central, nos demuestra la trascendencia de la figura, y nos explica el porqué se requiere que una de las mejores plumas de la civilítica española se aboque al tema.

El maestro Hernández Gil manifiesta que la obra que escribe cumple con la finalidad de destruir el mito que en relación a su persona se ha elaborado en materia posesoria. Añade que es la escritura la gran destructora de mitos, y nosotros agregamos que en este caso sí lo es, pero sólo para confirmar al maestro como quizá el mejor autor sobre la materia en la época actual.

PEDRO ORDORICA LEÑERO
Alumno del Seminario de Tesis. 5o. Año

DE BUEN LOZANO, NÉSTOR, *La Reforma del Proceso Laboral*, México, Porrúa, 1980, 142 págs.

Siendo el Derecho Laboral un derecho de contenido eminentemente social, social, su dinámica debe ser tal que vaya acorde con las necesidades que se van presentando a la clase trabajadora, objeto de su protección.

A partir del 18 de diciembre de 1979, fecha en que fue turnada a la Cámara Baja del Congreso de la Unión la iniciativa presidencial de reformas a los títulos catorce, quince y dieciséis de la ley Federal del Trabajo; dero-

gando además las disposiciones previas de la ley relativas al procedimiento de huelga y adicionando en forma sustancial el Artículo 47, en relación a la obligación patronal de dar aviso al trabajador de la causa o causas del despido. Los abogados, empresarios, trabajadores pronto mostraron su interés por conocer el contenido e implicaciones que la iniciativa entrañaba.

El autor no se concreta a analizar las implicaciones legales y doctrinarias de las reformas, sino que con muy buen tino dedica tres capítulos de su obra a comentar algunos de los Dictámenes de las Cámaras de Diputados y Senadores así como exposiciones particulares de diversos diputados y discusiones a que dieron lugar las mismas.

La suplencia de la queja, obligación que se impone a las Juntas de Conciliación y Arbitraje cuando la demanda de los trabajadores sea incompleta es tachada de inconstitucional en uno de los capítulos del libro. Aduce el maestro que esta facultad de mejorarlas termina por convertir a las juntas en juez y parte y además acertadamente agrega "¿Creen ustedes que los miembros de las Juntas llegarían al curioso extremo de declarar improcedentes en el laudo las acciones que ellos adicionaron a la demanda?" (pág. 28).

Otro tema que merece especial atención es el referente a la representación de las personas morales en la tramitación de juicio. Según lo establecen las nuevas reformas, las empresas deben acudir a juicio a través de sus representantes legales y no apoderados legales como lo establecía la ley antes de las adiciones; sin embargo como lo menciona el autor en su libro se debe precisar el criterio de las juntas respecto a esta materia y señalar que facultades debe llenar una persona para ser considerada como representante de una empresa. Si no se acepta la representación de los apoderados legales tampoco se puede llegar al absurdo de obligar a los altos directivos a dedicar parte de su tiempo para acudir a las juntas a conciliarse con los trabajadores.

Después de una serie de consideraciones el maestro De Buen Lozano concluye que las nuevas reformas coartan el derecho a la libre representación. Se exige a las partes que acudan personalmente a la etapa de conciliación sin intervención de apoderados o abogados patronos.

El autor, cuando nos habla de la tramitación del juicio ordinario establece las graves consecuencias que puede acarrear la facultad que tienen los trabajadores de cambiar totalmente todas las acciones intentadas en su escrito inicial de demanda, al momento en que ésta debe ser contestada por la contraparte. Concluye el Doctor Néstor de Buen que es una clara violación a la garantía de audiencia establecida en el Art. 14 const. pues se priva de tiempo suficiente para analizar y contestar la demanda.

A pesar de la dudosa constitucionalidad de algunos de los nuevos artículos, el autor coincide con el pensamiento y opinión de la mayor parte de los abogados en que, las nuevas reformas acarrean más beneficios que perjuicios a la clase obrera.

Si alguna crítica se puede hacer a el libro en cuestión es la superficialidad con la que son tratados la mayor parte de los temas. Sin embargo esto tiene una justificación pues no debemos olvidar que se trata de una recopilación de artículos publicados en una revista en la cual no se dispone de mucho espacio. Y además según mi opinión, el trabajo al que nos estamos refiriendo fue elaborado antes de la entrada en vigencia de las reformas por lo cual no era posible establecer las consecuencias que dichas reformas darían origen al ser objeto de práctica procesal ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

José Fco. Cortés Lozano

Alumno del Seminario de Tesis. 5o. Año

Cárdenas Raúl F., *Responsabilidad de los funcionarios públicos.* Editorial Porrúa, S. A. México, 1982, 567 páginas.

Aunque a la fecha se han publicado diferentes estudios, por muchos conceptos valiosos, sobre el tema de la responsabilidad oficial, no existía alguno que pudiera ser considerado como exhaustivo, que comprendiera la problemática total: el aspecto constitucional, el penal, el procedimental y el histórico, como lo ha hecho don Raúl F. Cárdenas en la obra que aquí se reseña.

Dos circunstancias orillaron al Maestro Cárdenas a escribir un nuevo texto jurídico: la existencia de una mala ley de responsabilidad, la publicada el 4 de enero de 1980, ahora derogada y el hecho de cumplir en este año de 1983 cincuenta años como abogado. Asimismo con su obra se inició lo que se pretendió fuera una serie de trabajos realizados por maestros y ex-alumnos de la Escuela Libre de Derecho, con motivo del setenta aniversario de su fundación que publicaría la conocida casa Editorial Porrúa.

Como es sabido con posterioridad a la publicación de la obra todo lo relativo a la responsabilidad de los ahora llamados servidores públicos ha sido modificado. El título cuarto de la constitución fue reestructurado; se ha promulgado una nueva ley de responsabilidad; al código penal se han hecho modificaciones tendientes a afinar las figuras delictivas que tenían que ver con la responsabilidad de los funcionarios públicos; también se han agravado las sanciones. Aunque no se ha tocado la esencia lo cierto es que se ha hecho un cambio cuando menos aparatoso.

Aunque es de suponerse que el trabajo del Maestro Cárdenas pudo haber influido en la redacción y estructura de los nuevos textos, la verdad es que las reformas fueron hechas con tal apresuramiento, que quien haya recurrido a él difícilmente pudo haber digerido tanto material disponible; de haberse consultado con seriedad se hubiera evitado muchos de los errores que aún subsisten en el nuevo sistema.

El capitulado del libro es el siguiente: antecedentes patrios, leyes de responsabilidad, antecedentes de los preceptos constitucionales, referencia al derecho comparado, inmunidades, inmunidad parlamentaria, del antejuicio o desafuero, el juicio político, responsabilidad de los magistrados de la suprema

corte de justicia de la nación, responsabilidad de los altos funcionarios, responsabilidad de los gobernadores y diputados locales, responsabilidad del presidente de la república, la ley de responsabilidad de 1979.

A escasos días de haberse aprobado los cambios al sistema de responsabilidad y no obstante no existir aún casos concretos de aplicación, ya se han hecho notorios muchos errores por lo que es de esperarse que la obra aquí reseñada prestará inestimables servicios.

ELISUR ARTEAGA NAVA

T. O. ELÍAS, *Problems concerning the validity of treaties*; Recueil des Cours, tomo 134 de la colección (1971-III) A. W. Sijthoff, Leyde, 1972, pp. 333-416.

El curso está integrado por una introducción, cinco capítulos y las conclusiones.

En la introducción el autor aborda las causas de invalidez de los tratados a cuyo examen van destinados los capítulos siguientes: el primero a las limitaciones constitucionales, el segundo al error y el fraude, el tercero a la corrupción y a la coacción; el cuarto el ius cogens. En el quinto capítulo analiza las consecuencias de la invalidez.

En la introducción el autor empieza por hacer notar que los dos primeros relatores de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Brierly y Lauterpacht, enfocaron su tarea como la de elaborar un proyecto de convención, en tanto que el tercero, Gerald Fitzmaurice prefirió el enfoque de un código expositivo. El cuarto volvió a la idea de la convención y consideró que su labor sería la de preparar un proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que sirviera como base para una convención.

Al explicar las razones de la Comisión para adoptar esta postura, se hizo notar que, en primer lugar un código expositivo no podría tener el grado de efectividad de una convención para consolidar el derecho y, la consolidación del Derecho de los tratados es de particular importancia en el tiempo actual cuando tantos nuevos estados han llegado a ser recientemente miembros de la Comunidad Internacional. En segundo lugar, la codificación del Derecho de los tratados a través de una convención multilateral daría a los nuevos estados la oportunidad de participar directamente en la formulación del derecho y tal participación en la labor de codificación le pareció a la Comisión como extremadamente deseable, a fin de que el derecho de los tratados se pueda realizar sobre fundamentos más profesionales y seguros.

Posteriormente se insistió en ese enfoque a pesar de las sugerencias de los gobiernos en el sentido de que se adoptara el método de un proyecto de Cómera codificación cuanto de desarrollo progresivo del Derecho Internacional. digo en lugar de una convención.

Hace también notar que la Convención de Viena abarca tanto aspectos de

Hace también notar que la Convención de Viena abarca tanto aspectos de mera codificación cuanto de desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Después señala que su curso se limita a las causas de invalidez y no abarca la totalidad de la parte quinta de la Convención, que se refiere también a algunos otros aspectos tales como la terminación y suspensión de los tratados. Pasa entonces a enumerar las causas de invalidez enumeradas por la Convención, pero antes de entrar al análisis de las mismas insiste en la necesidad de dar toda la importancia a la exposición según la cual cualquier intento de afectar a la validez del tratado, darlo por terminado o denunciarlo, suspenderlo o separarse debe de llevarse a cabo estrictamente de acuerdo con lo previsto en la Convención y, por otra parte, la invalidez no afecta ninguna obligación del estado que derive de disposiciones de Derecho Internacional independientemente del tratado.

A continuación se refiere a la separabilidad de las disposiciones de un tratado, haciendo notar que sólo las cláusulas afectadas por una causa de invalidez, terminación o suspensión si son distintas y separables y no son base esencial del tratado pueden ser eliminadas, conservando el resto en vigor, lo cual no se aplica en el caso de fraude o corrupción ya que en estos casos el estado víctima puede, a su elección, nulificar la totalidad del tratado o únicamente las cláusulas con respecto a las cuales existe tal fraude o corrupción. Hace notar que, en el caso de coacción hay una nulidad absoluta análogamente a lo que sucede en caso de violación al ius cogens, si bien podrían afectar únicamente a cláusulas determinadas, sí es posible llevar a cabo la separación y el cumplimiento del resto del tratado no resulta injusto en las circunstancias del caso.

También destaca que, en virtud del principio de buena fe que preside los tratados, una parte no puede invocar las causas de invalidez, cuando ha reconocido la continuación del tratado después de haber tomado conocimiento de las causas de invalidez, terminación, o suspensión lo cual no se aplica en el caso de coacción o violaciones al Ius Cogens y, por la otra parte, el principio no se aplica si el tratado mismo prevé la terminación o si las partes la acuerdan.

Por último, debe tomarse en consideración el procedimiento fijado en los artículos 65 y 66 para llevar a cabo la invalidez, terminación, o suspensión de un tratado, según los cuales tan sólo en el caso de violación al ius cogens existe la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, en tanto que, en los otros casos, se han previsto el arbitraje y la conciliación según acuerden las partes en el caso específico.

El capítulo primero se refiere a las limitaciones constitucionales en materia de celebración de tratados. En él estudia el autor las diversas consecuencias a que llevan las teorías monistas y dualistas en la materia y, se refiere posteriormente a los precedentes existentes que evidencian las diversas posturas monistas y dualistas para, por último, referirse a la decisión de la Conferencia de Viena a solicitud de Perú y el Reino Unido a fin de adicionar

el proyecto de Convención con la frase aclaratoria según la cual la violación debe referirse a una norma de importancia fundamental por una parte, "propuesta de Perú" y, por la otra tendiente a clarificar cuando debe considerarse que existe una violación manifiesta, propuesta ésta de Gran Bretaña que se tomó del comentario mismo de la Comisión de Derecho Internacional al proyecto.

A continuación, analiza el artículo 44 del proyecto elaborado por la Comisión, según el cual las limitaciones o instrucciones específicas a un representante de un estado, no afectan a la validez del tratado a menos de que se hayan hecho del conocimiento de los demás estados con los cuales se llevan a cabo las negociaciones, artículo que fue mejorado durante la Conferencia de Viena y que pasó bajo el numeral 47, según el cual tales limitaciones o restricciones deben ser notificadas a los otros estados en negociaciones.

Desde luego, hace notar el autor, debe tenerse clara la diferencia entre el artículo 46 y 47, en tanto este último evidentemente no se refire a las limitaciones constitucionales mismas que se rigen por el artículo 46.

En el capítulo segundo analiza el error y el fraude separadamente.

Empieza por referirse a los antecedentes y a la doctrina en materia de error, para pasar al artículo 45 del proyecto de la Comisión que fue adoptado sin ninguna modificación como artículo 48 de la Convención de Viena y, hacer notar que esta disposición no establece distinción alguna entre errores unilaterales y comunes a ambas partes, de ahí que carezca de relevancia si el error es cometido tan sólo por una de las partes o por todas, siempre y cuando ese error haya sido una base esencial del consentimiento de esa parte. También hace notar que la disposición no se refiere a errores de derecho, con lo cual se elimina toda posibilidad de pretender introducir un error de derecho como causa de invalidez.

Después estudia la diferencia entre el artículo 48 y el artículo 69, que se refiere a errores en el texto del tratado y que no constituye materia de error causa de invalidez, sino que tan sólo da lugar a la modificación del texto, pues se trata tan sólo de una inconsistencia o error gráfico o alguna otra irregularidad en la redacción, pero que no implica el que exista una discusión en cuanto al tratado mismo.

A continuación analiza el fraude o conducta fraudulenta y hace notar el acierto de tratar separadamente el error y el dolo o conducta fraudulenta, ya que este último destruye la confianza mutua entre los estados.

Después de referirse al proyecto de la Comisión y a la propuesta de reforma en la Conferencia de Viena, hace ver que se prefirió no intentar definir al fraude o dolo sino limitarse a hablar de conducta fraudulenta para dejar a la judicatura la labor de definirlo.

En el capítulo tercero estudia la corrupción y la coacción, ocupándose de ellas separadamente. En cuanto a la corrupción, hace notar que originalmente la Comisión había dedicado una disposición específica a este tema pero, posteriormente, a raíz de las observaciones de diversos gobiernos, decidió que

era necesario introducir un artículo explicativo, ya que la misma no necesariamente quedaba comprendida bajo las conductas fraudulentas reguladas por otra disposición.

Desde luego, lo difícil en estos casos es determinar que se entiende por corrupción. El autor llama la atención sobre el comentario de la Comisión, según el cual se utiliza el término corrupción precisamente para indicar que solamente actos calculados para ejercer una influencia substancial en la disposición del representante para celebrar el tratado, pueden ser considerados como suficientes para invalidar la expresión de consentimiento.

A continuación el autor se refiere a la coacción, diferenciado entre la coacción sobre el representante y la coacción sobre el estado. En cuanto a la primera, después de referirse al artículo 48 del proyecto de la Comisión, hace notar que, conforme al mismo que fue aprobado sin ninguna modificación como artículo 51, la coacción sobre el representante nulifica totalmente el tratado sin que se le pueda considerar simplemente como anulable. También hace notar que la disposición permite comprender cualquier tipo de coacción, no sólo la física sino también la moral o psíquica.

Pasa después a considerar la coacción al estado por la amenaza o uso de la fuerza. Hoy es generalmente aceptado que en el Derecho Internacional contemporáneo se considera a los tratados concluidos por la amenaza o uso de la fuerza contra la independencia soberana y la integridad territorial del estado, como completamente nulos; posición relativamente reciente. Como es bien sabido, durante mucho tiempo en el Derecho Internacional se consideró que el aceptar tal idea llevaría a negar la validez de los tratados de paz.

El artículo elaborado por la Comisión establecía que un tratado sería inválido si su conclusión se obtuvo por amenaza o uso de la fuerza en violación a los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Esta disposición del proyecto merece varios comentarios del autor. El primero, es destacar que se refiere a los principios de la Carta y no a una violación a la Carta misma, pues esto último hubiera dejado fuera a los estados no miembros. El segundo aspecto delicado, es determinar si los tratados concluidos en tales circunstancias, deberían considerarse nulos o tan sólo anulables. Prevaleció la opinión mayoritaria en el sentido de que, dada la gravedad de la situación deben considerarse como totalmente nulos por lo que, un tratado nulificado en virtud de esta causa, sólo puede ser objeto de un nuevo tratado, una vez que todas las partes están en una situación de igualdad.

Otro aspecto delicado es el temporal. La Comisión claramente hizo notar en su comentario que la regla sólo podría aplicarse con posterioridad a su introducción y no podría ocasionar el dejar sin validez a los tratados de paz o cualquier otro tratado obtenido por la coacción con anterioridad a las nuevas normas que han prohibido el uso y la amenaza de uso de la fuerza.

A continuación se refiere a las discusiones en la Conferencia de Viena con relación a este tema, discusión que hizo enfrentarse a las opiniones de los estados Occidentales y las de los nuevos estados, especialmente africanos,

asiáticos y algunos latinoamericanos. Los primeros sostenían que la disposición debería entenderse en el sentido de "fuerza armada", en tanto los segundos consideraban que deberían extenderse a la presión económica y política.

El problema ya había surgido en el Comité especial sobre principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones amistosas y cooperación de estados, en el sentido de si el artículo 2, 4 de la Carta de la ONU, se refiere exclusivamente a la fuerza armada o si incluye también las presiones económicas y políticas, tema en el cual los estados occidentales apoyaron la primera interpretación, en tanto que los nuevos estados se inclinaron por la segunda. Después de serios debates finalmente se logró aprobar el artículo 52 con una ligera modificación, y adoptar la declaración sobre la prohibición de la amenaza o uso de la coacción económica o política para la celebración de un tratado, que acompaña a la Convención.

En el capítulo cuarto el autor estudia el tema del ius cogens. Empieza por referirse al concepto y existencia de las normas de Derecho Internacional de tal carácter y al proyecto del artículo 50 de la Comisión, según el cual un tratado es nulo si está en contradicción con una norma imperativa de Derecho Internacional que no pueda ser derogada y que únicamente pueda ser modificada por una norma subsecuente de Derecho Internacional del mismo carácter.

El segundo aspecto delicado es el relativo a la solución de conflictos en este tema y el tercero el de si tendría efectos retroactivos. La Comisión consideró que no eran necesarias reglas especiales y que no habría aplicación retroactiva.

El autor se refiere a los debates en el seno de la Conferencia de Viena que permitieron llegar a adoptar finalmente el artículo 53 tomando como base el artículo 50 del proyecto de la Comisión con algunas modificaciones y, hace notar también el artículo 64 que, se refiere a la terminación de tratados en el caso de surgir nuevas normas de ius cogens.

Analizados los artículos 53, 51 y 64 pasa al tema que planteó mayores problemas en la Conferencia. El relativo a la solución de conflictos en el caso de ius cogens. Después de referirse al proyecto de la Comisión y a las propuestas de los diversos estados, analiza la propuesta introducida en último momento por Gana, Costa de Marfil, Kenya, Kuwait, Líbano, Marruecos, Nigeria, Sudán, Túnez y Tanzania en la que, se preveía que en el caso de disputas concernientes a ius cogens se sometería el asunto a la Corte Internacional de Justicia, propuesta que fue aceptada el último día de la Conferencia.

En el capítulo quinto analiza las consecuencias de la invalidez del tratado. Estudia los diversos artículos de la Convención de Viena sobre la materia, así como los antecedentes en el proyecto de la Comisión. Concluye haciendo ver que, una vez que se establece la nulidad de un tratado es nulo de inicio y no a partir de la fecha en que la invalidez ha sido invocada, situación ésta que no se aplica en el caso de que un tratado termine de conformidad con el artículo 64, es decir en el caso de terminación por sobrevivencia de una norma de ius cogens.

En sus conclusiones, el autor hace notar que la Convención contiene muchos elementos de desarrollo progresivo y codificación en materia de tratados por lo que se refiere a las causas de invalidez y, que con anterioridad no se había contado con un estudio tan comprensivo y analítico de los distintos aspectos relativos al error, dolo, corrupción, coacción y sobre todo, al ius cogens.

Sin duda, hace notar el autor, dentro de las distintas causas de invalidez el tema de ius cogens es el más controvertido, tal vez por ser el más importante. Aquí también se ha logrado articular una serie de principios antes latentes e imprecisos.

Destaca que en algunos casos el tratado es nulo y en otros casos es meramente anulable. Algunos tipos de error los hace generalmente anulables pero el dolo, la corrupción, y la coacción y el conflicto con el ius cogens producen la nulidad del tratado. Por otra parte, en los casos de dolo, y corrupción las cláusulas del tratado se consideran divisibles y si son separables puede continuar en vigor el resto del tratado en tanto que, en caso de fraude, corrupción, coacción o violación del ius cogens en el momento de celebración, el tratado en su totalidad es considerado como nulo y no se establece la divisibilidad de las cláusulas.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados asegura que desde ahora, todos los estados estarán obligados a conducir sus relaciones exteriores de acuerdo con reglas claras y establecidas de conducta internacional. Por otra parte, la Convención establece que el estado puede perder su derecho a invocar una causa de invalidez en el caso de limitaciones constitucionales o restricciones a representantes, error, dolo o corrupción si teniendo conocimiento de la causa acepta que el tratado continúa como válido o da su aquiescencia al tratado.

Concluye haciendo notar que, la Convención se aplica únicamente a los tratados celebrados entre estados después de entrar en vigor con respecto a tales estados, a menos de que se prevean otra cosa en la Convención. Esta disposición de no retroactividad en materia de invalidez es una salvaguarda realista en contra de posibles abusos. Tampoco debe restarse importancia y valor al procedimiento de resolución de conflictos establecido en la Convención, que incluye acudir a la conciliación, el arbitraje y, en el caso de ius cogens a la Corte Internacional de Justicia. La aceptación de este mecanismo para determinar la existencia de una causa de invalidez es un tributo del sentido realista y de la madurez de todos los participantes de la Conferencia de Viena. Es parcialmente por esta razón que la Convención ha sido correctamente descrita como el tratado de tratados.

FERNANDO A. VÁZQUEZ PANDO

GYÖRGY HARASZTI, *Treaties and the fundamental change of circumstances*, Recueil des Cours, tomo 146 (1975-III), Leyde, A. W. Sijthoff, 1977, pp. 1-94.

El curso del Profesor Haraszti está integrado por una breve introducción y 7 capítulos.

En la introducción plantea el Profesor Haraszti el problema de la adecuada ubicación del problema de cambio de circunstancias en el contexto del derecho de los tratados, y, para llevar a cabo tal ubicación hace notar que se trata de un problema atinente a la terminación de los tratados, lo cual plantea la necesidad de clasificar las causas de terminación a fin de ubicar con mayor precisión el tema.

El autor propone una clasificación bipartita de las causas de terminación de los tratados, diferenciando entre aquéllas en que la terminación deriva del consentimiento de las partes, expreso o tácito, o bien de las reglas del derecho internacional. Y hace notar que, existe una diferencia fundamental entre las dos categorías en tanto a la terminación de los tratados ya que, en el primer caso, habrá de buscarse la intención de las partes en tanto que, en el último habrán de buscarse las reglas del derecho internacional.

A partir de este criterio, el Profesor Haraszti hace la siguiente clasificación:

I. Terminación de un tratado de conformidad a la voluntad conjunta de las partes contratantes:

1) Sobreviniencia de los eventos definidos en el tratado:

a) Expiración del plazo fijado para la duración del tratado.

b) Operación de una condición resolutoria.

2) Denuncia.
3) Acuerdo expreso de las partes para la terminación del tratado.
4) Acuerdo tácito (celebración de un tratado incompatible con uno anterior).

II. Terminación del tratado por operación del derecho:
1) Ejecución.
2) Incumplimiento.
3) Cambio de circunstancias.
4) Imposibilidad sobreviniente de cumplimiento.
5) Extinción de la personalidad internacional de alguna de las partes del tratado.
6) Guerra.

Para concluir la introducción, el autor hace notar que la temática atinente al cambio de circunstancias suele denominarse con la expresión "Rebus sic stantibus" y aunque tal expresión no refleja la naturaleza del problema ni el enfoque del autor, advierte que utilizará ese término únicamente para efectos de brevedad.

Concluida la introducción, entra en materia, dividiendo su estudio en 7 capítulos, el primero dedicado a la formación histórica de la doctrina Rebus sic Stantitbus; el segundo a la práctica diplomática en los últimos 100 años sobre el tema; el tercero a ejemplos tomados de la práctica judicial; el cuarto a la naturaleza jurídica de la cláusula; el quinto a los tratados que no caen bajo efecto de la cláusula; el sexto a los efectos jurídicos de la aplicación de la cláusula y, el séptimo y último sobre el procedimiento en el caso de solicitud para terminar el tratado.

En el capítulo primero, atinente a la formación histórica de la doctrina rebus sic stantibus, hace notar que a pesar de los intentos de encontrar sus orígenes en la práctica griega y en el derecho romano, parece más acertada la opinión de Nussbaum en el sentido de que sus orígenes se encuentra en el derecho canónico. Sin duda, agrega el autor, Tomás de Aquino menciona el tema en la Suma Teológica (hace referencia a la II 2, 9, 110).

Ya en el ámbito internacional, Gentili es el primero en tomar una posición definitiva en la materia cuando en su De Jure Belli Libri tres establece que, debe establecerse una excepción para el cumplimiento de un tratado en el caso en que "La condición de los asuntos cambia, si el cambio no pudo haber sido previsto".

Análogamente, Suárez adopta el mismo punto de vista en tanto que Hugo Grocio adopta una actitud muy restrictiva en la materia, en lo cual lo sigue Pufendorf que parece aún más negativo que Grocio por lo que se refiere al tema. La tendencia positivista posterior adopta una postura cada vez más negativa destacándose Bynkershoek quien critica agudamente la doctrina.

La postura de Christian Wolff parece ser intermedia y considerar al cambio de circunstancias como una base para la terminación de los tratados.

Vattel entre los clásicos es en cambio un defensor convencido de la cláusula, quizá bajo la influencia de Spinoza.

Vattel se plantea la pregunta partiendo de enfocarla como condición implícita, al preguntarse si los tratados incluyen una restricción en el sentido de que se mantendrán en vigor tan sólo en tanto las circunstancias continúen sin cambio. En su respuesta Vattel afirma que si un tratado ha sido celebrado con vista y en virtud de las circunstancias existentes, entonces el cambio de esas circunstancias durante el tratado lo hará caer necesariamente; punto de vista éste que tuvo una gran influencia en la doctrina internacionalista, y que encuentra todavía muchos seguidores.

A continuación hace referencia a la cláusula rebus sic stantibus en el derecho civil de la época, haciendo notar como a pesar de haber sido aceptada en diversos casos, al llegarse a la época codificadora es claramente recha-

zada en el ámbito del derecho civil, aunque en contraste empieza a ser establecida por la práctica del derecho internacional.

Posteriormente hace referencia a dos de los casos más antiguos en que se ha invocado la cláusula rebus sic stantibus. Uno de ellos entre Inglaterra y los Países Bajos en el siglo XVI, durante el reinado de Isabel I, el otro en el siglo XVIII entre el rey Federico II de Prusia con respecto al tratado de neutralidad celebrado con la ciudad de Breslau en 1741. Caso este último de interés especial, ya que el tratado contenía expresamente la cláusula, lo cual es muy poco común.

Por su parte, Ma. Teresa invocó la cláusula en 1748 en ocasión al tratado de Aix-la-Chapelle a fin de invalidar el tratado de Worms. En cuanto al siglo XIX se refiere el autor al llamado caso Lusatia.

El capítulo II está destinado al análisis de la práctica diplomática en el último siglo con relación a la cláusula rebus sic stantibus. Y se refiere a distintos asuntos, empezando por el llamado asunto Pontus; la declaración de Alemania en marzo de 1935 con relación a la parte quinta del tratado de Versalles reintroduciendo la conscripción general; la declaración rusa de 1886 con relación al artículo 59 del tratado de Berlín de 1878; la proclamación del 7 de octubre de 1908 de Francisco José I con relación al tratado de Berlín de 1878, y los dos casos en que los Estados Unidos parecen haber acudido a la cláusula rebus sic stantibus: la primera vez con relación al tratado Clayton Bulwer, y la segunda que fue la declaración del 9 de agosto de 1941 del presidente Roosvelt con relación a la convención del 5 de junio de 1930. Después se refiere el autor a los diversos casos en que se acudió a la cláusula rebus sic stantibus con relación a la guerra de los Valcanes anterior a la primera guera mundial. Posteriormente se refiere al papel muy importante que ha tenido la cláusula rebus sic stantibus en un tipo especial de tratados, las llamadas capitulaciones, y empieza por recordar la abrogación unilateral hecha por China en 1926 del tratado firmado con Bélgica en 1865 y posteriormente, a la invocación que hiciera Noruega en 1924 con relación al tratado concluido en 1907 entre Suecia y Noruega, caso este último de especial interés ya que no se trataba de un tratado firmado por un plazo indefinido.

A continuación hace mención de la declaración francesa de diciembre 12 de 1932 con relación a los adeudos entre Francia y los Estados Unidos de América: La Cámara de Diputados claramente estableció que conforme a un principio reconocido de Derecho Internacional los tratados deben ser ejecutados "rebus sic Stantibus".

En el período comprendido entre las dos guerras, recuerda la actitud de la Unión Soviética en la materia, la cual invocó la cláusula rebus sic stantibus en varias ocasiones, invocando que, a raíz de la Revolución de 1917 se había dado un cambio de circunstancias relevantes.

Después se refiere a la conocida disputa entre Gran Bretaña y Egipto con relación al tratado de 1936, que llegara a captar la atención del Consejo

de Seguridad de Naciones Unidas en 1947, así como a la opinión del Secrerio de Naciones Unidas relativo a los tratados de protección de minorías celebrados con posterioridad a la primera guerra mundial, en la cual puso de manifiesto que en nuestra época los expertos en Derecho Internacional consideran que no puede rechazarse al cambio fundamental de circunstancias como una causa de terminación de los tratados.

Recuerda también el memorándum de 11 de marzo de 1966 enviado por Francia a los países miembros del tratado de la Organización del Atlántico del Norte, en el cual se acudía a un argumento atinente a los cambios de circunstancias, para concluir haciendo notar que, en todos los casos si bien ha habido disputas éstas han versado no sobre la validez de invocar la cláusula rebus sic stantibus sino, exclusivamente, sobre si en el caso específico los cambios alegados eran realmente suficientes para hacer operar la cláusula.

El capítulo III está destinado al análisis de algunos ejemplos tomados de la práctica judicial.

El autor empieza por referirse a los dos casos resueltos por la Corte Permanente de Justicia Internacional en que se hizo expresamente referencia al problema de la cláusula rebus sic stantibus. El primero de ellos fue el caso entre el Reino Unido y Francia con relación a los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos mismo que, desgraciadamente no permitió a la Corte exponer una opinión más detallada sobre el tema en virtud del acuerdo entre los estados parte.

El segundo caso fue el relativo a las Zonas de Alta Saboya y de Gex. En él la Corte Permanente sin comprometerse sobre la cláusula rebus sic stantibus hizo notar que, a pesar de que habían existido una serie de cambios de circunstancias éstas no habían sido tenidas en consideración para la creación de las zonas. Al decir del autor, en este juicio la Corte Permanente de Justicia Internacional no adoptó una política clara con respecto a la cláusula, sin embargo, del razonamiento de la Corte parece seguirse la conclusión de que el foro aprobaba el principio según el cual un cambio fundamental en las circunstancias con posterioridad a la celebración de un tratado permite la abrogación del mismo.

A continuación se refiere Haraszti a los casos en que la Corte Internacional de Justicia ha tocado el tema, haciendo notar que en dos de sus resoluciones, del 2 de febrero de 1973 en los asuntos de las pesquerías entre el Reino Unido e Islandia y entre la República Federal Alemana e Islandia la Corte, declaró en forma clara que "El derecho internacional admite que un cambio fundamental en las circunstancias que determinaron a las partes a aceptar un tratado, si resulta en una transformación radical de las obligaciones impuestas por éste, puede, en ciertas condiciones, permitir a la parte afectada un fundamento para invocar la terminación o suspensión del tratado." Aún más, hace notar el autor, la Corte aclaró el sentido que debe darse a la expresión "transformación radical de las obligaciones" declarando que "el cambio debe de incrementar la carga de las obligaciones a ejecutarse

en tal medida que ocasione que el cumplimiento sea algo esencialmente diferente de aquello que originalmente se había asumido".

La fórmula utilizada por la Corte, hace notar el autor, difiere en algunos aspectos de la fórmula de la Convención de Viena, en tanto la primera prefirió un formulación positiva mientras que la segunda adopta una negativa para destacar el carácter excepcional de los efectos del cambio de las circunstancias.

Posteriormente, el profesor Haraszti se refiere al caso resuelto por la Corte Centroamericana de Justicia, que en 1916 tuvo que resolver una disputa relativa a un tratado sobre fronteras entre Costa Rica y Nicaragua, caso en el cual la Corte rechazó la aplicación de la cláusula en el caso de un tratado de fronteras, si bien la argumentación de la sentencia no es muy convincente.

Pasa después a los casos resueltos mediante arbitraje, haciendo notar que aunque es muy difícil encontrar uniformidad en casos arbitrales, en términos generales la cláusula rebus sic stantibus ha encontrado una acogida positiva, si bien en la gran mayoría de los casos se encuentra entremezclada con la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento, fuerza mayor y otras situaciones similares. Un fenómeno similar, anota el autor, se presenta también en la práctica de los tribunales internos de varios estados.

La cláusula rebus sic stantibus apareció entremezclada con la fuerza mayor en el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje en el caso de las indemnizaciones rusas de 1917. En el laudo del 17 de junio de 1934 que resolvió el caso entre Barcs Pakrac Railway Company y Yugoslavia, se hizo referencia expresa al efecto del cambio de circunstancias sobre un tratado.

Una característica de este laudo es que el tribunal no dio por terminado el acuerdo, sino que modificó el contenido de las relaciones jurídicas existentes entre las partes con fundamento en el artículo 304 del tratado de Trianón que así lo preveía.

El capítulo cuarto está destinado al análisis de la naturaleza jurídica de la cláusula y, en el Haraszty hace notar que existen diversas teorías al respecto, la más antigua de las cuales está vinculada al nombre de Tomás de Aquino, el cual consideraba la cláusula como una condición tácita. Enfoque que ha encontrado variantes que han tratado de considerarla como una cláusula implícita o presunta; postura a la cual se enfrenta una radicalmente opuesta que pretende considerarla como una regla objetiva de derecho internacional, enfoque éste que parece ser el seguido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas al redactar el proyecto de Convención de Viena, así como por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Pesquerías en el cual consideró al artículo 52 de la Convención de Viena como la codificación del derecho consuetudinario internacional en materia de terminación de tratados en el caso de cambio de circunstancias.

Ha habido algunos intentos de conciliar algunas doctrinas, y así se ha pretendido que es una norma objetiva de derecho internacional que en cada tratado existe una condición resolutoria para el caso de cambio de circunstancias. Esta teoría implicaría que, ante el cambio habría una terminación automática del tratado y por ello no ha encontrado mucha acogida frente a la fórmula de la convención de Viena, según la cual queda a opción de la parte el invocar o no como causa de terminación un cambio fundamental de las circunstancias.

En la opinión del autor, el principio implicado en la llamada cláusula rebus sic stantibus es una regla objetiva de derecho internacional, aplicable independientemente de la intención expresa o tácita de las partes de un tratado, y que, permite dar por terminado un tratado en forma total o parcial.

A continuación el autor hace referencia a diversas teorías que se han elaborado para dar alguna fundamentación teórica a la cláusula, muchas de las cuales tienen un claro sabor jusnaturalista.

Hay teorías que han querido encontrar su fundamento en la justicia (Fiore por ejemplo); en los derechos fundamentales de los estados (bien sea en el derecho a la autopreservación —Vattel y la Corte Permanente de Arbitraje en algún caso—, a la existencia, o al desarrollo). En el polo opuesto a estas doctrinas está aquella que justifica a la doctrina en los intereses de las partes contratantes, partiendo de la idea de que la función de un tratado es la de promover sus intereses y que, por ende, si no lo logra debe terminar; doctrina que, en el fondo viene a desconocer el carácter jurídico de los tratados. El siguiente grupo de teorías es bastante cercana a la que acabamos de mencionar: la teoría de los fines, según la cual existen fines qeu guían a las partes a la conclusión del tratado, por lo que la frustración de tal fin debe ocasionar la de las obligaciones derivadas del mismo. Otro grupo de teorías es aquel que pretende fundamentarla asumiendo que en cada caso un tratado está vinculando a una situación actual, y esa situación actual se refleja en la norma creada por el tratado. Por ello, si cambia esa situación, tal cambio debe tener una consecuencai en el tratado necesariamente.

Es esta última doctrina la que el autor considera más acertada, pues en la mayoría de los casos en la práctica diplomática se puede encontrar que los estados consideran a los tratados vinculados a una situación dada y que la base de la terminación deriva precisamente de la estrecha relación entre tales hechos y la norma jurídica, es decir la dependencia entre la norma creada por las partes y la situación.

El problema práctico que plantea esta teoría es que, se convierte en problemática cuando se pregunta sobre las circunstancias y la naturaleza del cambio que puede justificar la terminación de un tratado. La práctica judicial y diplomática, así como el artículo 62 de la Convención de Viena llevan a la conclusión que sólo los cambios de circunstancias que en atención a la naturaleza y el contenido del tratado constituyen una base esencial, pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula. Es decir, cuando la dependencia antes mencionada puede ser establecida entre los hechos y las disposiciones del tratado.

El cambio de circunstancais tiene que ser de tal tipo que afecte en forma decisiva la carga de alguna o ambas partes. Un cambio fundamental de circunstancias que ocasione tal consecuencia, es un criterio obejtivo que puede ser establecido en forma independiente de la opinión de las partes, según considera el autor.

Después de discutir esas diversas teorías y emitir su opinión en los términos mencionados, el autor hace notar que esta causa de terminación es distinta a otras con las cuales se le ha querido confundir, como la imposibilidad sobreviniente por ejemplo, y sigue adelante preguntándose si es una norma jurídica de carácter tal que prevalece en cualquier caso, aun cuando las partes pretendan eliminarla mediante un acuerdo mutuo, es decir si se trata de una norma imperativa o dispositiva.

El autor, después de referirse a la escasez de datos que pueden encontrarse en la doctrina y en la práctica, manifesta su opinión en el sentido que desde su punto de vista la cláusula misma no puede excluirse mediante un acuerdo entre las partes, ya que la cláusula operaría con respecto a tal acuerdo. Aunque, considera, que las partes sí podrían excluir la operación de la cláusula con respecto a determinados cambios expresamente previstos, pero ello más que implicar una exclusión de la cláusula implica el prever ciertas circunstancias por anticipado y, por ende, existiendo tal previsión se estaría fuera del radio de acción de la cláusula.

A continuación se plantea la pregunta de si la cláusula rebus sic stantibus no implica un rechazo del principio Pacta Sunt Servanda, haciendo notar que en realidad se trata de dos principios complementarios.

El capítulo quinto está destinado a la consideración de los tratados que no caen bajo el radio de acción de la cláusula rebus sic stantibus. El autor empieza por referirse al artículo 62 de la Convención de Viena en la parte según la cual el cambio de circunstancias no puede ser invocado en el caso de tratados que establecen una frontera, para hacer notar que este principio, en su concepto admisible, en realidad se deriva del hecho de que han sido cumplidos y, una vez cumplidos simplemente desempeñan el papel de título y, por ende, el cumplimiento de los mismos no puede ser más gravoso en el caso de un cambio de circunstancias.

Posteriormente se refiere a algunos otros tratados en cuestiones territoriales, así como a la aparente dificultad en hacer compatible lo anterior con el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

A continuación se refiere a la opinión de diversos autores según los cuales la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, sólo se justificaría en tratados celebrados por un período indefinido, externando su opinión en el sentido de que la diferenciación entre tratados a plazos definidos e indefinidos es arbitraria e injustificada, haciendo notar que aún en los tratados por períodos definidos, pueden darse cambios que hagan prohibitiva la continuación del tratado aún para el plazo previsto, por lo cual considera que la posición adoptada por la Comisión de Derecho Internacional por la Convención de Viena

en el sentido de que la cláusula pueda aplicarse a un tratado independientemente del período de su vigencia, es la correcta. Después se refiere a la pretendida diferenciación entre tratados ley y tratados contrato, haciendo notar que tampoco resulta aceptable la opinión según la cual el cambio de circunstancias operarían tan sólo con respecto a los primeros para concluir que, haciendo a un lado los tratados relativos a fronteras no puede negarse la posibilidad de dar por terminado un tratado con fundamento en el cambio de circunstancias en ninguna categoría de tratados.

El capítulo sexto se refiere a los efectos de la aplicación de la cláusula. En él, el autor empieza por hacer notar el que la aplicación de la cláusula no necesariamente lleva a la abrogación del tratado en su totalidad. Está fuera de dudas que conforme a la práctica diplomática un cambio de circunstancias puede dar lugar tan sólo a una terminación parcial del tratado. Dependerá de analizar en cada caso si las disposiciones del tratado son separables (artículo 44 de la Convención de Viena) o no y, por lo mismo si se pueden mantener o no en vigor algunas partes del tratado. Es evidente que si existe una cohesión absoluta entre las disposiciones del tratado que, haga imposible la separación de las mismas, se daría lugar a una terminación del tratado en su totalidad.

A continuación el autor se refiere a un problema delicado: el de si la aplicación de la cláusula lleva necesariamente a la terminación del tratado en su totalidad o en parte, o bien si puede ser una base suficiente para exigir la modificación de las disposiciones del tratado. Hace notar que en la práctica, en la mayoría de los casos se ha dado lugar a una modificación y, raras veces ha llevado a una terminación.

El autor después de referirse a la opinión de diversos internacionalistas y a la práctica diplomática, concluye que en el derecho internacional no existe un derecho a demandar la modificación de un tratado, tema que es más político que jurídico ya que una modificación requiere de la aprobación de las partes, motivo por el cual la confusión que se ha hecho con respecto al artículo 19 de la Carta de Liga de las Naciones y el principio rebus sic stantibus parece del todo inadecuado. Por ello concluye el autor que, desde el punto de vista de los efectos jurídicos, el cambio de circunstancias lleva a poder demandar la terminación o suspensión del tratado pero no existe la posibilidad de exigir la modificación del mismo. Pero debe de hacerse notar, insiste el autor, que si bien el cambio de circunstancias puede dar a tener derecho a exigir la suspensión o terminación del tratado en todo o en parte, no hay duda que no se da terminación automática o suspensión automática. La opinión de una terminación automática es claramente inaceptable, entre otros motivos porque es incompatible con el derecho que tiene la parte afectada a elegir entre continuar con el tratado, suspenderlo, o que se dé por terminado.

Por último, se refiere el autor a la situación de tratados multilaterales, haciendo notar que si en tal supuesto alguna de las partes lo quisiere terminar

invocando un cambio de circunstancias, tal terminación afectaría únicamente a las relaciones entre las demás partes y ese estado, pero dejaría subsistente el tratado entre los estados restantes, salvo en aquellos casos en que por su naturaleza el hecho de que uno de los estados parte deje de serlos ocasione que el tratado carezca de objeto, situación excepcional pero que se presenta particularmente en los casos de tratados de alianza o en tratados para la limitación de armamento.

En el capítulo séptimo, último del curso, el autor se refiere al procedimiento en el caso de demanda de terminación del tratado.

Empieza el autor por hacer notar la importancia del tema, que puede llevar, como han anotado algunos autores, a dejar sin efecto la operancia de la cláusula a través de cuestiones de tipo procesal. Desde luego, el problema básico es determinar si una de las partes puede unilateralmente hacer valer la terminación del tratado o bien si la terminación puede establecerse únicamente mediante un acuerdo entre las partes contratantes.

En la opinión del autor, la parte que invoque un cambio fundamental en las circunstancias no está autorizada a calificar unilateralmente en forma vinculativa y obligatoria dichas circunstancias. Debe darse la oportunidad a las otras partes contratantes para poner en duda la calificación de los cambios invocados como fundamento para la terminación del tratado. Si las partes no logran llegar a un acuerdo sobre la calificación del cambio, se estará ante una disputa que deberá resolverse a través de los medios que ofrece el Derecho Internacional para la solución pacífica de los conflictos.

En la opinión del autor, si no es posible que las partes lleguen a un acuerdo con respecto a la calificación del cambio de circunstancias para la terminación del tratado, en última instancia la parte que alega dicho cambio de circunstancias estaría legitimado para darlo por terminado unilateralmente pues, de lo contrario, carecería de todo significado la institución.

La terminación unilateral de los tratados debido al cambio de circunstancias en los términos expuestos por el autor, encuentra por otra parte apoyo en la práctica internacional. Por otra parte, lo anterior es consecuente con los artículos 65 y 66 de la Convención de Viena, pues agotado el procedimiento previsto en la Convención, si alguna de las partes se rehúsa a seguir las conclusiones de las recomendaciones de la Comisión de Conciliación, resurge la posibilidad de una acción unilateral. En tal sentido, puede decirse que la Convención se limita a introducir la exigencia de un procedimiento preliminar lento como condición previa a la terminación unilateral.

Por último, el autor se plantea el problema de si existe algún límite de tiempo dentro del cual la parte debe hacer valer el cambio de circunstancias como causa de terminación o suspensión. En la opinión del autor, el principio de buena fe implica que un estado no puede mantener a las demás partes en un tratado en suspenso con respecto a la validez de un tratado por un período excesivo de tiempo y que, por lo mismo, la acción para terminar el tratado debe de tomarse dentro de un período razonable siguiente

al cambio de circunstancias, en un momento en que la importancia del cambio puede establecerse con certeza. Un retardo de la parte en cuestión en hacer valer su derecho para dar por terminado el tratado con fundamento en el cambio de circunstancias debe interpretarse como una renuncia al derecho.

FERNANDO ALEJANDRO VÁZQUEZ PANDO

VÁZQUEZ PANDO, FERNANDO A., "La Escuela Libre de Derecho y la Historia del Derecho Patrio", en *Memoria del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano,* México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1981, pp. 145-178.

Dentro de los trabajos presentados con ocasión del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano (denominado formalmente como "Primeras Jornadas de Historia del Derecho Patrio"), celebrado en la Ciudad de Toluca, Estado de México, del 8 al 10 de marzo de 1978, bajo los auspicios de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Estado de México, y del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM, y que hasta ahora aparecen publicados, sobresale éste del Lic. Vázquez Pando, ex-alumno de la Escuela Libre de Derecho y profesor de la misma en diversas ocasiones.

La ponencia presentada nos recuerda el ancestral interés habido en la mencionada institución por los estudios de Historia del Derecho, que se ha reflejado: en la fundación y en el mantenimiento en su plan de estudios de dos cátedras sobre la misma; la de Historia del Derecho Patrio, creada en 1917 a iniciativa de D. Manuel Herrera y Lasso[1] (cuando en el Distrito Federal

[1] Recientemente el Lic. Manuel López Medina ha determinado que fueron D. Manuel Herrera y Lasso y Carlos Díaz Dufoo, quienes propugnaron porque en el Plan de Estudios de la Escuela elaborado en 1917, se incluyese la Historia del Derecho, en contra del Plan propuesto por D. Miguel S. Macedo, que no lo hacía. Paradójicamente, sin embargo, fue Macedo el primer profesor de esta asignatura. *Vid.* Manuel López Medina "La Escuela Libre de Derecho y el Derecho Romano", en prensa, y "Dos Proyectos de Plan de Estudios para la Escuela Libre de Derecho", en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho,* Tomo II, Núms. 15 y 16 de 24 de enero y de febrero de 1917.

El Plan propuesto por Herrera y Lasso y Díaz Dufoo establecía que se dieran 3 cursos semestrales de Historia del Derecho, dos en el primer año, y otro en el segundo. Las razones que expusieron para ello fueron las siguientes: "Esta asignatura, profesada en la mayor parte de las Universidades y Escuelas de Derecho Francesas, la Facultad de París —entre ellas— da al alumno lo que pretenden darle los Prolegómenos. El método histórico tiene además, la inestimable ventaja de hacer comprender al alumno que la organización jurídica de las sociedades no es un plan rígido e inalterable.

"De los tres semestres en que se ha dividido el Curso, el primero deberá comprender el Derecho de los pueblos Orientales, Griego y Romano; el segundo el Derecho Medio-Eval y el

ninguna otra institución la había establecido), y la de Historia General del Derecho, incorporada a su plan de estudios en 1935; a través del contenido de sus diferentes publicaciones, de las cuales nos da noticia; y por la riqueza de su fondo bibliográfico, especialmente valioso para el estudioso de la Historia del Derecho. Asimismo señala que un importante fruto de la enseñanza de la Historia del Derecho en la Escuela Libre de Derecho es el interés despertado en sus alumnos por la materia, mismo que los ha llevado a influir en la introducción de cátedras histórico-jurídicas en los planes de estudio de otras instituciones de educación superior; y nos indica el nombre de los catedráticos que han impartido ambas cátedras, a cuyas enseñanzas atribuye, acertadamente, la "influencia determinante" que en la Escuela ha tenido la Historia del Derecho.

El trabajo se enriquece con dos apéndices valiosísimos: el primero se integra, debidamente clasificado, por el índice del contenido de la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho,* publicada durante los años de 1914 a 1928; y el segundo, por una "Bibliografía selecta del acervo de la Escuela Libre de Derecho", de especial importancia para el estudioso de la Historia del Derecho.

Consideramos que el estudio del profesor Vázquez Pando permite destacar el papel que la Escuela Libre de Derecho ha representado para la enseñanza de la Historia Jurídica en nuestro país. Durante muchos años, al menos por lo que al Distrito Federal se refiere, fue la única escuela de Derecho que conservó dicha enseñanza, manteniendo así vivo el interés por dos disciplinas histórico-jurídicas a nivel nacional. Es posible concluir después de la lectura del estudio reseñado, que en la Escuela Libre de Derecho existe un larga y bien sostenida tradición en favor de la Historia del Derecho; tradición que se originó con los trabajos y la enseñanza de Don Miguel S. Macedo, se consolidó con los estudios y la cátedra de Don Toribio Esquivel Obregón y se difundió durante los años de la docencia de Don Javier de Cervantes y de sus sucesores en ambas cátedras de Historia del Derecho.

Debido a que el estudio del Lic. Vázquez Pando fue elaborado en 1978 y

Moderno, reservándose el tercero para el Derecho Español y el Mexicano". *Vid. Revista...* Núm. 16, de 24 de febrero de 1917.

El Plan aprobado definitivamente por los maestros de la Escuela resultó de una prudente mezcla de los dos Planes propuestos, y si bien se aceptó la Historia del Derecho ésta quedó establecida como un curso anual de "Historia del Derecho Patrio" para los alumnos del quinto año de la carrera, que comprendería el estudio no sólo la historia "del Derecho mexicano, sino también la del español con sus antecedentes romano y canónico." *Vid.* "Plan de estudios vigente en la Escuela Libre de Derecho", en *Revista...* 2a. Epoca. Tomo I, Núm. 3, de septiembre de 1921.

En el "Informe del año escolar de 1917", Manuel G. Escobedo y Díaz de León, destacó y valorizó de la siguiente manera la introducción de esta disciplina: "Importante materia cultivada con esmero en varias universidades europeas, y que entre nosotros jamás había sido estudiada. La importancia que tiene se alcanza a comprender si consideramos que en el estudio del Derecho es donde mejor aplicación tiene el método histórico". *Vid. Revista...* Tomo II. Núm. 21, de enero de 1918.

publicado hasta 1981 (aparece hasta 1982), conviene actualizarlo para determinar lo realizado por la Escuela en favor de la Historia del Derecho últimamente.

Precisamente desde el año de 1978 se empezó, y continúa a la fecha, un importante trabajo de reorganización de sus fondos biblio y hemerográficos, dirigido y llevado a cabo por el Dr. Jorge Adame, las Lics. Laura Trigueros y Ma. del Carmen Carmona, el Lic. Manuel López Medina y el que esto escribe, con la ayuda de algunos alumnos. Esta labor de reorganización ha consistido entre otras cosas: en incrementar en forma considerable el número de obras que interesan al investigador de la Historia del Derecho con obras antiguas y nuevas; y que revistas especializadas como el *Anuario de Historia del Derecho Español* y la *Revista de Historia del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* se hayan clasificado en la totalidad de sus artículos, y se empiece a clasificar, de la misma forma, la *Revista de Historia de América.* Además, dentro del programa de adquisiciones de libros y revistas que la Escuela tiene establecido se ha puesto un especial interés en adquirir todo lo referente a la Historia del Derecho que vaya siendo publicado en México y en el extranjero, ya que si los antiguos fondos de la biblioteca son especialmente valiosos en esta materia (como se comprueba al leer el estudio del Lic. Vázquez Pando), se considera pertinente continuar enriqueciéndolos. La labor de reorganización de los libros de la biblioteca escolar ha llevado también a sustituir su vieja clasificación por la del sistema decimal de Dewey, por lo que la que nos presenta el Lic. Vázquez Pando resulta ya obsoleta, aunque todas las obras mencionadas por él se encuentran en el acervo de aquélla.

El continuado interés que la Escuela Libre de Derecho ha tenido en estos últimos años se pone de manifiesto también por el apoyo brindado a dos de sus ex-alumnos para realizar estudios de Historia del Derecho en España, y por la publicación de diversos artículos sobre temas histórico-jurídicos en su revista. Lo primero se cumplió al enviar al Lic. Jaime del Arenal, durante el curso 1979-1980, a estudiar en la Universidad Complutense con los Drs. Don Alfonso García Gallo y Don Rafael Gibert, y a investigar en la Real Academia de la Historia y en la Biblioteca Nacional de Madrid; y a la Universidad de Sevilla, al Lic. Rafael de Diego Fernández, quien desde 1981 se encuentra ahí realizando sus estudios de doctorado bajo la dirección del Dr. Alfonso García Gallo, e investigando en el Archivo General de Indias de Sevilla.

La *Revista de Investigaciones Jurídicas,* editada por la Escuela, y que hoy llega venturosamente a su número 6, ha servido para dar publicidad a distintos trabajos que se refieren a la historia jurídica de nuestro país: en el número 2 apareció de Roberto Núñez y Escalante, "La Cláusula Calvo en el Derecho mexicano" y de José A. Fernández, "Antecedentes y comentarios a la Ley orgánica de la Administración Pública Federal", en el 3, los trabajos de Raúl F. Cárdenas "El Código de Martínez de Castro", de Jaime del Arenal Fenochio "Elucidationes, un libro jurídico mexicano del siglo XVIII"; de En-

rique Creel de la Barra, "Breves notas sobre la historia de la Banca en México"; en el número 4 se publicaron los de Mauricio Oropeza Segura, "Reflexiones en torno a la historia del Derecho Constitucional Mexicano"; de Jorge Adame Goddard, "La Crítica a la Constitución Mexicana de 1857 hecha por los Católicos Conservadores durante los años de la república restaurada 1867-1876" y de Jaime del Arenal Fenochio, "Los Abogados en México y una polémica Centenaria 1784-1847"; en el 5 aparecieron los de Jaime del Arenal Fenochio, "Prólogo a la Política Natural de Ignacio García Malo (Holbach en México)" y la transcripción, precedida por una presentación del anterior autor, de una impresión del siglo XIX: la "Vindicación de los que se dedican a la Abogacía" de D. Juan N. Rodríguez de San Miguel; y, por último, el presente número se ve enriquecido, particularmente en ocasión del 70 Aniversario de la Escuela Libre de Derecho, con 3 trabajos sobre Historia del Derecho —uno de ellos la primera colaboración internacional para la Revista— que integran, en homenaje de la Historia del Derecho a la Institución que ha sabido impulsarla y favorecerla, una sección especial de artículos referentes a la historia jurídica.

Durante los años transcurridos desde que el Lic. Vázquez Pando presentó su ponencia, se celebró el 1o. Congreso de Historia del Derecho Mexicano, en el que participó en representación de la Escuela Libre de Derecho el Dr. Jorge Adame Goddard, con un trabajo sobre la 'Evolución de los interdictos posesorios en México durante la primera mitad del siglo XIX;" y se realizaron algunos cambios de los profesores de las materias histórico-jurídicas: en 1980, el que esto escribe pasó a sustituir al Dr. Jorge Adame (quien pasó a la cátedra de segundo curso de Derecho Romano) en la cátedra de Historia General del Derecho; y para el curso escolar que empezó en septiembre de 1982, pasó a sustituir al Dr. José Luis Soberanes en la cátedra de Historia del Derecho Patrio en el quinto año grupo B, siendo sustituido, a su vez, por el Lic. Martín Díaz y Díaz en el cuarto año B.[2]

El único dato que pasó por alto el Lic. Vázquez Pando en su bien documentado estudio, fue el relativo a las tesis profesionales que a lo largo de 70 años se han presentado en la Escuela Libre de Derecho sobre problemas de Historia del Derecho; para completar este vacío presentamos en apéndice

[2] A la lista de profesores de Historia del Derecho Patrio que nos presenta el profesor Vázquez Pando, habría que agregar el nombre de los que nos proporcionó el Lic. Francisco de Icaza: en el año de 1962, por brevísimo tiempo desempeñó la cátedra el Lic. José Ignacio Echegaray, y en 1967, después del Lic. Obregón, el Lic. Felipe Vázquez, también durante breve lapso.

Por lo que respecta al programa y los libros de texto de cada cátedra se sigue conservando una absoluta liberta para su elaboración y selección por parte del profesor. Actualmente los licenciados Laviada, Icaza y Soberanes hacen una prudente mezcla de historia externa e interna en sus cursos, mientras que el Lic. del Arenal, siguiendo la orientación del Dr. Adame, desarrolla la historia de la ciencia jurídica privada en Occidente, apoyando su curso en Wiaecker, D'Ors, Molitor-Schlosser y Fasso. En el curso de quinto año, en ambos grupos, existe una tendencia hispanista que se manifiesta al estudiar durante gran parte del año escolar, el Derecho Indiano.

a esta reseña una relación de dichas tesis. De esta relación resulta un dato aparentemente poco halagador: que el interés mostrado por la Institución en la Historia del Derecho no ha tenido su correlativo en los trabajos de tesis presentados por sus alumnos: 52 tesis en 70 años no nos hablan de la influencia que a nivel nacional han tenido Macedo, Esquivel Obregón y Javier de Cervantes (quien durante años impartió Historia del Derecho Mexicano en el doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM). No obstante esto, debe hacerse notar que la gran mayoría de las tesis presentadas durante este lapso presentan un capítulo inicial en el que se estudian los antecedentes de la institución estudiada. También es posible observar que precisamente de 1978 a la fecha se han presentado 8 tesis. Sin duda en esto también se evidencia de inmediato la continuidad de la tradición, y su reciente incremento, de la Historia del Derecho en la Escuela.

Cabría preguntarse el porqué de este incremento de la Historia jurídica en la Escuela durante los últimos cuatro años. Creemos que son dos las razones: indudablemente el peso de una tradición no perdida, trasmitida oralmente año con año por los profesores a que hace mención el profesor Vázquez Pando, y que arranca de los primeros historiadores del Derecho en México (Macedo, Esquivel Obregón, Cervantes), ha contribuido a que el interés no se pierda y se despierte "en sus alumnos en el seno de sus aulas". En segundo lugar, para explicar el florecimiento actual también hay que notar la influencia que a la Escuela ha llegado de la Universidad Autónoma de México, que desde hace aproximadamente diez años, a través de la Coordinación de Humanidades, del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho y del Instituto de Investigaciones Jurídicas se ha decidido, ahora sí, a enfrentar en forma seria, a través de la formación de investigadores, de la participación y organización de Congreso, y de la publicación de libros y artículos de revista, el estudio y la investigación de nuestro pasado jurídico, consiguiendo llevar ahora la batuta que durante muchos años supo conservar, alimentar y transmitir la Escuela Libre de Derecho. Con esta generosa influencia la UNAM paga a la Escuela la que durante años aquella recibió de dos de sus catedráticos: Toribio Esquivel Obregón y Javier de Cervantes.

Creemos que las actividades realizadas en estos últimos años en el interior de la Escuela Libre de Derecho en pro de la Historia del Derecho —patrio y general— prueban claramente que la tradición de esta disciplina no se ha perdido, antes bien, se mantiene viva y participa del auge y del que esperamos sea, despliegue definitivo de los estudios de Historia del Derecho en nuestro país.

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

APÉNDICE

TESIS DE HISTORIA JURÍDICA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

1917

1.–MATA, Manuel A., *La inmigración y colonización en México.*

1918

2.–HARO Y CUETO, Guillermo. *El concepto de responsabilidad y la evolución de la penalidad.*

1919

3.–SÁNCHEZ DE LA BARQUERA, Salvador. *El Federalismo en México: Breves consideraciones.*

1920

4.–MAC-GREGOR, Luis E. *Punto de vista histórico del Derecho.*

1925

5.–CORONA Y NAVARRO, Jesús. *Origen del Estado Federal y en particular de nuestra Federación.*

1930

6.–ROEL, Carlos. *Supervivencias constitucionales.*

1931

7.–ABASCAL, Salvador. *Las Leyes de Reforma: Estudio crítico.*

1934

8.–CASASÚS, Francisco A. *Las ideas de Rabasa y el Juicio Constitucional.*

1935

9.–MARTÍNEZ RICO, Florentino. *La situación del obrero indígena en la Nueva España.*

10.–PONCE ROBLES, Alfonso. *El Estatuto Orgánico provisional de 1856 y Comonfort.*

1936

11.–ORTIZ SEGURA, Manuel. *Estudios históricos y jurídicos de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México.*

1937

12.–CALDERÓN Y GÓMEZ ALVEAR, Luis. *Orígenes del Art. 28 Constitucional.*

1939

13.–VEGA, Alfonso. *La doctrina Monroe y el Imperialismo Norteamericano.*

14.–VELASCO AVILEZ, Humberto. *La encomienda en Nueva España y sus antecedentes en los Derechos Azteca y Español.*

1940

15.–DELMAR GONZÁLEZ, Eduardo. *Cortés y el bien común.*

1941

16.–IBARGÜENGOITIA, Manuel. *Bosquejo histórico de la delincuencia infantil.*

1942

17.–LÓPEZ CERRATO, Fernado. *La Glorificación en México.*

18.–GÓMEZ MONT. Enrique. *Análisis histórico-jurídico del primer párrafo del Art. 27 Constitucional.*

19.–LÓPEZ MARTÍNEZ, Guillermo. *El fondo piadoso de las Californias.*

20.–MARTÍN DEL CAMPO, Javier. *Despojo de tierras de indios y análisis*

del cumplimiento o incumplimiento de las leyes de Indias en Nueva España.

21.–OBREGÓN Jr., Gonzalo. *Aspectos sociológico y jurídico de cuatro siglos de colonización.*

1944

22.–GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio. *El Derecho Público del Segundo Imperio.*

1945

23.–LOYOLA, Federico H. *Breve reseña de la propiedad territorial en la República Mexicana.*

1946

24.–PADILLA NÁJERA, Ricardo G. *Roma y la libertad.*

1948

25.–DIEGO FERNÁNDEZ, Antonio. *Un anteproyecto de Constitución de Don José Diego Fernández.*

1956

26.–TORRES CÁRDENAS, Edmundo. *Breve Reseña histórica de la prenda y crítica de los Arts. 341 y de Ley de Títulos y 3o. de la Ley Bancaria.*

1957

28.–ESTRELLA CAMPOS, Juan. *Breves consideraciones histórico-jurídicas sobre la génesis del juicio de amparo.*

29.–HERNÁNDEZ ROMO, Jorge. *La Constitución de 1857.*

30.–UGALDE ÁLVAREZ, Raúl. *Evolución del régimen agrario de la propiedad en México.*

31.–SÁNCHEZ QUIROZ, F. Javier. *Historia y naturaleza del seguro marítimo.*

1958

32.–ACEVES VARELA, Daniel. *El Pago y su evolución histórica.*

1959

33.–SALCEDA Jr. Alberto G. *Los recursos de Fuerza: Antecedentes del Juicio de Amparo.*

1962

34.–OBREGÓN MORA, Ignacio. *La Conquista de la Nueva España y el sistema de mandatos a la luz de Francisco Victoria.*

1964

35.–LEDESMA URIBE, José de J. *Notas para una interpretación de la Historia del Derecho.*

1966

36.–BARRERA ARDURA, Pedro. *Probables antecedentes remotos de la suplencia de la queja.*

37.–NAVARRETE CAUDILLO, Ernesto. *Breve historia de los recursos.*

38.–POZOS GARCÍA, César. *Evolución histórica jurídica del Consejo de Guerra Extraordinario.*

1967

39.–ACOSTA Y JONGITUD, Héctor. *El Fuero de los Congresistas de la Constitución de 1917 y sus antecedentes históricos.*

1971

40.–CAMARENA, Gabriel de J. *El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.*

1973

41.–ITURBIDE G., J. Alfonso. *La pequeña propiedad, su génesis y su evolución histórica.*

1975

42.–DEL CUETO LEGASPI, Roberto. *Algunos aspectos destacados concernientes al origen y evolución de la legislación bancaria mexicana (1521-1975).*

43.–GONZÁLEZ BÁEZ Y CARDOSO, Gustavo. *El Derecho a la revolución en la historia política de México.*

44.–MUGENBURG RODRÍGUEZ VIGIL, Carlos. *Algunos Aspectos relativos al origen y evolución del Sistema Federal Mexicano.*

1978

45.–MARTÍN DEL CAMPO Y SOUZA, Diego. *Consideraciones sobre el sistema bicameral y la historia del Senado en México.*

46.–DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime M. *La Legislación del Segundo Imperio Mexicano en Materia Educativa.*

47.–MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier. *Tratado Mariscal-Spencer 1893.*

1981

48.–OROZCO GARIBAY, Pascual A. *El Pensamiento de Savigny ante la doctrina y a la luz de la Contradicción.*

49.–VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel. *El sistema jurídico del Segundo Imperio Mexicano.*

50.–DIEGO FERNÁNDEZ SOTELO, Rafael. *Naturaleza Jurídica de las Capitulaciones de Descubrimiento, Conquista y Colonización.*

51.–MARTÍNEZ ARIZPE, Carlos. *Aspectos Jurídicos de la desamortización de bienes eclesiásticos en México 1833-1872.*

1982

52.–SOLÍS MENDOZA, Juan Carlos. *Dos proyectos jurídico-políticos de Desarrollo Mexicano en el siglo XIX: El Liberal y el Conservador.*

ANTONIO PEDROL RIUS, *La Sindicación de Acciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

Por ser el tema que nos ocupa poco conocido en el medio jurídico, daré una definición personal (apriorística y provisional) de lo que es un Sindicato de Accionistas dentro de una Sociedad Anónima; la he elaborado en base a los distintos conceptos y formas de sindicación que señala el autor y de los que más adelante hablaré: *"Es la reunión, en una persona física o moral, de los derechos de voto de los socios, los cuales los han transmitido a ésta con la finalidad de facilitar el mando o defensa de los intereses de la sociedad"*. Es pertinente señalar que esta figura jurídica no se ha dado en nuestro medio pues además de que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles prohíbe todo pacto que restrinja la libertad sobre el derecho de voto, no existe el medio propicio para que se dé, ya que esta institución (si así se le puede llamar) ha surgido para controlar a un cúmulo de accionistas que con voluntades dispersas e interesadas sólo en un fruto económico, pueden en un momento dado descaminar a la sociedad. En México, nuestra sociedad anónima es pequeña y familiar de modo que no se nos presenta ese problema. El autor va a analizar en definitiva, dos puntos importantes:

a) La licitud de los sindicatos de accionistas.
b) La posibilidad de ceder el derecho de voto (y para ello estudia su naturaleza) y las posibles formas de cesión.

I. CLASIFICACIÓN:

Pedrol inicia su obra clasificando los tipos de sindicatos:

1) *Sindicatos de bloqueo:* Esta forma es previa y presupuesto de cualquier otra que pueda pensarse. Consiste en la obligación de los accionistas de no desprenderse de su acciones durante un cierto tiempo; con ello se logra un primer paso que es evitar el movimiento de acciones y por tanto asegurar que es puede contar con ellas en un momento dado para tomar decisiones importantes.

2) *Sindicatos financieros*: Bajo este tipo cabe una multitud de formas de sindicación; su fin es especular con las acciones colocándolas entre el público, variar su cotización a través de la compra y venta, etc. Pedrol se extiende hablando de ellos, pero por no ser estrictamente tema de este estudio no merecen por ahora mayor atención.

3) *Sindicatos de mayoría:* Son propiamente estos los sindicatos de accionistas. Revisten varias formas y tienen como presupuesto a los sindicatos de bloqueo. Van desde el simple pacto de derecho de voto o "pacto de caballeros" hasta la sociedad holding. Su fin es agrupar el ejercicio del derecho

de voto en una sola persona llamado síndico de modo que éste gestione dentro de la asamblea general de accionistas disponiendo de una masa única de acciones o derechos o de voto.

4) *Sindicatos de mando:* Estos son sindicatos de mayoría pero analizados desde el punto de vista del fin que persiguen que es el mando de la sociedad. Admiten a su vez una clasificación:

1. Por la situación de las acciones sindicadas:

a) con depósito de los títulos.
b) sin depósito de los títulos.

2. Por la clase de acciones:

a) acciones ordinarias.
b) acciones de voto plural.
c) sindicato de acciones nominativas.
d) sindicato de acciones al portador.

3. Por la naturaleza del compromiso:

a) compromiso de entrega de títulos para que el síndico vote por sí mismo.
b) compromiso de voto del propio accionista.
c) compromiso de otorgar poder en favor del síndico.

4. Por su finalidad:

a) sindicatos de mando propiamente dichos.
b) sindicatos de defensa.

Es verdad que los sindicatos tienen parecido con las Holdings, pero el autor hace notar algunas diferencias: Mientras en la Holding se asocian capitales para adquirir la mayoría de las acciones de la sociedad controlada, en el sindicato no se ponen capitales en común sino que se coaliga el voto. La holding no busca directamente el mando o el control sin que busca directamente la utilidad económica; el sindicato busca directamente el mando e indirectamente una mayor utilidad económica.

Para Pedrol los fines prácticos de los sindicatos son los siguientes:

1) Evitar que accionistas transeúntes interesados sólo en la utilidad, voten de cualquier manera.

2) Se evita la inasistencia de miles de accionistas a las asambleas que sólo provocan hacer más y más convocatorias.
3) Es más fácil corregir así las deficiencias del Consejo de Administración pues un Sindicato de defensa puede corregir el rumbo de la sociedad.
4) Se evita que una sociedad sin mayorías sea una nave sin timón.

Refiriéndose a la situación de las acciones sindicadas, señala que es frecuente —y más cuando son al portador—, que el contrato de sindicación se haga con depósito de los títulos; si bien esto es lo más frecuente y seguro, no es esencial al contrato pues éste no es un contrato real. Si estamos en presencia de acciones nominativas la dificultad para el síndico es mayor pues tiene que actuar como mandatario o como representante.

II. NATURALEZA DEL SINDICATO Y DEL VOTO:

Para quienes la sociedad es un contrato, también lo es el sindicato. Es importante señalar que no se puede pensar en sindicato sin la sociedad. El sindicato es accesorio a la sociedad. Para otros la sociedad es un acto colectivo que tiende a dirigir diversas prestaciones a un fin común. Para otros más es un acto complejo en el que las diversas voluntades se hacen una sola, etc. El autor hace un análisis de las ya conocidas teorías sobre la naturaleza jurídica de la sociedad y se inclina a considerar a ésta como un contrato plurilateral. Ahí mismo —aunque con ciertas restricciones— considerará al sindicato una figura que participará de la naturaleza jurídica de la sociedad o sea la de contrato plurilateral. Explica que a diferencia del contrato de cambio todos los socios se subordinan a un fin de modo que no se presenta el sinalagma (do ut des) liso y llano sino sólo "genético". Concluye que si el sindicato es un contrato plurilateral no cabe ni la excepción "inadimpleti contractus" ni la resición por incumplimiento. Las relaciones que encontramos entre el sindicato y la sociedad se pueden resumir en los siguientes principios tomados de la teoría de las obligaciones:

a) Lo accesorio sigue la suerte de lo principal: la nulidad a disolución de la sociedad disuelve al sindicato. Si no hay plazo, la sindicación durará lo que el contrato social.
b) Los vicios del negocio accesorio no anulan el todo.

Afirmará después que con todo lo dicho no se puede pensar que el sindicato sea una sociedad ya que *no tiene patrimonio* (lo único que se cede es el uso del patrimonio a través del voto, la administración del patrimonio en todo caso) *ni reparto de ganancias.*[1] Concluye diciendo que considera al sindicato como una *asociación atípica con carácter de sociedad*; criterio al que

[1] El patrimonio y el reparto de ganancias, son requisitos de la sociedad civil española.

llega después de un análisis de varios autores y puntos de vista que no viene al caso mencionar.

En relación al derecho de voto señala que éste es distinto al voto político. Es importante distinguir esto pues en el siglo XIX, al no hacer esta distinción el voto iba unido siempre a la acción y la acción sólo podía ser una por persona. Ahora el voto ya no es por cabeza sino por capital.

La teoría italiana y la francesa consideran que el voto es concedido en función de la sociedad de modo que *se puede dejar de votar pero no se puede renunciar al voto* pues el accionista tiene que mirar por el bien de la sociedad Para Garríguez el voto no está dado en interés de la sociedad sino en interés personal y explica que esto es así porque en la Sociedad Anónima interesa sólo el capital que se aporte y no la persona de quien lo aporte, de alguna manera a la sociedad le interesa que el socio aporte dinero y como contrapartida le da un derecho que es el voto para que haga con él lo que quiera: puede votar o no, enajenarlo, darlo en fideicomiso, etc. etc. Son dos teorías que son fundamentales pues dependiendo cual sea la verdadera conoceremos la licitud o ilicitud de los sindicatos de accionistas.

Íntimamente ligado al problema de la naturaleza del voto —al que brevemente se ha hecho mención arriba— pasa a estudiar uno de los puntos más interesantes:

III. CESIÓN DEL DERECHO DE VOTO:

Para algunos autores no se puede pensar en una cesión del derecho de voto y esgrimen razones: Es un derecho "intuitu pecuniae" en donde hay un compromiso con los demás socios de sacar adelante a la sociedad; se trata de un derecho que separado del contenido económico que le da la acción moriría, etc.

Para otros autores si es posible pensar en la cesión del derecho de voto y argumentan razones como las siguientes: Así como el derecho de propiedad es desmembrable en usufructo y nula propiedad, del mismo modo el voto puede ser desmembrado de la acción; lo que vota es la acción, poco importa quien vote por ella, etc.

Concluye Pedrol tomando sus puntos de vista tanto de las opiniones a favor como en contra de la cesión, inclinándose sin embargo por la cesión del derecho de voto. Señala que cabe la cesión del voto pero que no sabe darlo a un tercero extraño a la sociedad ya que un acreedor puede desconfiar de un cesionario extraño a la sociedad; así pues la única cesión lícita del derecho de voto para Pedrol es la cesión del voto hecha a otros socios o a interesados en el curso de la sociedad; el autor no resuelve sin embargo el problema de determinar qué debemos entender por "personas interesadas en el curso de la sociedad".

Pasando a otro punto, el autor analiza las formas en que el derecho de voto puede ser transmitido así como la naturaleza jurídica de esas transmisiones.

a) *Cesión legitimadora:* por ésta se transmite al portador o nominativamente una acción sin transmitir la propiedad; puede revestir varias formas: prenda garantía, etc., de modo que el acreedor prendario o el que en su caso tenga la acción en garantía puede ejercer el voto. Esta cesión difiere del fideicomiso en que no es traslativa de dominio. La ley española, aferrada al principio de proporcionalidad entre el capital y el voto, no prohibió sin embargo este tipo de cesión; para Pedrol tal proporción de que habla la ley española "es una ficción democrática que como todas las ficciones es siempre peligrosa". Otros países no permiten esta cesión legitimadora pensando en que si en el mandato el mandatario actúa en beneficio del mandante no se puede ser tolerante con este tipo de cesiones que —teniendo menor rango que el mandato— pretenden tener plena libertad para separarse del interés del cedente.

b) *Mandato:* Esta forma es la única que concibe Ascarelli para considerar lícita la cesión del voto; el síndico actúa como mandatario de los accionistas los cuales le entregan a éste sus acciones al portador. Por tratarse de mandato, el síndico debe actuar en interés de los mandantes. Pedrol ve aquí un problema de seguridad pues el mandato es asencialmente revocable; y que pensando que se trate de un mandato irrevocable éste es de alguna manera revocable judicialmente. La legislación española permite a los accionistas otorgar mandato pero revocable y para una sola asamblea de accionistas.

c) *Fideicomiso:* A través de éste estamos en presencia de los negocios: uno externo que es la transmisión de propiedad al fiduciario, y uno interno que es un acto de fiducia (fe, confianza) entre el fideicomitente y el fiduciario a raíz de los cuales no cabe acción jurídica contra el mal fiduciario pues tiene el carácter de propietario. Para Pedrol el síndico no debe ser fiduciario pues el sindicato no tiene intención de transmitir la propiedad de la acción sino sólo la transmisión del uso del derecho de voto pero sin embargo no descarta esta posibilidad pensando en que la naturaleza del fideicomiso es precisamente las desproporción que hay entre el medio usado y el fin buscado.

Pedrol en definitiva, después de analizar otras figuras de cesión como el usufructo y el reporto, se inclina por la cesión legitimadora.

IV. LICITUD DE LOS SINDICATOS

Para Ferri es lícito el sindicato siempre que los acuerdos de la junta no perjudiquen a los que forman parte del sindicato.

Weiller considera que no se puede generalizar sobre su ilicitud ya que un fenómeno semejante se da en las holdings; debemos atacar los abusos a la mayoría de accionistas en cada caso. Para él el fin que tenga cada sindicato será la piedra de toque para determinar su licitud. Pedrol está de acuerdo con Weiller, pero considerando que el fin de toda asociación debe ser lícito de acuerdo con la ley, no ve razón para tomar las cautelas especiales y ad casum de que habla Weiller.

Concluye Pedrol diciendo que si se considera que el derecho de voto es también un deber o que si se piensa que el derecho de voto está dado en interés de la sociedad, no hay duda de que no cabe la sindicación de acciones. Sin embargo como para Pedrol el derecho de voto ni implica un deber y piensa que éste existe dado en interés personal —por las razones ya señaladas— concluye apoyando la posibilidad de cesión del voto y por tanto su licitud.

EDUARDO ARCE GARGOLLO

Alumno del Seminario de Tesis. 5o. Año

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, 06720 México, D. F., el 20 de junio de 1983. Estuvieron al cuidado de la edición Elisur Arteaga Nava, Josette Serrato de García y Laura Trigueros.

Se tiraron 1 000 ejemplares.