REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

ELD

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

TOMO 2

Año 8 Núm. 8

México 1984

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

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. Número de inscripción 526-76.
Registro Público del Derecho de Autor.

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

TOMO 2

Año 8 **Núm. 8**

México 1984

INDICE GENERAL

TOMO I

VII SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MINISTERIO PUBLICO

TOMO II

CIENCIAS POLITICAS

DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHO FISCAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

DERECHO AGRARIO

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

DERECHO LABORAL

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DERECHO PENAL

DERECHO CIVIL

DERECHO MERCANTIL

DERECHO PROCESAL CIVIL

HISTORIA DE DERECHO

ENSEÑANZA DE DERECHO

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

CIENCIA POLITICA

LA UNIDAD Y LAS FACCIONES EN LA OBRA DE N. MAQUIAVELO*

ELISUR ARTEAGA NAVA

INTRODUCCION

Dado lo complejo del tema objeto de estas cuartillas y la universalidad del nombre de Maquiavelo, es necesario, como cuestión previa, adelantar una explicación a las eventuales críticas que evidentemente merece este trabajo. Ricardo Bruscagli, en su *Niccolò Machiavelli*,[1] asienta que de 1740 a 1935, las voces registradas sobre el tema de la crítica maquiavelana llegaban

* Introducción y cuatro capítulos de una obra de próxima aparición.

Obras de N. Maquiavelo citadas y las abreviaturas usadas.

Descrizione del modo tenuto dal duca Valentino nello ammazzare Vitellozzo Vitelli, Oliverotto da Fermo, il signor Pagolo e il duca di Gravina Orsini.	*Descrizione.*
Del modo di trattare i popoli della Valdichiana ribellati.	*Del modo di Trattare. . .*
Discursus florentinarum rerum post mortem iunioris Laurentii Medices.	*Disc. florentinarum. . .*
Ritratto di cose di Francia.	*Ritratto. . .*
Rapporto delle cose della Magna.	*Rapporto. . .*
Discorso sopra le cose della Magna e sopra l'Imperatore.	*Discorso Magna. . .*
Ritrato delle cose della Magna.	*Ritrato Magna. . .*
Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio.	*Disc.*
Il Principe.	*Principe*
Dell'arte della guerra.	*El arte.*
La vida de Castruccio Castracani da lucca.	*Vida.*
Istorie fiorentine.	*Istorie*
Andria.	
Mandragola.	
Clizia.	
Lettere.	

[1] Lo relativo a la identificación completa de los autores y obras citadas en este trabajo se contiene en el capítulo que con el título de *bibliografía sumaria* se agrega al final.

Riccardo Bruscagli, *Niccolò Machiavelli*, pág. 141 a 162. Ver también la bibliografía sumaria que se proporciona en la edición de *il príncipe* de Biblioteca Universale Rizzoli, Milano 1980, pág. 59 a 64. Ver también la nota bibliográfica que Mario Martelli elaboró para *tutte le opere* de Maquiavelo, Sansoni Editore, Firenze 1971, pág. LXI a LXIV. Robert M. Adams en su traducción al inglés *the prince*, proporciona una bibliografía en ese idioma clasificada por temas, ver págs. 272 a 276. Roberto Ridolfi, en su *vita di Niccolò Machiavelli*, proporciona una amplia nota bibliográfica, págs. 407 a 418 y coincide con el mismo dato proporcionado por Bruscagli. Por lo que toca a las obras escritas o traducidas al español puede consultarse la sección de bibliografía sumaria que obra al final.

a las 2143. Isaiah Berlin afirma que la lista completa contiene más de tres mil referencias.[2] Sólo la bibliografía que el propio Bruscagli proporciona ocupa veinte páginas sin desperdicio. Es difícil ser pionero o pretender ser original en lo relativo a Maquiavelo; mucho más lo es para quien se encuentra en la periferia y no en el centro de la producción bibliográfica sobre el tema. Por más crecido que sea el número de obras disponibles para su consulta, lo cierto es que, con vista a la producción total, no pasará de ser reducido y elemental; es indispensable reconocer las limitaciones que ciertamente existen.

Este trabajo procura, dentro de sus estrechos límites, llevar el pensamiento de Maquiavelo a su verdadero destinatario: "al que no sabe", a aquel miembro de la sociedad que no ha absorbido en el ambiente familiar la técnica de mando, según lo apunta Gramsci.[3] Fue preciso optar por la alternativa de estudiar el tema bajo el supuesto de que habría que recurrir a muchos conceptos que, si bien un especialista da por entendidos, los omite, era necesario invocarlos, en obsequio de los aficionados, de los legos.

De una lectura de los cientos de títulos que aparecen citados por Bruscagli, no se desprende que el tema de la unidad y las facciones haya sido ya considerado por algunos de los estudiosos, no obstante lo anterior, existen grandes posibilidades de que ya hubiera sido considerado con otro nombre, desde otro punto de vista y, desde luego, con mayor profundidad y autoridad.[4]

Un tema tan a flor de tierra era imposible que pasara desapercibido para tantos que han incursionado por tierras maquiavelianas.[5] Por lo mismo conviene insistir que el presente trabajo, independientemente de sus limitados alcances, tiene por objeto hacer llegar a un público, ajeno en gran

[2] Isaiah Berlin, *contra la corriente*, pág. 85. Por su parte Mario Puppo, en su *Niccolò Machiavelli, opere politiche*, afirma: "L'enorme quantità delle edizione, dei commenti e soprattutto degli studi critici (il Machiavelli ha suscitato l'interesse di ogni epoca, di ogni paese e di ogni genere di studiosi: dagli storici ai politici, dai filosofi ai critici letterari) impone estrema sobrietà nella scelta delle indicazioni". Pág. 25. Ver también Federico Chabod, *scritti su Machiavelli*, pág. 235 a 240: "Per notizie complete sull'inmensa bibliografia sul Machiavelli si rinvia a R. Von Mohl. . ."

[3] Ver *note sul Machiavelli, quaderni del carcere*, "Si può quindi supporre che il Machiavelli abbia in vista 'chi nonsa', che egli intenda fare l' educazione politica di 'chi non sa', educazione politica non negativa, di odiatori di tiranni, come parrebbe intendere il Foscolo, ma positiva, di chi deve riconoscere necessari determinati mezzi, anche se propri dei tiranni, perché vuole determinati fini, Chi è nato nella tradizione degli uomini di governo, per tutto il complesso dell'educazione che assorbe dall'ambiente familiare, in cui predominano gli interessi dinastici o patrimoniali, acquista quasi automaticamente i caratteri del politico realista. Chi dunque 'non sa'? La classe rivoluzionaria del tempo, il 'popolo' e la 'nazione' italiana, la democrazia cittadina che esprime dal suo seno i Savonarola e i Pier Soderini e non i Castruccio e i Valentino". Págs. 25 y 26. Ver también su traducción la *política y el estado moderno*, Ediciones Península, págs. 72 y 73.

[4] Giovanni Sartori, en su *partidos y sistemas de partidos*, 1 hace referencia a una obra de Sergio Cotta, *la nascista dell'idea di partito nel secolo XVIII*, 1960, que, a decir de Sartori, tiene especial importancia por lo que se refiere a Maquiavelo. ver pág. 19 y 20 n.

[5] Federico Chabod en su *scritti su Machiavelli*, trata de pasada el tema ver págs. 43 a 49.

medida al pensamiento europeo, en forma más o menos sistematizada, las ideas que sobre el tema vertió Maquiavelo en sus múltiples obras y provocar, mas no dispersar, la lectura de ellas.

Aunque en México existe y ha existido cierto interés por la obra de Maquiavelo, la verdad es que éste no ha pasado, salvo raras excepciones,[6] de lecturas apresuradas de *el príncipe;* de una que otra ojeada a *los discursos*, y una que otra puesta en escena de *la mandrágora;* el resto de su obra ha pasado desapercibida.

Si bien se considera que en el presente trabajo se han tomado en cuenta todas las referencias que son necesarias para la cabal comprensión del tema, es preciso reconocer que algunas citas se han omitido para no ser reiterativo; otras, que pudieran ser igualmente importantes, que hubieran podido arrojar más luz, que no se invocan, más se debe a descuido y negligencia excusable, que a mala fe. Se trató de evitar la existencia de lagunas mediante serias y reiteradas lecturas de *toda* la producción de Maquiavelo, tal como aparece en obras que como completas se presentan con ese título y publicadas en diferentes fechas; así se tuvo a la vista: *opere complete de Niccolò Machiavelli*, de Fratelli Pedone Lauriel, Palermo, Italia, 1868; se recurrió también a *Machiavelli, tutte le opere*, de Sansoni Editore, Florencia, Italia, 1971; y dado su fácil manejo, aunque la realidad no corresponde al título, ya que tiene graves omisiones, se consultó repetidamente la obra: *Niccolò Machiavelli, tutte le opere*, de Giunti, Florencia, 1969.

Por lo que toca a las traducciones al español, en lo referente a *el príncipe, los discursos, el arte de la guerra, descripción de Alemania, discursos sobre los asuntos de Alemania, y carácter de los franceses*, se ha tenido a la vista principalmente la traducción de don Luis Navarro.[7] Por lo que hace a la *historia de Florencia* hubo algo que lamentar; a falta de una traducción asequible hubo necesidad de traducir todos los textos indispensables, así aparecen en este trabajo; pero cuando se tuvo a la vista la traducción de Félix Fernández Murga, de reciente aparición,[8] se vio que las traducciones, si bien eran fieles y en muchos casos literales, no tenían nada que hacer frente al magnífico trabajo de Fernández Murga; ante la alternativa de eliminar todas las traducciones propias y, por lo mismo, tener que rehacer el texto, se optó por una solución menos complicada, recurrir al texto de Fernández Murga, sólo cuando las transcripciones eran *in extenso* y conservar la traducción propia en los restantes casos que, al fin y al cabo, si bien pueden ser tachadas de pobres, no pueden ser acusadas de inexactas, que ya es ganancia. En muchos casos, cuando las traducciones propias o extrañas no se consideraron que tenían la fuerza y claridad de su original, en nota se ha transcrito éste y se deja al lector expedita la posibilidad de sacar sus propias conclusio-

[6] Ver el estudio introductorio de Antonio Gómez Robledo a la edición de *el príncipe* de Editorial Porrúa, S.A., colección Sepan cuantos. . ., ver también Enrique González Pedrero: *en la cuerda floja*, Fondo de Cultura Económica.

[7] Se manejaron indistintamente las ediciones de el Ateneo, Buenos Aires, 1965: *obras políticas;* y la edición del Instituto Cubano del Libro, La Habana 1971: *obras políticas:* ambas editoriales utilizan la traducción de don Luis Navarro.

[8] Nicolas Maquiavelo, *historia de Florencia*, Ediciones Alfaguara, S. A.Madrid, 1979.

nes. También se ha recurrido a poner en notas a pie de página las referencias a citas a autores diversos a Maquiavelo.

Aunque desde hace cientos de años existen traducciones al español de la obra de Maquiavelo, se ha recurrido únicamente a las indicadas, por encontrarse en el mercado, a fin de facilitar al lector la consulta y examen de los textos transcritos.

En muchos casos el texto original representó muchas dificultades en su traducción, hubo necesidad de recurrir a la versión comentada y anotada de Luigi Russo[9] y a las versiones inglesas que se citan en el apartado titulado: *bibliografía sumaria* con que termina este trabajo.

El material que aparece en las cartas privadas de Maquiavelo es de un valor incalculable por lo que hace a su personalidad y vida, no obstante ello, por lo que toca al tema de este trabajo, más puede decirse que es reiterativo, que novedoso, por ello las referencias a sus epístolas son escasas.

Se ha procurado, en lo posible, respetar la terminología, el lenguaje político, tal como lo presenta en su obra Maquiavelo; es evidente que no se necesita ser muy avisado para concluir que las instituciones que él estudió, las cuestiones que se planteó y a las que él pretendió dar respuesta; los vicios, debilidades y virtudes que encontró en su tiempo, siguen siendo los mismos hoy día, en algunos casos con otros nombres, en otros con la misma nomenclatura. Sus planteamientos y soluciones aún siguen siendo válidos. El capítulo final es una recapitulación de su producción en torno al tema de la unidad y facciones dentro de un estado y de alguna forma son consideraciones interpretativas del material manejado.

En el presente trabajo se optó por la fórmula de presentar inicialmente el material disponible, más o menos clasificado, en nueve títulos; al final, con vista al material citado y algún otro no incluido, pero que de una u otra forma está relacionado, se hace una recapitulación final. El lector puede optar por dos alternativas: una, leer la primera parte y sacar sus propias conclusiones; la otra, omitir la lectura de la primera parte y atenerse a lo que en este texto se ha considerado como la síntesis del pensamiento de Maquiavelo sobre el tema.

CAPITULO I

LA UNIDAD Y LAS FACCIONES EN EL PENSAMIENTO DE MAQUIAVELO

Los problemas centrales del pensamiento de Maquiavelo son el poder y sus detentadores; en forma periférica, pero estrechamente relacionadas con anteriores, existen otras cuestiones a las que también dedicó su atención. Su vida y los problemas centrales han sido amplia y variadamente estudiada y tratados;[10] los problemas periféricos, que son muchos, han merecido abundantes estudios monográficos.[11] Lo relativo a la unidad y a las facciones en un estado, afecta en forma particular a los ejercitadores y al ejercicio del poder; este tema no pasó desapercibido a Maquiavelo; fue objeto de múltiples alusiones.

[9] L. Russo, *i classici italiani del cinquecento al settecento*, Sansoni Editore, Firenze, 1973.

[10] La bibliografía que proporciona Riccardo Bruscagli, *ob. cit.*, tiene la ventaja de estar clasificada por temas; de ella se desprende que de Maquiavelo han sido tratados una infinidad de temas y que, incluso, muchos de ellos han sido considerados reiteradamente por verdaderas autoridades.

Las referencias a la unidad y a las facciones son tantas y en tan diferentes contextos que su sistematización es difícil y complicada; resulta problemático intentar encontrar criterios generales en donde encuadrarlos y darle una presentación ordenada y no casuística.

El ser sistemático en el sentido actual no fue el fuerte de Maquiavelo;[12] con excepción de *el arte de la guerra*, en su obra en general más bien parte de prioridades o cuestiones secundarias.

También se sirvió de los textos de Tito Livio para desarrollar tesis políticas, y ofrecer, en forma desordenada y dispersa, enseñanzas a sus lectores,[13] salvo raras ocasiones, por lo que toca a cuestiones capitales, en las que hace análisis profundos y exhaustivos, como, por ejemplo, las relativas a las *conjuraciones, el ejército* y *lo que hace despreciable a un príncipe*. Maquiavelo no se siente obligado a agotar en una sesión un tema; lo que es más los toma y retoma cuantas veces lo cree necesario.[14] Ello no significa que

[11] Como biografías ya son clásicas la de Pasquale Villari, *Maquiavelo*, traducida al español; y la de Roberto Ridolfi, *vita di Niccolo Machiavelli*. Sobre la obra de Maquiavelo en general existen obras que son asequibles como las de Gennaro Sasso, *Niccolo Machiavelli*; del mismo Gennaro Sasso, *studi su Machiavelli*. Existen diferentes problemas como el de la *fortuna* que han merecido un abundante número de comentarios, sobre este respecto ver en forma adicional a la crecida enumeración existente:

Ettore Janni, *Machiavelli*, capítulo IX, pág. 175; John G.A. Pocock, *il momento machiavelliano*, parte prima, capítulo II, Lanfranco Mossini, *necessita e legge nell'opera del Machiavelli*, cap.I.

[12] Sobre el estilo de N. Maquiavelo ver principalmente: Federico Chabod, *scritti su Machiavelli*, pág. 369.

Independientemente de que se consulte en lo general la parte de la obra indicada, no está por demás citar algunas ideas aisladas del mismo Chabod relativas al estilo de Maquiavelo: "E pertanto, dopo la legazione ufficiale, hai il breve scritto, memoria personale, rapido commentario, in cui, al disotto dell'apparente rigore, della impassibilità dell'analisis, oltre al sillogistico coordinarsi del racconto, averti quest'interesso vivacissimo, che non si svolge tanto all' avvenimento narrato. . ." págs. 9 y 10. Más adelante dice: "Cosí, dei ventisei capitoli che compongono *Il Principe*, venticinque sono rigidamente logici; il ragionamento fila diritto, senza sbandamenti ne soste, l'analisi si svolge, finissima e incisiva, il pensiero si costringe in una compostezza sicura e cauta, che distingue e precisa; lo Stato nuovo vien fuori, grado a grado, contessuto di molteplici elementi, tutti vagliati ad uno ad uno e saggiati nella loro effettiva resistenza." Pág. 18. Por último dice: ". . .anche qui, la virtú artistica del Machiavelli sdegna l'aggettivo, l'ornamento, e forza la parola nuda e schietta a creare da sola l'immagine". Pág. 25.

[13] Sólo un genio político podría sacar tanto provecho y alimento de huesos tan descarnados como son las Historias de Tito Livio; sólo un ente cien por ciento político pudo extraer trascendentes enseñanzas de leyendas, anécdotas y mitos, de los que está plagada tal obra, que cualquiera hubiera estimado intrascendentes y sin importancia. Lo que es más, no es aventurado decir que sus lecturas de Livio sólo son un pretexto para exponer su pensamiento político, que hubiera expuesto con esa o con otra obra e incluso sin esa obra. La Historia, un marco sobrio y escueto, le sirve de referencia, pero que constantemente rebasa e ignora. Sobre los primeros contactos entre Maquiavelo y la obra de Tito Livio ver la introducción que Mayron P. Gilmore escribió para su *Machiavelli, the history of Florence and other selections*, pág. VII.

[14] Ver *disc.*, lib. I caps. XVIII y LV, ver al respecto G. Sasso, *studi su Machiavelli*, pág. 11 y siguientes.

cuando trata un tema no lo haga en forma ordenada, el rigor lógico con que procede, especialmente el descarnado uso que hace de los principios lógicos, del silogismo y del dilema, hacen su argumentación consistente.[15]

Es ese mismo estilo el que termina por cautivar irremediablemente a sus lectores; en muchas ocasiones prescinde de agotar el análisis de un tema con el fin de allegarse otros elementos que aparentemente son ajenos al tema principal, para, finalmente, cuando su lector se encuentra distraído, presentarle sin más preámbulo una conclusión tajante. Aunque habla claro y sin rodeos, en muchos casos prefiere presentar al lector las consecuencias negativas y no positivas de tal o cual acción a fin de que éste se encuentre con mayor libertad para elegir entre el bien y el mal; no lo inhibe, no le impone una conducta, es necesario ". . . aprender el camino del infierno para evitarlo". ". . . io vorrei trovarne uno che insegnassi lor la via di andare a casa il diavolo; vorrebbono appresso che fosse huomo prudente, intero, reale, et io ne vorrei trovare uno più pazzo che il Ponzo, più versato che fra Girolamo, più ipocrito che frate Alberto, perché mi parrebbe una bella cosa, et degna della bontà di questi tempi, che tutto quello che noi habbiamo sperimentato in molti frati, si esperimentasse in uno; perché io credo che questo sarebbe il vero modo ad andare in Paradiso: inparare la via dello Inferno per fuggirla." (*Carta* de N. Maquiavelo a Francesco Guicciardini de 17 de mayo de 1521.)

El problema de la unidad y las facciones es un hilo que se encuentra a lo largo de la obra de Maquiavelo, sea política, histórica o literaria, aparentemente desaparece en algunas páginas, pero el tema subyace de una u otra forma en aquellas en donde no se alude a él en forma expresa; se siente su presencia; se siente su aliento en forma notable y persistente.[16] Por ello, como dice Gramsci, el capítulo XXVI de *el principe*, no es un pegoste mal avenido;[17] es el corolario lógico de una obra bien trazada y con una finalidad

[15] Ver la introducción a *el principe*, de Angeles Cardona de Gibert.
"La lógica de *El Príncipe* es aplastante. Maquiavelo acepta unos principios buenos o malos, ciertos o falsos, eso no cuenta, y, a partir de sus premisas, escribe de acuerdo con el esquema del *silogismo* y del *dilema*. Por eso la prosa obedece al imperativo del razonamiento que camina, con urgencia, a una conclusión regida por la lógica. Este es el motivo por el que la obra está exenta de florituras y se nos muestra austera y parca en todo aquello que, de acuerdo con el tono lirico, enriquecía la prosa de muchos escritores del momento." Pág. 58. Ver tambien la *introducción* a la edición de *el príncipe*, de Miguel Angel Granada de Editorial Materiales, Barcelona, España, 1979, pág. 53 y siguientes.

[16] Dice L. Russo en *i classici italiani:* "questo' e un motivo fundamentale che corre e anima tutta la filosofia politica dei *discorsi*," pág. 207.

[17] Respecto del último capítulo de *el príncipe*, Gramasci dice: "Por esto el epílogo de *Il Principe* no es algo extrínseco, «pegado» desde fuera, retórico, sino que debe explicarse como un elemento necesario de la obra; más aún: como el elemento que reverbera su verdadera luz sobre toda la obra y la convierte en una especia de «manifiesto político»". (*El príncipe moderno*, pág. 66). Si efectivamente lo relativo a la unidad y las facciones, y sus trágicas consecuencias, tanto en Italia como en Florencia, como se ha visto, es un tema ampliamente contemplado en la obra total de Maquiavelo; si la unidad de la península Itálica, por medio de las diferentes posibilidades que él contempló a lo largo de su vida: bajo la dirección de Florencia, de César Borgia, de los Médici, etc., es algo que él procuró: es lógico concluir que el capítulo XXVI, de la que es considerada como su *capolavóro: el príncipe*, concluyera con una exhortación a la unificación italiana.

bien determinada: que el destinatario directo: Lorenzo de Medici; o los destinatarios indirectos y lejanos: Cavour, Mazzinni y Garibaldi, logren la unidad e independencia italiana, ". . . de igual modo, en el momento presente, era necesario para conocer la virtud de un espíritu italiano que la Italia se viera reducida a la condición en que se encuentra ahora: más esclava que los hebreos, más sometidos que los persas, más dispersa que los atenienses, sin guía, sin orden, derrotada, despojada, despedazada, batida en todas direcciones por los invasores, y víctima de toda clase de desolación". (*Príncipe* cap. XXVI.)

Aún a riesgo de aumentar el número de interpretaciones que se han dado a la obra de Maquiavelo,[18] con vista al abundante material que en seguida se utiliza, no es infundado suponer que una de sus preocupaciones fundamentales fue la desunión italiana y su posible reunificación bajo la dirección de un hombre fuerte, sea este un republicano o un tirano. Algunas corrientes interpretativas sólo tienen a su favor unos cuantos fragmentos aislados, no obstante ello se les ha considerado viables. Una intepretación como la que aquí se propone, que tiene a su favor cientos de referencias expresas y tácitas, es de tomarse en cuenta.

La esencia del problema se encuentra más en lo relativo a la *unidad*, que en lo que toca a las facciones; cuando Maquiavelo examina la cuestión de las facciones, más lo hace en función de que impiden la hegemonía de un príncipe o ponen en peligro una república. Todo gobernante requiere, antes que otra cosa, que no se cuestione seriamente su autoridad en lo interno y externo; requiere de un estado unitario. Los términos unidad y facciones aparecen frecuentemente juntas; cuando no se cita una después de otra en forma expresa, se invocan y desarrolla implícitamente al hacer referencia a una de ellas.

El término facciones se ha tomado, para los efectos de este trabajo, como un término genérico que comprende muchos otros que Maquiavelo usa frecuentemente, como partidos, grupos, facciones, sectas.

Los términos claves para los efectos de este estudio son *partidos* y *sectas* y sus correspondientes derivados: partidarios y sectarios; si bien el término *partido*, en ciencia política, en español, tiene una acepción más o menos precisa, no se puede decir lo mismo por lo que se refiere al término *secta*, éste, más es utilizado para hacer referencia a un fenómeno de carácter religioso, relacionado con cuestiones políticas; en tal sentido es definido el término en los más autorizados diccionarios de la lengua; no obstante ello, a lo largo de este trabajo, en forma frecuente se utiliza el término *secta*, siguiendo a Maquiavelo, para referirse a aquella organización, permanente o transitoria, cuyos componentes, sin buscar el bien público, careciendo de una ideología, se reúnen para procurar alcanzar sus propios intereses, enca-

[18] De todas las obras de Maquiavelo, tal vez sea *el principe*, la que ha suscitado mayor número de comentarios e intentos de refutación. Muchos estudiosos han intentado dar una interpretación a la obra en general y en particular al último capítulo; tal vez el mejor resumen de las opiniones emitidas se encuentra en Isaiah Berlin, en su obra *contra la corriente*, pág. 86 y siguientes. Sobre este particular es preciso consultar, asimismo, a Federico Chabod, *scritti su Machiavelli*, o su traducción al español publicada por Fondo de Cultura Económica.

bezados por líderes que llegan a serlo por virtud de favores hechos a sus seguidores, al margen y aún en contra de la ley; en oposición a los partidos que, en opinión de Maquiavelo, debe estimarse como *tales aquellas* organizaciones que actúan en una sociedad, dentro de la ley, con el fin de procurar el perfeccionamiento y conservación del estado.

En los términos anteriores se pronuncia Maquiavelo cuando dice: "Más en principio quiero decir, como es mi costumbre, que aquellos que esperan que una república pueda ser unificada están grandemente equivocados en sus creencias. Es verdad que algunas divisiones dañan a la república y algunas la benefician. Las que dañan implican las sectas y los partidarios; las que benefician son las que se mantienen sin sectas ni partidarios. No pudiendo, entonces, un fundador de una república que no existían enemistades en aquella, ha de prever, al menos, que no se vean sectas. El empero, debe saber como de dos modos adquieren reputación los ciudadanos en una ciudad: o por vía pública o por modo privado. Públicamente se adquiere ganando una batalla, tomando una ciudad, realizando una misión diplomática con diligencia y prudencia, aconsejando a la república sabia y felizmente. Por modo privado se logra beneficiando a éste o aquel ciudadano defendiéndolo de los magistrados, repartiendo dinero, procurándoles inmerecidos honores, y halagando a las masas con juegos y regalos. De este modo de proceder nacen las sectas y los partidarios, una reputación así ganada es ofensiva, como benéfica la otra cuando no está mezclada con sectas; porque está fundada en el bien común, no sobre un bien privado, y aunque uno no puede prevenir los grandes odios que surgen entre los ciudadanos, sin embargo no existiendo partidarios que por utilidad propia lo sigan, no pueden dañar a la república; por el contrario, ellos serían benéficos pues si quieren triunfar tendrán que vigilarse los unos a los otros puesto que es necesario su trabajo para que la república en orden alcance sus objetivos, mientras que los límites civiles no se traspasen. Las enemistades en Florencia siempre fueron sectas y por eso fueron siempre dañosas. Una secta se conservó unida *mientras tanto* la secta enemiga estaba con vida, pero cuando ésta era vencida y no habiendo aquello que producía temor que la detuviese, ni orden interno que la frenase, se dividía otra vez". (*istorie* lib. VII cap. I, ver *disc.*, lib. I cap. VII XLVI).

Con vista a lo anterior, no obstante existir fundadas razones para utilizar los términos *facciones, divisiones,* como lo hacen autorizados traductores, como don Luis Navarro, Félix Fernández Murgae, incluso, como lo hacen Peter Bondanella y Mark Musc en su traducción al inglés: *the portable Machiavelli*, Penguin Books, página 560; se utilizan los términos partidos y su técnicamente opuesto: sectas. Este proceder no es novedoso, los señores Antonio Ramos —Oliverra y Julio Luelmo, en su traducción al español de la obra de Pasquale Villari: *Maquiavelo*, así lo hacen (págs. 409 y 410).

No hay que olvidar que el término *setta*, según Luigi Russo: "è un termine generico, per indicare tutte le varie forme di *vivere comune* che si distinguono dal *vivere publico civile*. . . Sètte sono le religioni, i partiti, le classi, e persino le compagnie di ventura èrano allora due *sètte* di armi in

Italia, braccesca e sforzescá (cfr. *Istorie fior.*, V, 2)".[19] Ver también sobre este particular *discurso sopra il riformare lo stato di Firenze fatto ad istanza di papa Leone X en opere complete di Niccoló Machiavelli*. Palermo 1868, pag. 400: ". . . oltre di questo non vi era constituito un timore agli uomini grandi che non potessero far sette, le quali sono la rovina di uno stato." Ver también el Príncipe cap. XX: "E' Viniziani, mossi, come io credo, dalle ragioni soprascritte, nutrivano le sètte guelfe e ghibelline nelle città loro suddite; e benché nonli lasciassino mai venire al sangue, tamen nutrivano fra loro questi dispareri, acciò che, occupati quelli cittadini in quelle loro differenzie, non si unissino contro di loro." Machiavelli, *tutte le opere*. Sansoni Editori. Firenze.—1971— pág. 290, En el capítulo I del libro tercero de los *discursos*, que originan el comentario de L. Russo, se toma el término secta en su aceptación de vivir en común: E perché io parlo de corpimisti, come sono le republiche le sètte,. . ." (ver también *disc.* lib. II cap. V. Lib. III cap. I). No obstante la claridad de la distinción entre lo que es una secta y lo que es un partido, lo cierto es que existen multiples ejemplos en los que Maquiavelo utiliza indistintamente unos y otros ya para hacer referencia a la institución sana como a la viciada. (*disc.* lib. I cap. VI, VII y VIII).

EL MEDIEVO EUROPEO

La sociedad medieval occidental es una sociedad casi monolítica; no consiente la diversidad. Contó con un solo imperio que ejercía actos de autoridad que eran acatados en mayor o menor grado en gran parte de Europa, salvo en aquellas regiones conquistadas por los árabes o bajo gobiernos bárbaros; en general, en lo político, se puede hablar de una relativa unidad. Había una sola lengua con la que se comunicaban los estratos intelectuales, políticos y religiosos de la época: el latín.

Asimismo, con la salvedad de los ortodoxos, arrianos, valdenses, cátaros, albigenses y otras minorías,[20] se puede decir que existía un monopolio religioso que ejercían los papas y un solo centro religioso: Roma.[21] Había una filosofía que prevalecía: la aristotélica—tomista.[22] Un solo arte: el religioso.[23] Un solo centro del universo: la tierra; un solo mundo; el conocimiento desde la antigüedad. Lo que es más, había una colectividad, mas no individualidad; la personalidad es un producto renancentista.[24]

[19] L. Russo *i classici italiani* vol II g. C. Sansoni Editori Firenze, 1973, pág. 230.

[20] Ver Emile G. Leonard, *historia general del protestantismo*, tomo I, la reforma, introducción y capítulos 1 y 2. Jacobo Burckhardt, *the civilization of the renaissance in Italy*, parte sexta, pág. 302 y siguientes. J.A. Symons, *el renacimiento en Italia*, pág. 15.

[21] Rancke, *historia de los papas*, Fondo de Cultura Económica, México, 19 J. Burckhardt, *ob. cit.* págs. 104 a 118.

[22] Ver G.W.F. Hegel, *lecciones sobre la historia de la filosofía*, tomo III, págs. 75 y siguientes y 104 y siguientes. Ver también Bertran Russell, *a history of western philosophi*, lib. II, parte II, pág. 388 y siguientes.

[23] Arnold Hauser, *historia social de la pintura y el arte*, pág. 13; J.A. Symons *ob. cit.* pág. 20.

[24] J. Burckhardt, *ob. cit.* parte II págs. 121 y siguientes. Ver también the *italian renaissance*, editado por Werner L. Gundersheimer, pág. 93 y siguientes. y Gene A. Brucker, *renaissance Florence*, cap. VI, pág. 213 y siguientes; J.A. Symons, *ob. cit.* pág. 18.

EL RENACIMIENTO Y LA REFORMA

El universo del renacimiento y la reforma es algo profundamente dividido; la sociedad del *cincocentto* es una sociedad intensamente afectada por las facciones y los partidos; si bien éstos han sido patrimonio vitalicio de la humanidad, algunos tiempos, como los de Maquiavelo, los poseyeron con mayor intensidad y variedad. En forma particular los últimos veinticinco años del siglo XV y los primeros veinticinco del siglo XVI ven explotar violentamente los grupos hegemónicos, se rompe la armonía; surgen multitud de facciones en todos los campos.[25]

El renacimiento y la reforma son deliberados esfuerzos por abolir centros de poder, cánones, tradiciones actuantes y vigentes; que son substituidos por un humanismo, un libre arbitrio; con reducidos compromisos: no sujeción a otra voluntad que no sea la propia y está comprometido sólo con la búsqueda de la verdad y de lo bello.[26]

Ya no existe un solo mundo; hay un nuevo mundo y éste se fracciona por virtud de una bula papal. Europa se divide en múltiples países con gobernantes propios. Las naciones, por conducto de sus gobernantes, ". . .se afirman en su independencia y unidad; el poder público nada quiere saber de otra autoridad superior; tampoco en el pueblo encuentran aliados los papas. Príncipes y estamentos rechazan resueltamente sus intenciones".[27] (Ver también *el arte de la guerra.* Lib. II p. 614).

Maquiavelo tuvo conciencia del cambio operado; añora el pasado; su deseo de unidad en Europa y en Italia, su simpatía con sistemas hegemónicos, le hacen figurarse un mundo ideal en la antigüedad; se duele de su época. Su experiencia como diplomático le muestra un continente y una nación fraccionados. Sus informes, sus cartas, sus obras reflejan la fragmentación prevaleciente.

DIVISIONES EN ALGUNOS PAISES EUROPEOS

a) Alemania

En 1508 Maquiavelo fue enviado por su jefe Soderini a Alemania; iba como embajador agregado ante el emperador; el responsable principal de la misión diplomática era Francisco Vettori, pero aquél es quien realiza las gestiones más delicadas y él es el responsable de informar a su cancillería. Los informes no sólo comprenden la relación de sus gestiones, también comprende observaciones de inteligencia. Maquiavelo encuentra a Alemania dividida; el emperador sólo ejerce una autoridad simbólica; existen infinidad de principados seglares y eclesiásticos, que gobiernan grandes o pequeñas fracciones del imperio alemán; existen ciudades libres que se autodeterminan. Había profundas divisiones entre el emperador y los príncipes: "La enemistad de los príncipes con las ciudades imperiales y con los suizos por notoria, no es necesario explicarla; y lo mismo sucede con la existente entre el Emperador y los príncipes del imperio. Conviene advertir que siendo la principal enemistad del Emperador contra los príncipes y no pudiendo avasallarles por sí solo, procura de todos modos la amistad de las ciudades, y por esta misma causa gestiona desde hace algún tiempo la buena inteligencia con los suizos, que parece están ya predispuestos en su favor". (*descripción de alemania,* ver también: *el arte de la guerra,* Lib. II).

En sus informes estima que las causas de desunión son: "Las de carácter más general son la enemistad entre los suizos y alemanes, entre las ciudades y los príncipes y entre éstos y el Emperador. Parecerá extraño que los suizos y las ciudades imperiales sean enemigas, teniendo igual propósito de defender la libertad y contrarrestar a los príncipes; pero su antipatía nace de que los suizos, no sólo son, como las ciudades imperiales, enemigos de los príncipes, sino también de toda distinción nobiliaria, porque en su país no tienen príncipes ni nobles, y gozan de perfecta igualdad, sin otra diferencia entre los hombres que la ocasionada por el desempeño de los cargos públicos. Dichas costumbres de los suizos inspiran temor a los nobles que viven en las ciudades, quienes intrigan cuanto pueden para mantener la desunión entre éstas y aquéllos".

"Teniendo, pues, en cuanta dichas causas generales de división y añadiéndoles las que dividen entre sí a los príncipes y a las ciudades, es muy difícil conseguir la unión que el Emperador necesita." *(Informe sobre los asuntos de Alemania.)*

Considera que la unión en Alemania era una cuestión difícil: "No estimaban existiera ninguna de las causas que obligaban a los Estados a aliarse, que son la mutua defensa, o el temor a la ofensa o a la ganancia, y en cambio veían que en su unión con el Emperador, los gastos y peligros serían para ellos y el provecho para otros". *(Informe sobre los asuntos de Alemania* 17 de junio de 1508.[28])

b) Francia

En su misión a Francia observa que si bien fue un país dividido, en el que existían un rey y barones poderosísimos "deseosos de ocasiones para alzarse en armas contra el rey. . ." En su tiempo se trataba de un país unido bajo el mando de un solo monarca. Los barones ya no se alzaban contra su rey porque eran de su sangre y en ellos anidaba la esperanza de suceder al rey en caso de faltar un legítimo heredero de la corona *(retrato de las cosas de Francia).*

[25] Ver Gene A. Brucker, *ob. cit.* cap. cuarto pág. 128; J. Burckhardt, *ob. cit.* parte primera.

[26] Ver. J. Burckhardt, *ob. cit.* parte tercera. B. Russell, *ob. cit.* libro tercero; G. Hegel, *lecciones sobre la historia de la filosofía,* tomo III, sección tercera. pág. 161.

[27] Leopold Von Ranke, *historia de los papas,* pág. 27.

[28] Ver G.W.F. Hegel, *lecciones sobre la filosofía de la historia universal,* Alianza Universitaria, Madrid, 1980, pág. 645.

Años después afirmaba: "El rey de Francia está rodeado de multitud de nobles que tienen súbditos sumisos y obedientes, nobles con prerrogativas y preeminencias de que no puede privarles el rey sin peligro propio". *(Príncipe IV, hist.* lib. VII, cap. VII, y *descripción de Francia.)*

Cuando escribe *el príncipe,* hace notar: "Lo contrario ocurre en estados gobernados como el de Francia. Con facilidad pueden ser invadidos ganando a algunos magnates del reino, que siempre hay entre ellos descontentos y deseosos de innovaciones. Estos, por las razones ya dichas, pueden abrir camino a la invasión y facilitar la conquista, que sólo se conservará venciendo infinitas dificultades originadas por los auxiliares y por los vencidos. No bastará extinguir la dinastía del príncipe, porque los magnates promoverán nuevas conspiraciones, y no pudiendo contentar a todas sin acabar con ellos, por cualquier imprevista causa se pierde la conquista". "Pero los Estados organizados como Francia no se poseen con tanta quietud. Las continuas rebeliones en España, en las Galias y en Grecia contra los romanos, nacían de la multitud de reyezuelos o jefes que había en estas comarcas."*(Príncipe* IV.)

c) Turquía

Aunque nunca visitó Turquía, estimaba que si bien era un reino unido difícil de conquistar, una vez conquistado no era difícil conservarlo, dado a que el monarca concentraba en sus manos todo el dominio (*el príncipe* cap. IV).

d) España

Francisco Javier Conde, en su obra: *el saber político en Maquiavelo,* dice "El juicio de Maquiavelo sobre España es más parco, apenas alguna alusión aquí y allá, como de pasada y con gran cautela, tal vez porque no conocía de hecho nuestro país, tal vez por prudencia".[29] No obstante la autoridad de don Francisco Javier Conde, lo cierto es que, como lo demuestra ampliamente don Luis Diez del Corral, en su: *la monarquía hispánica en el pensamiento político europeo,*[30] las referencias a España son múltiples y relacionadas con toda clase de temas políticos. Por muchas razones se puede afirmar que conocía a los españoles muy bien: "La natura de'Franzesi è appetitosa di quello d' áltri; di cho di poi insieme col suo e quello d' áltri é prodiga. E peró il Franzese ruberia con lo alito per mangiarselo e mandarlo male e goderselo con colui a chi lo ha rubato; *natura contraria alla spagnuola, che di quello que ti ruba mai ne vedi niente". (Retrato di cose di Francia.)*

Los primeros párrafos de el capítulo XXI de *el príncipe* están dedicados a referir las diferentes maniobras ejecutadas por Fernando, rey de Aragón,

[29] Francisco Javier Conde, *el saber político en Maquiavelo,* pág. 114.
[30] Ver parte I.

para llegar a ser rey de España y mantener entretenidos a los nobles castellanos con el fin de evitar estuvieran ociosos y no intentaran novedades políticas.

CAPITULO II

ITALIA DEL RENACIMIENTO

La Italia del renacimiento ya no es lo que había sido en la antigüedad romana: una sola, con un centro. Se trata de una península que sirve de asiento a múltiples países que, si bien hablan un solo idioma, con algunas variantes, están sometidos a diferentes gobiernos; éstos son de la más diversa índole, hay repúblicas: Florencia y Venecia; principados: Milán y Nápoles, con los Sforza y Aragón; estados pontificios; una gran multitud de pequeños principados; minúsculas repúblicas y zonas expuestas a servir de botín al condotiero triunfante en turno *(príncipe* XII).[31]

Urge una explicación; Maquiavelo ubica la fragmentación desde el momento en que ésta se sustrajo al poder del imperio. No sólo el país sino las mismas ciudades se hallaban divididas en bandos y en constantes desórdenes. (*istorie,* lib. III cap. V, lib. VII cap. XXXI, lib. VIII cap. II).

Rara vez existen fronteras firmes y estables; las que hay se mueven a la misma velocidad en que actúan los príncipes, el papa y demás gobernantes;

[31] Irene Gordon, en su *introducción* a la obra de Jacobo Burckhardt: *the civilization of the renaissance in Italy,* cita un diálogo sostenido en una película basada en una obra de Green y dice: "Recuerda que el compañero dijo, . . .en Italia durante 30 años, bajo los Borgia, tuvo guerra, terror, asesinatos y derramamiento de sangre, pero produjo a Miguel Angel, Leonardo da Vince y el renacimiento. En Suiza existió un amor fraternal; tuvo 500 años de democracia y paz, ¿y que fue lo que produjo?, el reloj cucú". A Mentor Classic, 1960, pág. V.

Tal vez la obra de Maquiavelo hubiera sido totalmente diferente de no haber existido en su ciudad, en la península y en Europa, luchas partidistas, divisiones, sectas, crímenes, guerras de conquista, etc. El mismo se pronunció en el sentido de que "Toda guerra es justa cuando es necesaria, y es legítima la apelación a las armas cuando éstas son el postrer recurso de un pueblo" (*príncipe,* cap. XXVI). En otra parte arremete contra la religión cristiana por cuanto a que insiste en el pacifismo y la contemplación, en lugar de estimular los sentimientos de agresión y pelea que existen en el hombre (*disc.* lib. II cap. II). Gramsci estima que: "Debe considerarse, sobre todo, a Maquiavelo como la expresión necesaria de su tiempo, como un hombre estrechamente ligado a las condiciones y a las exigencias de su época, que resultan: a) de las luchas internas de la república florentina y de la estructura particular del Estado, que no sabía liberarse de los residuos comunales-municipales, es decir, de una forma de feudalismo que se había convertido en estorbo; b) de las luchas entre los Estados italianos por imponer un equilibrio en el ámbito italiano, obstaculizado por la existencia del papado y de los demás residuos feudales, municipalísticos de la forma estatal urbana y no territorial; c) de las luchas de los Estados italianos, más o menos solidarios, por un equilibrio europeo, o sea, de las contradicciones entre las necesidades de un equilibrio interno italiano y las exigencias de los Estados Europeos en lucha por la hegemonía. . . Maquiavelo. . . deduce las reglas para un Estado fuerte en general e italiano en particular. Maquiavelo es un hombre plenamente ligado a su época; y su ciencia política representa la filosofía de la época, que tiende a la organización de las monarquías nacionales absolutas, la forma política que permite y facilita un ulterior desarrollo de las fuerzas productivas burguesas. "Antonio Gramsci, *el príncipe moderno,* pág. 76. Ver también J.A. Symons, *el renacimiento en Italia,* pág. 28 y siguientes.

una provincia en poco tiempo cambia de manos, pertenece a diferentes centros de poder; estos no siempre son italianos; intervienen en el desorden generalizado, para complicarlo y acentuar las diferencias, las potencias del momento: Francia, Alemania, España, Turquía, etc. (ver *istorie*). Hay regiones en las que tradicionalmente algunas de esas potencias tiene aliados incondicionales; los gobernantes republicanos de Florencia simpatizaban con Francia; los venecianos conservan magníficas relaciones con los turcos. El papa se mueve según conviene a su política de expansión; hay momentos en que simpatiza con el rey francés Francisco I, también establece alianza con el archienemigo de este Carlos V; los españoles hay momentos en que son sus aliados. En el saco de Roma intervienen alemanes, suizos y españoles bajo la bandera del emperador Carlos V.[32]

LAS CIUDADES ITALIANAS

En tiempos en que el papa hacía temblar con sus censuras a Europa, el pueblo de Roma se le rebelaba y las facciones no procuraban más que el desprestigio y la pérdida de autoridad del bando contrario *(istorie*, libro primero, cap. XIV). Lo que es más, Maquiavelo llega a afirmar, con ese su peculiar estilo: "Sin embargo, mientras que el papa tenía tanta autoridad en principados lejanos, no podía hacerce obedecer por los romanos; de los cuales no pudo lograr le permitieran vivir en Roma, ahora que prometía no ocuparse de otra cosa que no fuera los eclesiásticos. Hasta ese punto las apariencias son más temidas de lejos que de cerca". *(Istorie*, lib. I cap. XIX).

Más adelante afirma que los pueblos italianos, unos siguieron al papa y otros al rey Enrique IV, con lo que, a falta de invasiones de los bárbaros, Italia fue destrozada por los güelfos y gibelinos *(istorie*, lib. I cap. XVI; ver también *la vita di Castruccio Castracani);* en otra parte dice que fue la llegada de Federico de Suabia a Italia la que sembró discordia en la península, se multiplicaron los partidos, llamándose güelfos los que seguían a la iglesia y gibelinos los que seguían al emperador *(istorie*, lib. I cap. XXI).

También estimaba que las cruzadas fracasaron debido al valor de Saladino y a las discordias entre los cristianos. *(Istorie*, lib. I. cap. XVII).

Respecto del propio cristianismo, Maquiavelo se duele de su desunión: "Y si sólo la religión cristiana hubiera estado unida, se hubieran seguido menores desórdenes; mas combatiéndose entre sí la iglesia griega, la romana y la Rávena y además las sectas heréticas con la católica, de muchos modos contristaban al mundo". (*Istorie*, lib. I. capítulo V).

La iglesia, a juicio de Maquiavelo, en los siglos XIV y XV, se encontraba debilitada y sin reputación debido a la existencia de tres papas: Gregorio, Benedicto y Juan y que la unificación se logró al cabo de cuarenta años *(istorie*, lib. I. cap. XXXVI).

[32] Ver P. Villari, *ob cit.* cap. 28; Marcu, *Maquiavelo*, pág. 224 y siguientes; A. Renaudet, *Maquiavelo*, pág. 103; D. Waley, *the italian city-republics*, pág. 164.

En Roma existían dos facciones principales que procuraban para sí tanto el gobierno de la ciudad como el de la iglesia; Los Orsini y los Colonna; el papa Alejandro VI, por conducto de su hijo César Borgia, el multiasesino duque Valentino, casi acabó con los miembros de las facciones; venció a los Orsini aliándose a los Colonna; después acabó con éstos;[33] con lo que consolidó el dominio papal sobre la ciudad durante varios siglos.[34] Años después, a la muerte del papa Alejandro VI, uno de los sobrevivientes de la familia Orsini: Fabiano Orsini, estando moribundo César Borgia, asesinó en la calle a un oficial del duque y con su sangre se lavó la boca y manos. Maquiavelo en esa época se encontraba en Roma como enviado diplomático de la república florentina[35] (ver también *istorie*, lib. VIII. cap. XXVII).

Por lo que toca a Forli, bajo el gobierno de Catalina Sforza, hija de Galeazo Sforza, soberano de Milán; hay partidos reñidos a muerte; los florentinos, entre ellos Maquiavelo, se encargaban de sostener un partido y un condotiero. En Forli las facciones eran de vieja data, anteriormente, a decir de Marcu: "Su ciudad se rebela, su segundo esposo también es asesinado, como el primero, ante sus ojos, y ella misma es hecha prisionera. A su lado están sus seis hijos, sus doncellas, sus primos, su madre, su hermana, que lloran desesperadamente. Catalina ordena silencio a su familia y le arenga así: —No debéis llorar, no debéis tener miedo, pues lo peor sería demostrar que tenéis miedo. Porque entonces os diré en seguida lo que os van a hacer: seréis asesinados. Nuestros antepasados eran príncipes de la guerra, grandes condotieros. Nunca conocieron el miedo, y por eso pudieron desafiar la prisión, el fuego, la traición. Cuando yo era una jovencita fue asesinado mi padre. Pero no he perdido el valor; vosotros debéis ser como yo. Si no, os desconoceré a todos".

"Esta señora prisionera piensa que el ser asesinada es un riesgo propio de la profesión del tirano. . ."

"La Rocca, el fuerte, que en las ciudades italianas constituye la última barricada, todavía se encuentra en manos fieles. El capitán de la rebelión exige a Catalina la orden dirigida al comandante de la Rocca para que entregue las llaves. De buena gana lo hubiese hecho, contesta Catalina, pero conoce al rabioso que manda al fuerte. No la obedecerá. Lastimosamente creerá que actúa por voluntad ajena. Tienen que permitirle a ella misma ir a la Rocca; y para ello deja en calidad de rehenes a sus hijos. Apenas llega al fuerte, anima a sus desalentados fieles y ordena el asalto contra la ciudad. Delante de la fortaleza son llevados sus hijos llorosos. Amenazan matarlos ante los ojos de la madre, Catalina sube las almenas de la Rocca, y levantándose las faldas hasta la cintura grita a sus enemigos: —¡Si me matáis esos hijos, soy bastante mujer para engendrar otros. . .!"

[33] *El príncipe*, cap. VII; Ver V. Marcu, *ob cit.* pág. 95.
[34] V. Marcu, *ob. cit.* pág. 98.
[35] V. Marcu, *ob. cit.* pág. 124; J. Burckhardt, *ob. cit.* pág. 84.

Catalina consigue retener la fortaleza, sus hijos no son asesinados, del exterior llegan socorros, y así permanece nuevamente soberana de Forli e Imola. . ."[36] (ver también *istorie*, lib. VIII cap. XXXIV).

Génova, que escasamente participó en el movimiento cultural del Renacimiento, tiene lo suyo por lo que toca a las facciones; en ésta, a decir de Burckhardt: "Las luchas entre los partidos revelan aquí un carácter tan salvaje y van acompañadas de tan violentas conmociones en la existencia toda del Estado, que no se concibe cómo los genoveses, después de tantas revoluciones y ocupaciones, conseguían recuperarse y volver las cosas a una situación llevadera".[37]

De Siena no se puede decir que sea una excepción: ". . . la ciudad está dividida todo el tiempo y se gobierna más locamente que cualquier otra ciudad de Italia". Un duque de Toscana, a quien le pedían que mandara construir en Siena un manicomio, dijo simplemente: "Cierren las puertas de la ciudad y ya tienen ahí su manicomio".

". . . la ciudad, como de costumbre, está en plena revolución; los *libertinos* demócratas y los *noveschi* aristócratas se degüellan unos a otros. . .".[38]

En Bolonia existían dos familias poderosas que se disputaban el poder: los Canneschi y Bentivogli *(istorie*, lib. VI. cap. IX). Lo que era más, cuando los italianos excepcionalmente llegaban a concertar la paz, después de múltiples enfrentamientos, resultaba que la naturaleza se encargaba de sembrar muerte y desorden, como que ella misma se rehusaba ver tranquila la península *(istorie*, lib. VI. cap. XXXIV).

En este mar de divisiones y partidos, Venecia es una ínsula de tranquilidad y orden; en ella encuentran refugio casi seguro todos aquellos que han tenido que huir. Su gobierno aristocrático, su privilegiada situación geográfica, hacen de ella un lugar tranquilo en lo interior, próspero en los negocios e inexpugnable en lo exterior. Contra ella frecuentemente se alían enemigos irreconciliables.[39]

Hegel encuentra que: "Con frecuencia se ha rechazado con horror este libro *(el príncipe)*, considerándolo lleno de máximas de la más cruel tiranía; pero en el alto sentido de la necesidad de que se formase un Estado, ha establecido Maquiavelo los principios según los cuales tenían que formarse los Estados en aquellas circunstancias. Había que reprimir completamente a los distintos señores y señoríos; y si nosotros no podemos unir con nuestro concepto de la libertad los medios que Maquiavelo nos da a conocer como los únicos plenamente justificados, porque implican la violencia más desconsiderada, todas clases de engaño, el asesinato, etc., hemos de confesar que los dinastas que debían ser sometidos sólo podían ser atacados de ese modo, pues a una total falta de conciencia moral unían una perfecta abyección".[40]

[36] Ver V. Marcu, *ob. cit.* pág. 80.
[37] Ver J. Burckhardt, *ob. cit.* pág. 67 y 68.
[38] Ver J. Burckhardt, *ob. cit.* pág. 50.
[39] Ver J. Burckhardt, *ob. cit.* pág. 48.
[40] G.W.F. Hegel, *lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, pág. 646.

DIVISIONES FAMILIARES

También existen profundas divisiones en las familias mismas; las luchas llevan el mismo sello que es común a las luchas intestinas italianas: son violentas, de exterminio total, sin tregua. Oliveroto de Fermo asesinó a su tío Juan Flogliani que lo había criado y educado y se hizo del gobierno que ejercía su pariente sobre la ciudad *(príncipe* cap. VIII y *descrizione del modo tenuto dal duca Valentino. . .)*.

La familia del papa Alejandro VI, no es una excepción; su hijo César Borgia casi exterminó a la familia papal: "Asesinó a su hermano, que se cruzaba en su camino, haciéndolo arrojar al Tíber; en las escaleras del palacio fue acometido por orden suya su cuñado, la mujer y la hermana cuidaban del herido, la hermana le preparaba la comida para tener seguridad de que no sería envenenado. El Papa puso vigilancia en la casa para proteger, del hijo al yerno. Precauciones de las que se reía César. Solía decir: 'Lo que no ha pasado al mediodía puede pasar por la noche'. Cuando el príncipe se encontraba convaleciente entró en su cuarto hizo salir a la mujer a la hermana, y llamó a su verdugo, que estranguló al desgraciado. No le interesaba demasiado la persona del Papa, en el que no veía más que un instrumento de su propio poder. Mató al favorito de Alejandro; Peroto, cuando éste se guarecía bajo el manto pontificial: la sangre le saltó al Papa en la cara".[41]

En su obra literaria existen diversos ejemplos de familias divididas.

En *clizia*, comedia escrita a imitación de *casina* de Plauto.[42] Maquiavelo presenta a una familia florentina de inicios del mil quinientos, cuyos miembros están divididos: por una parte está Sofronia, madre y esposa con su hijo y sirvientes, que procuran impedir que su esposo Nicomaco mancille a una doncella que se ha criado en su casa como hija; por otro lado está Nicomaco, padre y esposo que pretende casar a Clizia con su criado Pirro a fin de abusar de ella una vez consumado el matrimonio. Ambos bandos se allegan partidarios; al fin triunfa el partido que ha contado con más *saber*[43] y más afortunado, el contrario cae en ridículo, se somete y es dominado.[44]

[41] L.V. Ranke, *historia de los papas*, pág. 34.
[42] P. Villari, *Maquiavelo*, pág. 343.
[43] Ver J.G.S. Pocock, *il momento Machiavelliano*, pág. 119 y siguientes, F.J. Conde, *el saber político en Maquiavelo*, cap. 4.
[44] *Nicomaco:* "Governala come tu vuoi. Io voglio andare in casa a riposarmi che, per la mala notte che io ho avuto, io non reggo ritto, ed anche perchè io veggo Cleandro ed Eustachio uscire fuora, con i quali io non mi voglio abboccare. Parla con loro tu; di' la conclusione fattada noi, e che basti loro avere vinto, e di questo caso più nom me ragionino". *Clizia*, acto quinto, escena tercera.

CAPITULO IX

PROCEDIMIENTOS PARA ACABAR CON LAS DIVISIONES Y LOGRAR LA UNION

Para Maquiavelo sólo existen dos maneras efectivas de acabar con las divisiones en una ciudad o un estado: la muerte o el destierro de los cabecillas. El convenir la paz entre los contendientes es perjudicial e inútil, sobre todo cuando ha corrido sangre o mediado ofensas de idéntica gravedad. *(disc.* III cap. XXVII). En su labor unificadora un gobernante debe recordar que ". . . los hombres no pueden ni deben ser fieles siervos de aquel señor del cual ni puedan ser ni defendidos ni corregidos". *(parole da dirle sopra la provisione del danaio. . .),* ". . . donde el material humano no está corrompido los tumultos y otros escándalos no causan daño, son fácilmente encauzadas; en las sociedades corrompidas no son suficientes las leyes, para conseguir el restablecimiento de las buenas costumbres, es preciso recurrir a procedimientos extraordinarios de fuerza. *(disc.* lib. I cap. XVII). A pesar de que en forma evidente se adopten medidas prudentes para acabar con las facciones siempre se verá que existen inconvenientes para los cuales no exista remedio ya que ". . . lo malo se encuentra tan unido a lo bueno, que es fácil, al buscar el provecho, encontrar el daño". *(disc.* lib. III cap. XXXVII)[45] y que debe procurar hacer todas las crueldades de una vez para no tener que repetirlas y poder, sin ellas, asegurarse de los hombres y ganarlos con beneficios. *(príncipe* cap. VIII).[46]

Respecto a la represión Maquiavelo aconseja: "Es pues, indispensable no hacer daño a nadie o hacerlo de una vez, y después tranquilizar los ánimos con medidas que les infundan confianza". *(disc.* lib. I cap. XLV).

En todo caso siempre conviene más saber que hacer que saber que decir, tomada una determinación es más fácil acomodar las palabras a los hechos que estos a aquellos *(disc.* lib. II cap. XV).

Pena de muerte

Los romanos, por lo que hace a los que se les rebelaban, se ganaban su confianza con beneficios o los trataban de tal manera que nunca dudaran más de lo que les esperaba. *(del modo di trate i popoli della Valdichiana rebelleti).*

"Lo honroso es saber y poder castigar a los culpables, no el poderlos contener a costa de mil peligros. El príncipe que no castiga a quien delinque

[45] *Discursos,* lib. III, XXXVII: ". . . tanto che questa è di quelle cose che ha il male sí proponquo al bene, e tanto sono congiunti insieme, che gli è facil cosa prendere l'uno, credendo pigliare l'altro".

[46] *Príncipe,* cap. VIII: ". . . Perché le iniurie si debbono fare tutte insieme, acciò che, assaporandosi meno, offendino meno: e' benefizii si debbono fare a poco a poco, acciò si assaporino meglio".

de manera que no pueda volver a delinquir, es tenido por ignorante o cobarde.

Lo atinada que fue la determinación de los romanos en el caso citado (de beneficiar o castigar, sin términos medios), confírmalo, si necesario fuese, la que tomaron también contra los privernates. En este punto del texto de Tito Livio deben notarse dos cosas; una, lo que antes hemos dicho de que a los súbditos rebeldes se les debe beneficiar o destruir, y la segunda, cuánto agradan a los hombres prudentes y sabios la nobleza del ánimo de los que dicen la verdad ante ellos." *(disc.* lib. II cap. XXIII).

"Nunca dudó (Roma) hacer matar por vía de justicia a una legión o a todos los habitantes de una ciudad. . ." ". . . el más terrible de estos castigos consistía en diezmar los ejércitos, matando, por sorteo, un hombre de cada diez. No cabía pena más espantosa para castigar una multitud, porque cuando ésta delinque sin haber autor conocido, no es posible imponer pena a todos los que la forman, a causa de su gran número. Castigar a unos y dejar a otros impunes es ser sobradamente severos con aquéllos y alentar a éstos para que repitan las faltas; pero si matan la décima parte por sorteo, cuando todos merecen la misma pena, el castigado lamenta su mala suerte y el que queda libre teme que en otro sorteo le toque morir, y se guarda de ejecutar actos culpables". *(disc.* lib. III cap. XLIX).

En otra parte Maquiavelo observa: "Los griegos estaban entonces *divididos en dos bandos,* uno favorable a los atenienses y otro a los espartanos, división que alcanzaba a los vecinos de muchas ciudades, siendo unos partidarios de Esparta y otros de Atenas. En Corcira prevalecieron los nobles y privaron de la libertad al pueblo; pero éste, ayudado por los atenienses, recuperó el poder, prendió a los nobles y los encerró en prisión capaz para todos. De ella los fue sacando, ocho o diez cada vez, con pretexto de desterrarlos a diversas partes; pero en realidad, para hacerles morir con los más crueles tormentos. Sabido esto por los que quedaban, determinaron librarse, si les era posible, de muerte tan ignominiosa, y echado mano a cuanto pudieron encontrar para su defensa, combatieron con los que deseaban penetrar en la prisión, defendiendo la entrada. Acudió el pueblo al ruido de la lucha, destechó la prisión y sepultó en los escombros a los nobles que en ella quedaban.

De esto hubo en Grecia otros muchos ejemplos notables y horribles, demostrándose que los pueblos se vengan con mayor crueldad de los que les privan de su libertad, que de los que quieren quitársela". *(disc.* lib. II cap. II).

"La severidad de Bruto no sólo fue útil, sino indispensable para mantener en Roma la libertad que él había conquistado, siendo ejemplo rarísimo en la historia de los acontecimientos humanos ver a un padre que, como juez, condena a muerte a sus hijos y asiste a la ejecución de la sentencia."

"Los que estudian atentamente la historia antigua saben que en toda mutación de régimen político, de república o tiranía o de tiranía a república, se necesita un castigo memorable aplicado a enemigos del régimen imperante, quien lograra ser tirano y no matase a Bruto, y quien estableciera

una república y no matase a los hijos de Bruto, duraría poco tiempo" *(disc.* lib. III cap. III).

Maquiavelo hace suya, por considerarla sabia y buena, la idea de que no se debe dejar crecer un mal por conseguir un bien que el mismo mal, creciendo, impedirá realizar. *(disc.* lib. III cap. III).[47]

César Borgia, en la Romaña, dio a Maquiavelo una enseñanza más, de las muchas que éste recibió de aquél, de la forma de cómo debe procederse a la pacificación de una región: "Abundaban, pues, en aquella provincia los latrocinios y la infestaban las facciones, que se entregaban a toda clase de excesos. Juzgó el duque necesario, para restablecer el orden y someterla a la autoridad del príncipe, establecer un gobierno fuerte, y nombró gobernador a Ramiro d'Orco, hombre cruel y expedito a quien dio plenas facultades. Este gobernador pacificó la Romaña en poco tiempo, concilió los partidos y con ello adquirió gran fama. Después creyó el duque innecesaria una autoridad tan ilimitada, por sospechar que llegaría a ser odiosa, y creó un tribunal civil en el centro de la provincia, presidido por personas reputadísimas, y al cual debía enviar cada ciudad su procurador o abogado. Comprendiendo, además, que la anterior severidad le podía haber hecho en cierto modo odioso, para vindicarse completamente a los ojos de aquellos pueblos y ganarse su voluntad en absoluto, quiso probar que las crueldades cometidas no debían atribuirse a él, sino al carácter duro de su ministro. Para ello aprovechó la primera ocasión favorable a su propósito y mandó una mañana partir de arriba abajo a Ramiro y exponer su cuerpo colgado de un poste y junto a él un cuchillo ensangrentado en la plaza Cesena. El horror de este espectáculo satisfizo y amedrentó por algún tiempo a aquellos pueblos". *(príncipe* VII).

A tan drásticas medidas no se debe recurrir en forma irreflexiva; procede actuar de inmediato y de esa manera cuando los sediciosos carecen de fuerza *(disc.* lib. III cap. VI); cuando las cosas no se presentan de tal forma, Maquiavelo aconseja prudencia; "No dejaré de advertir al príncipe o república contra quien se conspire que, descubierta la conjuración, antes de castigar a los conjurados, examinen bien la índole e importancia de aquélla, y calculen con cuidado las condiciones y recursos de los conspiradores y sus propios medios. Si el partido de aquéllos es numeroso y potente, no deben intentar el castigo hasta contar con fuerza bastante para vencerlo. Obrando de otro modo acelera la propia ruina; y conviene disimular cuidadosamente, porque los conjurados, al verse descubiertos, por necesidad acudirán a la violencia" *(disc.* lib. III, IV).

Es obvio que aunque la pena de muerte es una medida drástica, responde a la idea de Maquiavelo de que a los pueblos se les debe ganar, o imposibilitarles de causar daño, porque de las pequeñas ofensas se vengan, pero no de

[47] *Discursos*, lib. III, cap. III: ". . .Il quale rispetto era savio e buono: nondimeno, e' non si debbe mai lasciare scorrere un male, rispetto ad uno bene, quando quel bene facilmente possa essere, da quel male, oppressato".

las grandes; por ello el agravio que se les haga debe ser de los que no permitan tomen venganza. *(príncipe* III, *istorie*, lib. III cap. XXVI).[48]

Destierros

Maquiavelo no es partidario de soluciones a medias *(disc.* II cap. XXIII; lib. III caps. III y XLI);[49] "Los romanos pensaron que a los pueblos rebeldes se les debe o beneficiar o destruir y que cualquier otra vía es peligrosísima" *(del modo di trattare. . .)*;[50] el gobierno florentino a quien él sirvió fue objeto de sus críticas precisamente por no saber tomar decisiones radicales y definitivas *(disc.* lib. III cap. XXVII). A su jefe Soderini, a su muerte, en 1522, no lo sitúa en el infierno, lo ubica en el limbo, a donde van los inocentes e indecisos como él.[51] La otra solución efectiva que él encuentra al problema de las facciones irreconciliables es el destierro y dispersión forzada de sus principales líderes.

Los romanos, dice Maquiavelo, arrasaban las tierras de sus enemigos; las colonizaban de nueva cuenta con súbditos incondicionales y a los antiguos habitantes se les dispersaba de tal manera que ni con las armas ni con sus consejos pudieran causar daño alguno *(disc.* II cap. XXIII). En el último capítulo de sus *discursos* vuelve a recordar la costumbre romana y habla de que las autoridades de ésta no dudaron en desterrar, cuando lo juzgaron necesario para la salud pública, a ocho o diez mil hombres (ver también el capítulo XXVI del libro primero de sus *discursos* y el capítulo V de *el príncipe).*

En el ya citado capítulo XXVIII del libro segundo de los *discursos*, Maquiavelo reconoce que los florentinos, para restablecer la paz en Pistoia, ya cansados de recurrir a la reconciliación, acudieron, con buen éxito, al expediente de apresar y desterrar a los jefes de los bandos. Comentando el destierro de Cosme dei Medici afirma que a los grandes o no se les ha de tocar y si se les toca hay que acabarlos *(istorie*, lib. IV cap. XXX).

En Florencia los destierros más fueron utilizados para debilitar a la facción contraria que para eliminar las divisiones. Maquiavelo ya habla de expulsión de ciudadanos florentinos por el siglo XIII *(istorie*, lib. II cap. IV); Dante Alighieri, miembro del partido blanco, en unión de los Cerchi que lo encabezaban, fue objeto de destierro y sus bienes confiscados *(istorie*,

[48] *Príncipe*, cap. III: Per il che si ha a notare che gli uomini si debbano o vezzeggiare o spegnere; perché si vendicano delle leggieri offese, delle gravi non possono; sì che l'offesa che si fa all'uomo debba essere in modo che la non tema la vendetta".

[49] *Discursos*, lib. II, cap. XXIII: ". . .Perché uno governo non è altro che tenere in modo i sudditi che non ti possano o debbano offendere: questo si fa o con assicurarsene in tutto, togliendo loro ogni via da nuocerti, o con benificarli in modo, che non sia ragionevole ch'eglino abbiano a desiderare di mutare fortuna".

[50] *Del modo di trattare* . . ."I Romani pensarono una volta che i popoli ribellati si debbano o beneficare o spegnere e che ogni altra via sia pericolosissima".

[51] Epigrammi I. La note che morì Pier Soderini, l'anima andò de I'nferno a la bocca; gridò Pluton: —Ch'inferno? anima sciocca, va su nel fra limbo fra gli altri bambini.—

lib. II cap. XX). El mismo Maquiavelo reconoce que una vez expulsados los miembros de un partido contrario, los que quedaban en la ciudad inmediatamente reincidían en sus divisiones, lo que daba lugar a nuevos destierros (*istorie* lib. II cap. XXII, lib. III cap. VIII, XXV, XXVI, XXVIII, lib. IV caps. XXIX, XXX, lib. VII caps. XVII y XXI).

Respecto de los desterrados Maquiavelo tiene algo más que decir; en principio que su fe y sus promesas son vanas: "En cuanto a la fe, no se debe perder de vista que en cualquier ocasión pueden por otros medios que los que tú les des volver a sus casas, y, por tanto, que te abandonarán y se unirán a otros a pesar de sus promesas; y en cuanto a las facilidades que prometen y a las esperanzas que dan, debe tenerse en cuenta que su grandísimo deseo de volver a la patria les hace creer, naturalmente, muchas cosas falsas o inventar muchísimas. Lo que ellos creen y lo que intentan, te infunden esperanzas y realizas un gasto inútil y una empresa ruinosa".

"Deben, pues, los príncipes andar con tiento en acometer empresas aconsejadas por desterrados. . ." (*disc.* lib. II cap. XXXI).

El texto anterior tiene su correlativo real en la *istorie fiorentine* en el incidente que provocó la derrota de Nicolás Piccino; éste se dejó aconsejar por un desterrado, Francisco conde Poppi, partidario micer Rinaldo degli Albizzi, derrocado como primera autoridad florentina; el oír los consejos de un desterrado motivó la ruina de consejero y aconsejado (*istorie*, lib. V cap. XXXI).

Multas

Para acabar con los miembros de una facción, independientemente de las medidas anteriores, se imponía a sus líderes o a los miembros más distinguidos de las familias implicadas, multas excesivas tendientes a debilitarlos económicamente (*istorie*, lib. III cap. XXVIII).

Dispersión

Una forma de destierro es la dispersión de los habitantes de las ciudades o repúblicas que han dado problemas con sus disensiones: "Hágase lo que se haga y cualquiera que sea la precaución que se tome, si no se distribuyen o dispersan los habitantes, ni el nombre de libertad, ni el régimen liberal se borran de la memoria, y a ellos se acude en cualquier ocasión". (*princ.* cap. V; ver también *carta* a F. Vettori de 26 de agosto de 1513).

Excomuniones

Para acabar con los Colona el papa Bonifacio VIII los excomulgó y organizó una cruzada en su contra, pero Maquiavelo observa que si bien la excomunión los dañó, también ofendió a la iglesia, ". . . porque aquella arma usada por amor a la fe, si bien había operado, cuando se utilizó por ambición propia contra los cristianos, comenzó a no cortar; así el mucho

deseo de desahogar su apetito hacía que los pontífices poco a poco se desarmaran". (*istorie*, lib. I cap. XXV).

Los florentinos, con el fin de acabar con las divisiones y evitar que la ciudad se hiciera gibelina, pidieron al papa procurara un remedio a sus males, éste envió como legado al cardenal Mateo d'Acquasparta quien fracasó en su misión debido a la intransigencia de uno de los partidos, se retiró no sin antes haber excomulgado a la ciudad, con lo que la sumió en mayor confusión de la que existía antes de su llegada. (Maquiavelo utiliza el término *interdisse* y vuelve a utilizarlo para referirse a la misma sanción impuesta por el mismo cardenal en su segunda visita a la ciudad (*istorie* lib. II cap. XIX, ver también lib. VIII cap. X).

Amonestaciones

La amonestación (*amunizione*), en Florencia, significaba para el amonestado la pérdida del derecho a desempeñar alguna magistratura; era aplicada por los triunfadores en perjuicio de los derrotados a fin de evitar se levantaran nuevamente. A decir de Maquiavelo las primeras amonestaciones se hicieron en el año de 1357; a partir de entonces y durante muchos años, se dictaron amonestaciones a fin de acabar con los contrarios y las facciones (*istorie* lib. III caps. III y XXV).

Desarme general

Para evitar que la lucha entre las facciones se acentúe, una forma de procurar encauzar su acción en forma pacífica, lo que procede es desarmar a la población. A una facción triunfante le conviene seguir tal procedimiento, pero debe armar cuando menos al número de partidarios suficiente para detener intentos de violencia en su contra (*istorie* lib. III cap. XXVI).

Otros instrumentos de acción

Los romanos, dice Maquiavelo, con el fin de poner fin a los desórdenes y divisiones, recurrían a soluciones extraordinarias por medio de órganos extraordinarios como: nombrar un dictador con suprema autoridad: ". . . Vale más encargar cualquier empresa a un hombre solo de mediana prudencia que a dos de gran mérito con igual autoridad", (*disc.* lib. III cap. XV y XXV).[52] En Capua, a petición de los capuanos, se inició la práctica de nombrar un pretor con facultades en materia civil y penal (*disc.* lib. II cap. XXI). César Borgia, con idénticos fines y con feliz resultado, como se ha dicho anteriormente, nombró en la Romaña un gobernante con plena autoridad: Ramiro d'Orco (*príncipe* cap. VII). El dictador, el pretor o el goberna-

[52] *Discursos* lib. III, cap. XV. ". . . E puossi conchiudere veramente, como egli è meglio mandare in una ispedizione uno uomo solo di comunale prudenzia, che due valentissimi uomini insieme con la medesima autorità".

dor, en su caso gozaban de un amplio campo discrecional y podía hacer uso de los remedios a que se hace mención anteriormente; la pena de muerte y el destierro. En otra parte habla de que con los mismos fines se nombrarán veinte tribunales *(disc.* lib. I cap. LVII).

Otro instrumento para lograr la unidad es el miedo. Provocar un temor fundado en una república, respecto de una guerra inminente, algún fenómeno natural e, incluso, por problemas económicos, ayuda a eliminar las divisiones en una ciudad. Dice Maquiavelo que Florencia, en tiempo de Castruccio Castracani, se mantuvo unida debido al gran miedo que éste infundía en los florentinos *(istorie* lib. II cap. XXVI), y que hubo facciones por no haberse infundido temor a los hombres grandes *(discursus florentinarum. . .).*

El provocar temor en la población es un riesgo que debe ser tomado con excesivas precauciones: que tenga cierto fundamento; que pueda ser controlado y encauzado y no crear pánico; que si se habla de una invasión, ésta no se dé y si se da que sea en proporciones que se puedan controlar, de otra manera se corre el inminente riesgo de perder o bien por la acción los invasores o bien por la sublevación interior que surja incontrolable en virtud de estar el gobernante distraído en repeler la acción extranjera *(istorie* lib. II cap. XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV).

Fernando el Católico, a fin de que los nobles castellanos no obstaculizaran su obra de conquista y de unificación, los distrajo teniéndolos ocupados en la conquista de Granada, con ello evitó que ". . . nos pensavano a innovare", *(príncipe* cap. XXI). También las milicias formadas por ciudadanos ayudan en la tarea unificadora; a aquellas ciudades que están unidas les ayuda a conservar esa unión, en donde no lo están, conduce a la unión:

"Pero si el país donde vais a organizar la milicia es belicoso y está dividido en bandos, la constitución de la fuerza armada sirve para restablecer el orden; porque sin ella, tenían armas y jefes, pero armas inútiles para la guerra y jefes promovedores de escándalos, mientras la organización de la milicia les da armas convenientes para guerrear y capitanes dispuestos a sofocar los desórdenes. Si antes de establecerla los ciudadanos ofendidos acudían al jefe de su bando, quien, para mantener su reputación, les alentaban a la venganza, no a la paz, lo contrario hará el jefe de la fuerza pública, quitando motivos a los desórdenes y procurando la unión". *(el arte de la guerra,* lib. I).

Las viejas ofensas no se borran con beneficios nuevos, tanto menos cuando el beneficio es inferior a la injuria *(disc.* lib. III cap. IV).

Procedimientos

Cuando un ejército se encuentra dividido por resentimientos que existan entre sus soldados, una forma de lograr que se unan y renuncien a sus odios es ofenderlos gravemente *(disc.* lib. II cap. XXV), por lo mismo no es aconsejable insultar, mucho más si se toma en cuenta que con un insulto más que debilitar al contrario siembra odio *(disc.* lib. II cap. XXVI). Las

autoridades deben castigar las ofensas, pues cuando un ofendido no obtiene satisfacción recurre a procedimientos extraordinarios *(disc.* lib. II cap. XXVIII), ya que las burlas, cuando tienen en el fondo algo de verdad, dejan amarga memoria *(disc.* lib. II cap. XXVI);[53] por otro lado no se debe confiar mando importante a ciudadanos a quienes se haya ofendido gravemente *(disc.* lib. III, XVII).[54]

En algunas ocasiones, según Maquiavelo, existe oposición entre la plebe y los nobles por cuanto a que a veces los hombres se engañan en los asuntos generales pero no en los particulares; es decir se ataca a la nobleza mientras existe la posibilidad lejana de ocupar su lugar, pero cuando esto se hace realidad los miembros del pueblo se dan cuenta que difícilmente pueden sustituir con miembros propios a aquellos a quienes tanto han querido eliminar *(disc.* lib. I cap. XLVII).

Eliminar privilegios, honores, cargos, encarcelar, desarmar a los súbditos; prohibir reuniones públicas, confiscar bienes, también contribuye a eliminar las facciones *(istorie* II cap. XXXVI; lib. V cap. IV; lib VI cap. VII; lib. VII, cap. XXI); debilitar a las facciones mediante saqueos *(istorie* lib. VII cap. XXXI).

A fin de cuentas, sin importar que el remedio que se procura sea drástico o no, lo importante es saber actuar con la debida oportunidad: ". . . como era fácil oponerse a los desórdenes en un principio más dejándolos crecer era difícil remediarlos" *(istorie* lib. IV cap. III), en *el príncipe,* con anterioridad, ya había expuesto esta idea (ver cap. XXI).

Normalmente para acabar con los desórdenes civiles que se sucitan en la ciudad de Florencia, sus autoridades recurrían a los elementos armados formados con sus propios ciudadanos, sólo excepcionalmente requerían el auxilio de soldados mercenarios al servicio de la ciudad; así, en 1382, el capitán del pueblo solicitó los servicios de John Hawkwood, condotiero al servicio de los Florentinos: "La aparición de Hawkwood, al frente de noventa 'lanzas', fue suficiente para restablecer la calma. . .".

"Este éxito, junto a otras victoriosas operaciones del mismo estilo, llevaron a la Señoría, durante el mes de marzo siguiente, a tomar una decisión insólita, tal vez única en los anales, recurrir a los mercenarios para el mantenimiento del orden público.[55] El condotiero John Hawkwood es el mismo a que hace referencia Maquiavelo en su *historia* llamándolo Giovanni Aguto, de quien dice que era de nacionalidad inglesa y reputadísimo como militar *(istorie* lib. III caps. XIX y XXII), o Giovanni Aucuto, como lo llama en *el príncipe* (cap. XII).

En su *istorie florentine* queda de manifiesto con abundantes ejemplos, el hecho de que todo grupo, al tomar el poder, expide disposiciones por virtud

[53] *Discursos* lib. II, cap. XXVI: "Nam facetiae asperae, quando nimium ex vero traxere, acrem sui memoriam relinquunt".

[54] Discursos, lib. III, cap. XVII. "Debbe una republica assai considerare di non preporte alcuno ad alcuna importante amministrazione, al quale sia stato fatto da altri alcuna notabile ingiuria.

[55] Geoffrey Trease, *los condotieros,* págs. 76 y 77.

de las cuales se pueda sostener en él; que si bien existen previsiones para que los contrarios, puedan alcanzar, hipotéticamente, el poder en forma pacífica y legal, sin recurrir a la violencia; pero estas prevenciones serán variadas en el grado en que los partidos, al ir cubriendo los requerimientos legales, se vayan acercando al poder y provoquen situaciones de peligro; es preciso establecer, en teoría, instrumentos de cambio, que sirvan para encauzar y controlar la acción de la oposición y, llegado al caso, permitan sancionar a aquellos que se salen de las normas del juego político. A un gobernante nunca le faltarán motivos, cuando se vea en peligro, para cambiar los sistemas de acceso al poder. Fue frecuente que los vencedores del momento cambiaran los nombres de los insaculados; que se hicieran nuevas insaculaciones, para evitar que sus enemigos, por vía legal, llegaran al poder *(istorie* lib. II caps. XXVIII, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXIX, XLII, lib. III caps. I, IX, X, XIX, XXV).

El mejor ejemplo de haber actuado en tal sentido lo encuentra Maquiavelo en las medidas adoptadas por Cosme dei Medici y sus partidarios al regresar del destierro; en pocas líneas se resume la técnica del gobernante nuevo y práctico:

"Escarmentados en la ruina de sus enemigos y pensamos que ni siquiera las elecciones falseadas serían suficientes para asegurarles el poder, decidieron que los magistrados con derecho de condenar a muerte fueran siempre hombres destacados de su partido. Para ello dispusieron que los encargados de la recogida de votos para las nuevas elecciones, en unión con los magistrados de la precedente Señoría, gozaran de autoridad para crear una nueva. A los Ocho de la guardia les dieron poder para condenar a muerte, y establecieron que los confinados, una vez concluido el tiempo de su condena, no pudieran regresar si antes no aprobaban su vuelta treinta y cuatro de los treinta y siete miembros pertenecientes a la Señoría y a los Colegios. Prohibieron escribirles y recibir cartas de ellos; y toda palabra, todo gesto, todo hecho que de alguna manera desagradara a quienes gobernaban eran severamente castigados. Y si quedó en Florencia algún sospechoso a quien no alcanzaran estas medidas, esos tales no se libraron de nuevas cargas que se les impusieron; de manera que, expulsado o reducido a la pobreza todo el partido enemigo, consolidaron así su poder. Además, para que no les faltaran ayudas de fuera y para quitarlas al mismo tiempo a quienes pretendieran atacarlos, se coaligaron con el papa, con los venecianos y con el duque de Milán para la mutua defensa de sus Estados" *(istorie* lib. V. cap. IV).

Es incuestionable que Maquiavelo, como profundo conocedor del poder, en ningún momento estimó que éste se consiga solo con cubrir los requerimientos exigidos por la ley, los profetas desarmados fracasan; es preciso, en muchos casos, aunque no en todos, procurar guardar las apariencias de legalidad, pero el poder para él era algo más que sólo legalidad *(príncipe* cap. VI).

La fortaleza o debilidad de un príncipe y, en general de los hombres, más se mide por los resultados que por sus buenas intenciones, todo cuanto se haga para conservar el poder y la integridad de un estado es honroso y

laudable; más se debe uno atener a los resultados que a los medios *(príncipe* cap. XVIII).[56]

Por ello un gobernante, civil o religioso, debe actuar en función del interés público y del éxito. Los medios no importan. El poder lo alcanza y lo puede todo. El éxito es un material óptico de extraña virtud: enaltece los actos valiosos; hace invisibles los hechos vergonzosos pasados, presentes y futuros; no importa de quién o de qué se trate: "Fu questo pontefice il primo che cominciasse a mostrare quento uno pontefice poteva, e como molte cose, chiamate per lo addietro errori, si potevono sotto la pontificale autorita nascondere". *(istorie* lib. VII, cap. XXII).

CAPITULO X

RECAPITULACION FINAL

Visión cíclica de la historia

Maquiavelo supone que las relaciones económico-políticas que existen en toda sociedad son inmutables; si bien en determinado momento un partido pudiera prevalecer; otro ser derrotado y replegarse, ello no significa un cambio definitivo ni radical de las condiciones tanto económicas como sociales; estas son inalterables. Difícilmente en su pensamiento se pueden encontrar indicios que hagan suponer que por virtud de un movimiento revolucionario, una conjuración, un motín, pueda cambiarse en forma definitiva la estructura real de una sociedad; o que, en determinado momento, pueda ser eliminado en forma permanente ese elemento llamado gobierno y, como consecuencia, no haya quien obedezca; esto es imposible. La relación súbdito-autoridad es inherente a la condición humana. Según su punto de vista sólo se puede aspirar a que exista un sano y justo ejercicio del poder; que en forma más o menos permanente, cíclicamente, se reformen las instituciones existentes, que se procure volver a las formas establecidas en la antigüedad. "He oído decir que la historia es la maestra de nuestras acciones, sobre todo de las de los príncipes, porque el mundo ha sido siempre habitado por hombres que han tenido las mismas pasiones; hubo siempre quien obedece y quien manda; quien sirve de mal grado y quien voluntariamente; quien se rebela y es reprimido." *(del modo di trattare. . .)*".[57] Acon-

[56] *Príncipe*, cap. XVIII. "Quanto sia laudabile in uno principe mantenere la fede e vivere con integrità e non con astuzia, ciascuno lo intende; nondimanco si vede, per esperienzia ne' nostri tempi, quelli principi avere fatto gran cose, che della fede hanno tenuto poco conto, e che hanno saputo con l'astuzia aggirare e'cervelli degli uomini; e alla fine hanno superato quelli che si sono fondati in sulla lealtà. . .".

[57] *Del modo di trattare i popoli della Valdichiana ribellati:* "Io ho sentito dire che la istoria è la maestra delle azioni nostre, e massime de'principi, e il mondo fu sempre ad un modo abitato da uomini che hanno avuto sempre le medesime passioni, e sempore fu chi serve e chi comanda; e chi serve mal volentieri e chi serve volentieri; e chisi ribella ed è ripreso.

seja resignación; Tácito, de quien dice que su opinión es de oro, confirma: ". . . que los hombres deben honrar las cosas pasadas y obedecer las presentes; deben desear los buenos príncipes y así como sean tolerarlos", aconseja a los súbditos meterse lo menos posible en conjuraciones contra los príncipes. *(disc.* lib. III cap. VI).[58]

En un discurso que Maquiavelo atribuye a Niccolo da Uzano, se da un buen consejo a un ciudadano respecto de los partidos y facciones que operan en su ciudad: ". . . procura vivir modestamente y, por lo que toca a la libertad, desconfía tanto de nuestro partido como del contrario. Cuando surja algún conflicto, ser neutral será grato a todos; actuando así vivirás tranquilo y no serás nocivo a tu patria" *(istorie,* lib. IV cap. XXVII).[59]

Una recomendación que reitera una y otra vez es la de que es mejor experimentar en cabeza ajena que en cabeza propia, por lo que toca a las divisiones dice: "si alguna lección es útil a los ciudadanos de las repúblicas es aquella que pone en evidencia las razones de los odios y de las divisiones de una ciudad, de tal manera que, con el riesgo ajeno, adquirir sabiduría y mantenerse unidos" *(istorie,* proemio).[60] Más adelante él mismo manifiesta que no encontraba razones para no estimar dignas de ser relatadas minuciosamente las divisiones habidas en Florencia y critica a historiadores anteriores a él por no haberlo hecho; lo que es más, los tacha de ignorantes por conocer muy poco la ambición de los hombres.

Conociendo la naturaleza humana, parte del supuesto de que todos los hombres son malos y dispuestos a emplear su malignidad siempre que la ocasión se los permita *(disc.* lib. I cap. III); por lo mismo afirma: ". . . aquellos que esperan que una república se conserve unida, están grandemente equivocados en su creencia" *(istorie,* lib. VII cap. I).[61] Las divisiones son inherentes a la condición humana; el espíritu partidista es propio de la humanidad, es imprescindible ". . . tanto puede en los hombres el amor a las facciones" que les hace olvidar los beneficios recibidos y el temor *(istorie,* lib. V. cap. XXXI).[62] Es necesario conocer sus causas, naturaleza, condiciones que estimulan su desarrollo, los beneficios que acarrean a gobernantes y gobernados, sus efectos y cómo acabar con ellas. Maquiavelo tiene para cada supuesto explicación amplia y cumplida.

[58] *Discorsi:* E veramente, quella sentenzia di Cornelio Tacito è aurea, che dice: che gli uomini hanno ad onorare le cose passate, e ad ubbidire alle presenti; e debbono desiderare i buoni principi, e, comunque ei si sieno fatti, tollerargli. E veramente, chi fa altrimenti, il più delle volte rovina sé e la sua patria.

[59] *Istorie fiorentine:* attendi a vivere modestamente; e arai, quanto alla libertà, così a sispetto quelli della parte nostra, come quelli della avversa; e quanto travaglio alcuno nasca, vivendo neutrale, sarai a ciascuno grato; e così gioverai a te, e non nocerai alla tua patria.

[60] *Istorie fiorentine:* se niuna lezione è utile cittadini che governono le repubbliche, è quella che dimostra le cagiono degli odi e delle divisioni delle città, acciò che possino, con il pericolo d'altri diventati savi, mantenersi uniti.

[61] *Istorie fiorentine:* Ma prima voglio alquanto, secondo la consuetudine nostra ragionando, dire come coloro che sperano che una republica possa essere unita, assai di questa speranza s'ingannono.

[62] *Istorie fiorentina:* Non di meno (tanto può negli uomini lo amore della parte) alcuno benifizio nè alcuna paura gli poté fare sdimenticare l'affezione portava a messer Rinaldo e agli altri che nello stato primo governavano.

Lo que sabía de las divisiones más se debía a su propia experiencia, a lo que había visto a lo largo de su vida, que a sus lecturas de los tratadistas antiguos y contemporáneos a él, a cuyas obras, desde luego, recurre frecuente e insistentemente y esto es cierto a pesar de que, en los días que siguieron a la terminación de *el príncipe,* haya dicho: "No sé lo que diga Aristóteles de las repúblicas desarraigadas;[63] mas yo pienso como razonablemente pudieran ser, lo que son y lo que han sido". *(Carta* de N. Maquiavelo a Francesco Vetorri de 26 de agosto de 1513.)

Estado Soberano

Respecto de la unidad, la aportación doctrinal de Maquiavelo es un antecedente serio de la idea que en el mundo moderno ha terminado por prevalecer la necesidad de que un gobernante, por lo que toca a sus súbditos y su territorio, sea hegemónico en lo interior y, en lo más posible, independiente en lo exterior. Con su obra contribuyó al establecimiento de los principios que permitieron el surgimiento del concepto soberanía;[64] en su opinión se está frente a un estado, que ahora pudiera llamarse soberano, cuando, teórica y realmente, ninguna facción interna pueda negar en forma válida y de hecho sumisión y obediencia al orden jurídico positivo fundamental que ha expedido, ya que porque se atenga el remiso a su propia capacidad para eludir la sanción o ya porque confía en que lo auxilien centros de poder del exterior.

No toda violación accidental e, incluso, sistemática al orden jurídico cuestiona seriamente la capacidad soberana de un gobernante; los reglamentos de tránsito y de policía, en muchos países, son violados en forma cotidiana por la ciudadanía, y el estado, por medio de sus agentes, sólo es capaz de sancionar un mínimo de esas infracciones; así existen muchos otros casos de violaciones legales sistemáticas que no tienen trascendencia en el ejercicio del poder; la infracción grave es aquella que se comete contra determinado tipo de instituciones, tengan o no existencia legal; también las que debilitan u ofenden al aparato represivo o de seguridad o a los titulares reales del poder; las que permiten una ventaja peligrosa a grupos periféricos, internos o externos, en perjuicio de los detentadores momentáneos del poder.

De hecho no existe estado soberano cuando en lo interior alguien es capaz de negar sumisión en forma grave, sistemática y notoria y los detenta-

[63] *Lettere:* Né so quello si dica Aristotile delle republiche divulse; ma io penso bene quello che ragionevolmente putrebbe essete, quello che è, et quello che è stato.

[64] Isaiah Berlin, *contra la corriente,* pág. 85 y siguientes; Carl Schmitt, *la dictadura,* pág. 33 y siguientes; R.H.S. Crossman, *biografía del estado moderno,* pág. 18 y siguientes; Manuel García-Pelayo, *del mito y de la razón.* pág. 298 y siguientes, Mario de la Cueva, estudio preliminar a la obra de *la soberanía,* de Hermann Heller, pág. 16 y siguientes; Hans Kelsen, *teoría general del estado,* pág. 118 y siguientes.

dores del poder son incapaces de coaccionarlo, aunque quieran hacerlo, para que cambie de conducta y obligarlo a que se conduzca de acuerdo con el orden jurídico que ha establecido o de tal manera que no se afecten en forma grave sus intereses o seguridad; en estos casos se pudiera estar frente a un posible desplazamiento de clase gobernante por factores internos o externos.

Clase gobernante y clase gobernada

Es un hecho de que en toda sociedad hay sólo dos clases, una que gobierna y otra que obedece,[65] no obstante lo anterior es imprescindible que quienes, en determinado momento, sean los titulares legales del poder, se muestren, como institución, imparciales en el flujo y reflujo que provoca el encuentro de intereses. No obstante que Maquiavelo prevé la posibilidad de que en determinado momento la clase dominada pueda elevar a la calidad de príncipe a un miembro distinguido de ella, lo cierto es que, indefectiblemente, el electo terminará identificándose con la clase gobernante y dará lugar a una nueva lucha para lograr la elección de otro príncipe. Por más que un pueblo triunfante, mediante destierros, confiscaciones, impuestos excesivos, elimine a los miembros de la clase poderosa o extinga su poder, lo cierto es que, aún antes de haber concluido su tarea, ya tendrá una nueva casta poderosa que se encargará de expoliarla. La *istorie fiorentine* es una prueba intachable de ello.

La apariencia de neutralidad de parte de las autoridades respecto de las facciones en lucha; que, en forma frecuente, en casos sin importancia, los poderosos acepten ó aparenten aceptar decisiones que les son adversas y que favorecen a la clase dominada, logra que se perpetúe la dominación. Evita que el descontento se manifieste más allá de los cauces que las leyes establecen al efecto; por ello es preciso la existencia teórica de esos cauces y que éstos estén libres de vez en cuando para dar salida a los descontentos populares *(disc.*, lib. I cap. VII). Una o dos acusaciones que prosperen contra los poderosos, hacen mejor tarea pacificadora que miles de soldados *(disc.*, lib. I cap. VII). El problema está en saber escoger a la víctima idónea; lo será aquella que satisfaga el mayor número de reclamaciones con el menor daño para el establecimiento, ya sea por cuanto a que las relaciones de la víctima propiciatoria dentro de su propia grupo lo impidan; ya sea por rehusarse la víctima a desempeñar tal papel y ponga en evidencia al establecimiento; o ya por cuanto no sea aceptada como tal por los gobernados y se exijan nuevas víctimas, en estos casos el conceder una víctima puede ser sólo el inicio de

[65] Gaetano Mosca, *la classe politica*, ". . . in tutte le società, a cominciare da quelle più mediocremente sviluppate e che sono appena arrivate ai primordi della civiltà, fino alle più colte e più forti, esistono due classi di persone: quella dei governanti e l'altra dei governati. La prima, che è sempre la meno numerosa, adempie a tutte le funzioni politiche, monopolizza il potere e gode i vantaggi che ad esso sono uniti; mentre la seconda, più numerosa, è diretta e regolata della prima in nodo più o meno legale, ovvero più o meno arbitrario e violento, . . ." Pág. 61. Ver también Karl W. Deutsche, *política y gobierno*, pág. 92.

una larga cadena. En muchas ocasiones se opta por no ceder, con el consiguiente crecimiento del descontento popular y desgaste de la clase gobernante. Por lo mismo la duración del dominio está determinado, de alguna manera, por la cantidad y calidad de las víctimas que de una u otra forma, se esté dispuesto a sacrificar; y en la capacidad y posibilidad que se tenga de recurrir al aparato represivo.

Todo miembro de la clase gobernante debe tener conciencia de que puede ser usado como víctima propiciatoria; debe resignarse a aceptar su sacrificio personal; en el *renacimiento* el sacrificio normalmente implicaba la pérdida de la vida, por lo mismo, surgía oposición de parte del posible sacrificado, lo que propiciaba intranquilidad y un continuo fluir de las clases gobernantes. En tiempos modernos el precio a pagar es menor, por ello es aceptado sin tanta oposición; actualmente existen muchas formas de rehabilitar a personas que han sabido sacrificarse en aras de salvar el sistema. La profesión de político implica el tener conciencia y voluntad de aceptar ser víctima. En el mundo moderno los Ramiros d'Orco, ya no son asesinados y sus cuerpos partidos por la mitad y exhibidos en las plazas públicas; los Guiglelmo d'Asis no son sacrificados mediante insufribles tormentos y mutilaciones para dar gusto a los sentidos de una muchedumbre enardecida; las pasiones ya han sido domesticadas; en cierto modo encauzadas; actualmente las consecuencias de un sacrificio normalmente son menos nefastas.

Legalización de la actividad partidista

El tema de la unidad pone de manifiesto que en las ciudades italianas se legalizaba la existencia de bandos con el fin de obligar a sus componentes a actuar a la luz del día, a abandonar la clandestinidad; una vez logrado se procedía a diezmarlos, de tal manera que desaparecieran como grupo opositor; en el mejor de los casos el procedimiento permitía identificar a los contrarios para los efectos de su control. Maquiavelo estimaba particularmente dañosas las sectas, que son aquellas facciones que se forman en una ciudad en las que sus miembros procuran beneficios ilícitos en favor de particulares, que aglutina un poderoso recurriendo a actos lícitos o ilícitos que perjudican los intereses generales *(istorie*, lib. VII cap. I).

La historia florentina pone en evidencia que en toda sociedad se sacrifica a todo líder de la plebe que no se deja absorber por los poderosos.

Marco de acción de las facciones

Las facciones, dentro del contexto de la razón de estado,[66] deben circunscribir su actuación a procurar que con su intervención se logren los objeti-

[66] Ver Ernest Cassirer, *el mito del estado*, pág. 138 y siguientes; Manuel García-Pelayo, *del mito y de la razón;* Jesús Reyes Heroles, *en busca de la razón de estado.*

vos del gobernante en turno, debiéndose suponer que éste siempre procurará engrandecer su estado, debilitar a los enemigos, estimular la industria propia; si bien es necesario su existencia, su actuación debe ser tal que no impida la consecución de los fines generales; que siempre, en el momento oportuno, sepan deponer sus luchas en función del bien público *(disc.* lib. III cap. XLI). Al fin y al cabo la historia es la descripción de la vida cíclica de una sociedad; pasar de formas puras a impuras y de éstas a las primeras.

Una facción no debe procurar diversos fines que no sean los del perfeccionamiento del estado. El papel de la facción popular será el de ser el elemento que impida los abusos de los poderosos; siempre existirá una facción de sojuzgados que procuren solamente no ser expoliados; siempre existirá una clase poderosa que procurará sacar el máximo provecho del poder, con el menor sacrificio propio y máximo del ajeno *(istorie.*, lib. II cap. XXXIX, lib. V cap. VI *(disc.* lib. I cap. XL).

Un gobernante se justifica ante sus súbditos y ante la historia por su desinterés en cuestiones personales; por encauzar a su país a la consecución de metas de dominio sobre otros estados; por el engrandecimiento de su ciudad o país en perjuicio de terceros; por enriquecer las arcas públicas; por procurar que no exista temor de que un príncipe extranjero lo someta a su dominio; esto sólo se puede lograr, o bien con un país unido, sin facciones, en el que los súbditos se sometan al interés público el que, en todo momento, su naturaleza, sus características, sus alcances, sus modalidades, sus limitaciones, sólo quede a criterio del príncipe determinarlos. O bien se puede lograr, aún en aquellas ciudades o en aquellos países en los que existen facciones, luchas partidistas, siempre y cuando las facciones, los partidos, sepan posponer sus luchas, renunciar a sus reivindicaciones, deponer sus odios en el momento en que el príncipe lo solicite o lo ordene *(disc.* lib. I caps. XIII y XIV). Un país bien ordenado no puede permitir la existencia en su interior de facciones que procuren un juego propio en detrimento de las metas comunes determinadas por el príncipe.

Se permitirá, no tanto a los miembros de las facciones, sino a sus líderes, su actuación siempre y cuando se conduzcan de acuerdo con los intereses del príncipe. Si en una sociedad sólo existen dos bandos; el de los poderosos y el de los débiles, nunca los líderes de ambos bandos deben procurar alcanzar la realización de los intereses propios o de los miembros de sus bandos, cuando con ello se menoscabe la autoridad del príncipe o se evite o dilate la consecución de las metas que él ha propuesto. Un gobernante debe permitir que en forma alternada uno y otro bando compartan el poder, cuando menos en apariencia; debe alentar una lucha partidista dentro del derecho que, desde luego, él sólo expide y evitar que se recurra a soluciones violentas. No es dable a ningún súbdito, en la consecución de sus fines o propósitos personales, dilatar o poner en peligro los intereses que el gobernante estima son los públicos y preponderantes.

La antigüedad como modelo

Maquiavelo, como buen renacentista, añora el pasado; envidia ese mundo que no había alcanzado; pretende hacer que renazcan aquellas virtudes y cualidades que caracterizaron a la antigüedad, especialmente a Roma. Para las nuevas generaciones propone un modelo, el mismo que imitan artistas y filósofos: la antigüedad: "Cuando considero la honra que a la antigüedad se tributa, y como muchas veces, prescindiendo de otros ejemplos, se compra por gran precio un fragmento de estatua antigua para adorno y lujo de la casa propia y para que sirva de modelo a los artistas, quienes con gran afán procuran imitarlo; y cuando, por otra parte, veo los famosos hechos que nos ofrece la historia realizados en los reinos y las repúblicas antiguas por reyes, capitanes, ciudadanos; legisladores, y cuantos al servicio de su patria dedicaban sus esfuerzos, ser más admirados que imitados o de tal suerte preferidos por todos los que apenas queda rastro de la antigua virtud, no puedo menos de maravillarme y dolerme, sobre todo observando que en las cuestiones y pleitos entre ciudadanos, o en las enfermedades que las personas sufren, siempre acuden a los preceptos legales o a los remedios que los antiguos practicaban. Porque las leyes civiles no son sino sentencias de los antiguos jurisconsultos que, convertidas en preceptos, enseñan como han de juzgar los jurisconsultos modernos, ni la medicina otra cosa que la experiencia de los médicos de la antigüedad, en la cual fundan los de ahora su saber" *(disc.*, prólogo; ver también lib. III cap. XLIII).[67]

"Mas para ordenar las repúblicas, mantener los Estados, gobernar los reinos, organizar los ejércitos, administrar la guerra, practicar la justicia, engrandecer el imperio, no se encuentran ni soberanos, ni repúblicas, ni capitanes, ni ciudadanos que acudan a ejemplos de la antigüedad; lo que en mi opinión procede, no tanto de la debilidad producida por los vicios de nuestra actual educación, ni de los males que el ocio orgulloso ha ocasionado a muchas naciones y ciudades cristianas, como de no tener perfecto

[67] *Discorsi:* Considerando adunque quanto onore si attribuisca all'antiquità, e come molte volte, lasciando andare infiniti altri esempli, un frammento d'una antiqua statua sia suto comperato gran prezzo, per averlo appresso di sé, onorarne la sua casa e poterlo fare imitare a coloro che di quella arte si dilettono; e come quegli dipoi con ogni industria si sforzono in tutte le loro opere rappresentarlo; e veggiendo, da l'altro canto, le virtuossime operazioni che le storie ci mostrono, che sono state operate da regni e republiche antique, dai re, capitani, cittadini latori di leggi, ed altri che si sono per la loro patria affaticati, essere più presto ammirate che imitate; anzi, in tanto da ciascuno in ogni minima cosa fuggite, che di quella antiqua virtù non ci è rimasto alcun segno; non posso fare che insieme non me ne maravigli e dolga. E tanto più, quanto io veggo nelle diferenzie che intra cittadini civilmente nascano, o nelle malattie nelle quali li uomini incorrono, essersi sempre ricorso a quelli iudizii o a quelli remedii che dagli antichi sono stati iudicati o ordinati: perché le leggi civili non sono altro che sentenze date dagli antiqui iureconsulti, le quali, ridutte in ordine, a'presenti nostri iureconsulti iudicare insegnano. Né ancora la medicina è altro che esperienze fatte dagli antiqui medici, sopra le quali fondano e' medici presenti e'loro iudizii.

conocimiento de la historia o de no comprender, al leerla, su verdadero sentido ni el espíritu de sus enseñanzas" *(disc.*, prólogo).[68]

Para fundar cualquier punto de vista Maquiavelo recurre primero a ejemplos lejanos; juzga que *in illo tempore*, en una época de oro lejana,[69] se han fijado para siempre los modelos a imitar, se han establecido las rutas de las que sólo con gran peligro se puede uno apartar. Recurre a ejemplos recientes sólo para corroborar los remotos o cuando la fuerza de los hechos de sus contemporáneos es tal que han sido capaces de impresionarlo, como los asesinatos de Sinagaglia, la conjuración de los Pazzi, el ascenso y caída del fraile Savonarola, etc. Su admiración por la antigüedad es tal que lo ciega; le impide ver que el mundo en que vive es otro, diferente del romano, al grado de que exagera las virtudes de la infantería y menosprecia los servicios de otra arma, por ser nueva: la artillería.[70]

El deber ser Maquiavelo

Desde los tiempos de Maquiavelo, aún mucho antes, el divorcio que existe entre el ser y el deber ser, entre los hechos y el derecho, entre la conducta de un gobernante y lo que dispone su constitución, ha inducido a diversos pensadores a estimar que existe una crisis social; un desquiciamiento de las instituciones políticas; se hacen diversos planteamientos; se proponen diversas soluciones para lo que consideran un mal, cada pensador estima, que la crisis afecta de manera especial a las instituciones políticas con las que él está en contacto; las de su tiempo. Esta actitud y la de poner en sobreaviso a la opinión pública respecto de tal crisis, ni es novedosa ni es cierta en términos absolutos. Se pasa desapercibido, por ignorancia o por buena fe, o por un enfoque indebido de la condición humana, que el derecho existe en función del poder y su ejercicio; que las formas se han sacrificado y se sacrifican en función del contenido que es el poder; que la aplicación cumplida y cabal de un orden jurídico determinado no se ha dado ni se da; sólo se puede aspirar a transitorias y aisladas aplicaciones de las normas jurídicas en los casos en que no se afecte el ejercicio del poder. Se ignora que los más de los hombres sólo aspiran, en palabras de Maquiavelo, a que se les deje vivir tranquilos, con relativa libertad, a que se respeten sus mujeres y posesiones. El aspirar a tener injerencia en el mando, al común de la gente, no le es lícito ni aceptable; ello sólo es dable a un reducido número de personas; unas cuarenta o cincuenta a quienes es fácil tener satisfechos *(disc.*

[68] *Discorsi:* Nondimanco, nello ordinare le republiche, nel mantenere li stati, nel governare e' regni, nello ordinare la milizia ed amministrare la guerra, nel iudicare e'sudditi, nello accrescere l'imperio, non si truova principe né republica che agli esempli delli antiqui ricorra. Il che credo che nasca non tanto da la debolezza nella quale la presente religione ha condotto el mondo, o da quel male che ha fatto a molte provincie e città cristiane uno ambizioso ozio, quanto dal non avere vera cognizione delle storie, per non trarne, leggendole, quel senso né gustare di loro quel sapore che le hanno in sé.

[69] Ver Mircea Eliade, *el mito del eterno retorno.*

[70] Ver *discursos* Lib. II cap. XVII.

lib. I cap. XVI). Estos, por su dinero, por su ascendiente en el ejército, los puestos que ocupan dentro de la administración pública, su jerarquía y autoridad dentro de un grupo religioso mayoritario, son los poderosos, la clase gobernante de que habla Maquiavelo. La verdadera crisis se da en dos supuestos: cuando la clase gobernada no se resigna a desempeñar su papel y rebasa el marco de acción que con vista a su propia seguridad fija de hecho y de derecho la clase gobernante; o cuando la propia clase gobernante se divide y una de las facciones procura apoyo fuera de su clase para prevalecer. En estos casos sólo es lícito hablar de crisis siempre que el término quede circunscrito al hecho de que la clase gobernada y gobernante rebasen en forma grave su ámbito de acción normal; mas no por cuanto exista violencia, destrucción, desconocimiento de las formas jurídicas, que es característica de todo tiempo y de los movimientos que procuran un reacomodo real de la clase gobernante, con o sin el auxilio de la clase gobernada; esto es normal y natural a toda sociedad. La violencia, en todas sus formas, no es signo de crisis, supone vitalidad, indica más un reacomodo o un intento de ello.

Las facciones y la rebelión

Maquiavelo, con mucha anticipación, llegó a eso que en la actualidad los estudiosos de las ciencias sociales han dado en llamar *teoría de la revolución;*[71] los hombres se rebelan cuando existe una *privación relativa*, de intensidad y alcalces considerados graves en un momento determinado, cuando existe una discrepancia entre lo que se recibe y lo que se esperaba recibir.[72] Maquiavelo, en el discurso que pone en boca de un líder de la plebe, justificaba una insurrección popular por los mismos motivos: para evitar la represión, vivir con libertad y con más satisfacciones *(istorie*, lib. III cap. XIII). Anotaba, además, que no sólo las clases bajas se rebelan; también lo hace la clase poderosa; esto sucede cuando, eventualmente, existe un divorcio entre ella y el gobernante; que rara vez llega a ocurrir, puesto que siempre son la misma cosa. Por lo mismo, ven peligrar sus intereses económicos y sus privilegios; este tipo de rebelión es más riesgoso para el príncipe, puesto que normalmente los poderosos actúan a la segura, contando con la certeza del apoyo del ejército o de elementos armados; por cuanto a que estando más cerca del príncipe pueden atentar en su contra y sus allegados, con más facilidad *(disc.* lib. III cap. VI). Cuando una clase poderosa se ve en el riesgo de ser desplazada del poder; cuando ve que existe peligro de que se separen de ella sus privilegios, antes que otra cosa, si ve posibilidad, procura, por diversos medios pacíficos, pero efectivos, prevenir un rompimiento violento y forzar un arreglo, llega, incluso, a amenazar al príncipe con deponerlo de no haber solución; sólo cuando no se le oye corre el riesgo de intentar

[71] Hannag Arendt, *on revolution;* Crane Brinton, *the anatomy of revolution;* Lawrence Kaplan, *revoluciones.*

[72] Ted Robert Gurr, *el porqué de las rebeliones*, pág. 50 y siguientes.

cambiar su cabeza visible *(disc.* lib. I cap. V). En estas ocasiones los príncipes, a falta de su sostén natural buscan el apoyo del pueblo, que en esas circunstancias sí es real; le hace concesiones en perjuicio de los económicamente poderosos, reservándose él los privilegios que le corresponden *(príncipe,* caps. III y IX); una vez logrado el triunfo, o restablecida la paz, inicia una adminisración más liberal y popular, que inevitablemente dejará de ser, lenta o precipitadamente, en el grado en que realice su reconciliación con los poderosos, y vuelva al maridaje normal, que salvo torpeza de alguna de las partes, rara vez se rompe, o en el grado en que se forme una nueva clase poderosa que sustituya a la anterior *(istorie,* lib. II caps. IV, VIII y XX).

Los teóricos de las revoluciones han llegado a las siguientes conclusiones:

"Igualmente incierta es la suposición de que los orígenes del descontento son primordialmente físicos y, por lo tanto, que el descontento se remedia satisfaciendo las necesidades del hombre. Además del bienestar material, hay otras condiciones que preocupan al hombre: por ejemplo, la seguridad, la posición y el derecho de labrar su vida. Para reducir la violencia a un nivel mínimo, hay que satisfacer las necesidades físicas y, más que nada, las espirituales cuando el hombre posee más recursos materiales que espirituales lo más probable es que emplee los primeros para aumentar los segundos, aunque tenga que recurrir a la violencia. También hay algo de falsedad en la suposición de que hay que satisfacer todas las necesidades, para reducir el descontento a su mínima expresión. El descontento no es una función de la discrepancia entre lo que el hombre desea y lo que tiene, sino entre lo que ambiciona y lo que se cree capaz de lograr. Si sus medios son escasos o están en peligro, tal vez se rebele. Si obtiene nuevos medios, entonces quizás trate de aprovecharlos para satisfacer sus aspiraciones. Sin embargo, las concesiones también pueden causar efectos imprevistos. Cuando el efecto adormecedor de los remedios temporales se disipa, el hombre propende a recurrir de nuevo a la violencia. Cuando la lucha para preservar lo que tiene, entonces lo único que se necesita es eliminar el peligro de perder lo que posee. Si se rebela para satisfacer sus expectaciones, lo mejor que se le puede ofrecer es la posibilidad y los medios adecuados para realizar sus aspiraciones."[73]

Los bandos en las ciudades, para Maquiavelo, evolucionan de una forma predecible: *los nobles,* cuando su bando, por medios normales, no puede prevalecer sobre el pueblo, recurre al expediente de elegir de entre sus miembros a alguien como príncipe; a su sombra satisfacen sus deseos de dominación; el príncipe así electo encuentra que sus movimientos están notablemente restringidos por sus electores y que, a menos de que él se procure otro tipo de apoyo, verá peligrar su dominio en todo momento. Cuando el *pueblo* recurre al mismo expediente, el príncipe así elegido se haya más libre en su acción, debe menos agradecimiento a sus electores por ser muchos y anónimos; a diferencia de los poderosos, que son astutos y exigentes, el pueblo sólo aspira a no ser oprimido *(principe,* cap. IX).

[73] Ted Robert Gurr, *ob. cit.* pág. 254.

Las facciones como instrumento de conquista

Las facciones como un instrumento de penetración imperialista, de dominio externo, son analizadas por Maquiavelo con una lucidez que hiere. Respecto a Pistoia afirma el florentino: "Acostumbraban a decir aquellos de nuestros antecesores más reputados por su sabiduría, que era necesario para conservar el dominio de Pistoia fomentar las divisiones entre sus habitantes. . ." *(príncipe* XX).[74] Conforme a esta doctrina alimentaban las discordias en las ciudades para sujetarlas más fácilmente; ". . .El resultado de tal política fue que: "Dividida en bandos, los florentinos favorecían alternativamente uno u otro, cuidando de no destruir ninguno, y así la llevaron al extremo de que cansada de aquella vida de desórdenes, se echó voluntariamente en brazos de Florencia" *(disc.* lib. II cap. XXV).

En los mismos discursos aconseja: "Si los veyenses hubieran sido astutos, pensaran menos en la guerra cuando mayor fuera la desunión en los romanos, procurando, con las artes de la paz, someterlos. El modo de conseguir esto es inspirar confianza a los parciales de cada bando y ofrecer tu mediación mientras no llegan las armas. Cuando esto sucede, ayudar algo a la parte más débil para mantener la lucha y que ésta cause la ruina de unos y otros, sin presentar grandes fuerzas que les hagan sospechar tus propósitos de opresión y tus deseos de llegar a ser su rey, Observando esta conducta conseguirás el fin que ambicionas *(disc.,* lib. II cap. XXV).

Siguiendo igual política en otros lugares, los florentinos obtuvieron idénticos resultados, pues, a decir de Maquiavelo: "Nunca han influido tanto los florentinos en Siena como cuando se les han hecho pocos y pequeños favores a cualquiera de sus bandos. . ." *(disc.,* lib. II cap. XXV).

De igual manera procedían los venecianos en las ciudades bajo su dominio *(príncipe* XX); lo que es más, al parecer, practicaron tal sistema con la misma república florentina a fin de eliminarla como mayor obstáculo a su engrandecimiento; en su *istorie,* Maquiavelo narra que en los primeros años del gobierno de Cosme de Médicis, los venecianos entregaron a Florencia a ciudadanos de ésta que habían encontrado asilo con ellos, sabiendo que serían sacrificados, como efectivamente lo fueron, con lo que se fomentaron e hicieron más profundas las divisiones florentinas *(istorie.,* lib. V cap. IV).

Ahora bien, si la conquista de un país es violenta, lo que procede es que: "El poseedor de una provincia conquistada procure ser jefe y protector de sus vecinos más débiles e ingeniarse para debilitar a los más poderosos. . ." *(príncipe* III).

"Cuando invade un extranjero poderoso una comarca, lo ordinario es que se pongan de parte del invasor los estados menos fuertes, por envidia al que antes dominaba, y sin gastos ni esfuerzos el extranjero conserva la adhesión de estos pequeños estados que de buen grado forman un solo cuerpo con el

[74] *Il principe,* XX "Solevano gli antiqui nostri, e quelli che erano stimati savi, dire come era necessario tenere Pistoia con le parti e Pisa con le fortezze; e per questo nutrivano in qualche terra loro suddita le differenzie."

conquistado. El conquistador en tal caso cuidará solamente de no dejar a éste adquirir demasiada fuerza y autoridad, pudiendo con sus propios recursos y con el auxilio de los pequeños estados, adheridos voluntariamente, abatir a los poderosos y mantenerse dueño de todo el país. Quien no acuda a tales medios pronto perderá la conquista, multiplicándose los obstáculos y las dificultades mientras la tenga en su poder" *(princ.,* III).

"Este fue el sistema de los romanos en las provincias conquistadas: fundaban en ellas colonias, protegían a los estados débiles sin aumentar su poder disminuían el de los fuertes y no permitían que en dichas provincias ganara crédito ningún poderoso extranjero" *(príncipe* III). Por otro lado Maquiavelo estima que se engañan los hombres cuando atacan a un enemigo creyendo poder vencerlo dado a que se encuentra dividido. El ataque de un extraño normalmente eliminará o hará que se pospongan temporalmente odios *(disc.* II cap. XXV).

En tal orden de ideas siempre que se está frente a una facción o partido cabe recordar lo que dice Gramsci:

"No se debe olvidar 'nunca' que en la lucha entre las naciones cada una de ellas está interesada en que las luchas internas debiliten a otra y que los partidos son, precisamente, los instrumentos de las luchas internas. Por tanto, para los partidos siempre es posible la pregunta de si existen por fuerza propia, o si, al contrario, existen únicamente por un interés ajeno (y de hecho este punto no se olvida jamás en las polémicas; al contrario se insiste en él, especialmente cuando la respuesta no ofrece dudas, lo cual significa que penetra y hace dudar). Naturalmente, sería estúpido el que se dejase lacerar por estas dudas. . ." "Admitiendo que hagamos lo que hagamos siempre hacemos el juego de alguien, lo importante es intentar por todos los medios hacer bien nuestro propio juego, es decir, vencer netamente. En todo caso, se debe despreciar el 'orgullo' del partido y sustituir el orgullo por los hechos concretos. El que sustituye los hechos concretos por el orgullo o hace la política del orgullo es un hombre sospechoso de poca seriedad. No es necesario añadir que los partidos deben evitar hasta la apariencia 'justificada' de que hacen el juego de alguien, especialmente si este alguien es un Estado extranjero; que luego se especule es cosa que nadie puede evitar."[75]

La obra de Gramsci requiere se contemplen otras posibilidades ya insinuadas por Maquiavelo; un país con pretensiones hegemónicas, al usar como instrumentos de penetración a una o más facciones existentes en él, ¿no estará haciendo el juego a una facción que, al fin de cuentas, resultará triunfadora en perjuicio de la nación que la apoyó? y, lo que es más grave, al apoyar a una facción, ¿no estará haciendo el juego a otra potencia que igualmente tenga aspiraciones hegemónicas? Maquiavelo afirma que el seguir una política de apoyar a facciones hizo que los venecianos fueran derrotados en Vaila, con lo que perdieron sus posesiones en tierra firme *(princ.,* XX).

[75] Antonio Gramsci, *la política y el estado moderno,* pág. 90.

Este procedimiento sólo es válido en tiempos de paz: "Arguye, pues, tal política debilidad en el príncipe, pues en un estado fuerte jamás se permitirán tales divisiones, aprovechables sólo en tiempo de paz, por la facilidad con que, mediante ellas, pueden ser gobernados los súbditos; pero peligrosísimas en el de guerra" *(princ.,* XX).

Una ciudad dividida puede ser fácilmente gobernada y en ella se pueden cometer excesos que, de no mediar tal circunstancia serían inconcebibles, Maquiavelo relata los muchos crímenes cometidos por el Conde de Andría, conocido como el conde Novello, hombre rapaz y cruel, enviado por el rey Roberto para pacificar a Florencia, que asesinaba a cuantos le indicaban aquellos que lo habían elegido; pero tales hechos no provocaron en él tanta indignación, como el hecho de haberse atrevido a ". . . batir una moneda falsa con el cuño florentino sin que alguno se le opusiera —y termina diciendo con admiración— ¡a tanta grandeza lo habían conducido las discordias de Florencia!" *(istorie.,* lib. II cap. XXV).

Patriotismo y facciones

Por lo que se refiere a aquellos que procuran alcanzar el poder enarbolando banderas populares, invocando causas de justicia, etc., es necesario que tengan conciencia del hecho que una clase gobernante normalmente está en posibilidad de manejar los acontecimientos de tal manera que cuando un partido contrario esté próximo a derrocarla o crear situaciones de peligro, invoque el riesgo de una agresión extranjera, que, incluso, veladamente, y en algunos casos en franca convivencia con una potencia, se procure una agresión, todo ello con el fin de hacer deponer los odios y hacer frente unido al enemigo común. En el enfrentamiento se debe procurar salga debilitada la facción que intenta el derrocamiento. Tito Livio (libro II - XXVIII y siguientes), autor de la historia que dio origen a los *discursos* de Maquiavelo, pone en evidencia un proceder de tal naturaleza de parte de los patricios y senadores con el fin de mediatizar a la plebe y obligarla a posponer sus reivindicaciones *(istorie.,* lib. II cap. XXVI, y *discursos florentinarun. . .).*

Maquiavelo hace notar que los romanos posponían sus odios y luchas para una vez terminada la guerra; pero una conclusión lógica es que la plebe debe, en la guerra, hacer un juego propio; procurar el desgaste del enemigo y de los miembros del bando contrario; lograr experiencias, acreditar líderes. Conviene sacar partido de las circunstancias. En Florencia, a pesar de existir guerra con otras repúblicas, no por ello se aplacaron las rivalidades internas, más bien se avivaron *(istorie,* lib. IV cap. XXVI).

Gramsci sostiene: "Puede suponerse, por consiguiente, que Maquiavelo pensaba en 'el que no sabe', que se proponía educar políticamente 'al que no sabe', pero educarle políticamente no de modo negativo, enseñándole a odiar a los tiranos, como parece entenderlo Fóscolo, sino de modo positivo, de quien debe reconocer como necesarios determinados medios, aunque sean propios de los tiranos, porque quiere alcanzar determinados fines. El que

nace en la tradición de los hombres de gobierno, por todo el complejo de la educación que absorbe del ambiente familiar, en el que predominan los intereses dinásticos o patrimoniales, adquiere casi automáticamente las características del político realista. ¿Quién es, pues, el que 'no sabe', la clase revolucionaria de la época, el pueblo o la 'nación' italianos, la democracia urbana de cuyos seños surgen los Savonarola y los Pier Sederini y no los Castruccio y los Valentino. Puede considerarse que Maquiavelo quiere persuadir a estas fuerzas de la necesidad de tener un 'jefe' que sepa lo que quiere y cómo conseguirlo, y de la necesidad de aceptarlo con entusiasmo aunque sus acciones sean o parezcan contrarias a la ideología difusa de la época, la religión".[76]

No obstante la gran autoridad de Gramsci, la verdad es que de un texto del propio Maquiavelo pudiera desprenderse que él mismo cuestiona ese punto de vista: "Li uomini che nelle republiche servono alle arti mecaniche, non possono sapere comandare come principe quando sono preposti a'magistrati, avendo imparato sempre a servire".[77]

La unidad Italiana y Maquiavelo

Si se estudia detenidamente la vida y obra de Maquiavelo se llega a la conclusión de que, efectivamente, le interesaba la unidad y la libertad italiana; pero también un estudio cuidadoso lleva a la conclusión de que deseaba esos objetivos siempre y cuando se alcanzacen bajo la hegemonía de Florencia; ya fuera la república a la que representó como diplomático, o ya fuera la gobernada por el Medici a quien dedicó su obra; si ello no fuera así él y todo el equipo al que perteneció, pugnaron hasta lo indecible por impedir la unión y porque se conservara la división; no ahorró esfuerzo por impedir que los venecianos crecieran: "Maquiavelo explica cómo Florencia está diariamente amenazada en la Romagna por Venecia y cómo lucha contra este peligro como una servidora fiel de la Iglesia. Habla poco a favor de Florencia y mucho en contra de Venecia. Julio hace caso omiso de las aseveraciones de devoción. Ambos van en seguida al grano. Ambos apreciaban que el peligro amenazador de la soberanía de sus países desde la República de los canales era grande. Para los territorios independientes de la península, Venecia es más peligrosa que cualquier poderío extranjero. Porque cuando conquista una ciudad, la vencida se convierte en su súbdita y no puede ejercitar su propia administración. Entonces la vencida debe amoldarse política y económicamente a Venecia. En cambio un poderío extranjero generalmente deja un resto de independencia local y administrativa".[78]

[76] Antonio Gramsci, *ob. cit.* pág. 72.

[77] "Li uomini che nelle republiche servono alle arti meccaniche, non possono sapere comandare come principi, quando sono preposti a' magistrati, avendo imparato sempre servire."

[78] Veleriu Marcu, *Maquiavelo*, pág. 127.

Hizo todo lo posible por evitar que el papa se fortificara y ponerlo en evidencia como un peligro ante las autoridades francesas "Sería desventajoso para V. E. exterminarnos a nosotros, a los florentinos. Porque, tal como están las cosas ahora, somos los más débiles. Los enemigos del rey no somos nosotros, sino los más fuertes, los que ansían juntar a Italia bajo su cetro: Venecia y el Papa: Venecia, porque es rica y protegida por el mar; el Papa, porque la ambición de su hijo César no conoce límites. Si los franceses nos exterminaran, seríamos absorbidos por Venecia o por Roma. Si hacéis a los poderosos más fuertes todavía y a los débiles más débiles ayudaréis a vuestros futuros enemigos. El provecho del rey sería obrar precisamente a la inversa: debilitar a los poderosos y halagar a los menos poderosos".[79] A Maquiavelo y a los comerciantes florentinos antes que otra cosa les preocupaban sus propios intereses; después los de Italia. Se alarma ante el progreso de los venecianos: "El empezar de los venecianos, . . . será una puerta que les abrirá toda Italia o que les acarreará su ruina".[80]

El y sus patrones durante su gestión no tuvieron empacho en recurrir al apoyo extranjero con tal de evitar que alguien en la península se hiciera tan poderoso que conquistara todos los estados italianos. Sus informes y consejos como enviado diplomático son demasiado claros en ese sentido. Por su parte los venecianos no dudaron en traicionar a sus aliados los florentinos en más de una vez *(istorie,* lib. V cap. XIV).

Anteriormente en muchas ocasiones se unieron florentinos y venecianos para impedir la conquista total de los estados italianos *(istorie,* lib. IV cap. XIII y lib. V caps. IV, XIV).

"Esta victoria asustó a todos los príncipes que en Italia temían la potencia de Filippo, porque juzgaban que existía mucha posibilidad de que se enseñoreara de todo" *(istorie,* lib. V cap. V, ver también cap. VIII). Por su parte, los enemigos de los florentinos organizaban éjercitos a fin de evitarles aumentar su poderío (*istorie,* lib. V cap. XII).

La preocupación de los florentinos, los venecianos y demás repúblicas libres respecto a una posible unificación de la península itálica, se fincaba en el hecho de que toda unificación significaba para ellos el tener que sacrificar su libertad civil, ver menguada su actividad económica y estar sometido a constantes y excesivas exacciones de parte del déspota afortunado que en determinado momento, mediante conquistas, compras, traiciones, o acuerdos, llegara a establecer su dominio. Esas fueron las razones que se tuvieron en cuenta, desde los tiempos de Dante, para que, concretamente los florentinos, se opusieran a una posible unificación *(istorie,* lib. III cap. XXV).

El rey Ladislao de Nápoles, en los primeros años de mil cuatrocientos, casi había logrado la conquista de los estados de la península; fue únicamente su muerte la que evitó que Florencia cayera en su poder, hecho que Maquiavelo estima feliz *(istorie,* lib. III cap. XXIX).

[79] Veleriu Marcu, *ob. cit.* pág. 91.

[80] Veleriu Marcu, *ob. cit.* pág. 127.

PARTIDOS POLITICOS

Sobre los partidos políticos existe una bibliografía abundante. Por sobradas razones dos obras sobre el tema han sido estimadas como clásicas, ambas con el mismo título: *los partidos políticos*, una de Robert Michels y la otra de Maurice Duverger.[81] No obstante la evidente seriedad de ambas, la primera tiene el inconveniente de circunscribirse a analizar preponderantemente el problema de la democracia dentro de los partidos; la segunda, aunque referida a casi todos los aspectos de la actividad partidista, con abundantes referencias a organizaciones políticas actuantes, lo cierto es que puede y debe ser considerada como un análisis teórico. Con mucha anterioridad a esos autores, Nicolás Maquiavelo, en forma dispersa, pero exhaustiva, estudió los partidos y la actividad partidista; definió su papel dentro del contexto de la razón de estado. También determinó la actitud que un gobernante debe observar respecto de las facciones que operan dentro de su territorio. Sus ideas, antes que otra cosa, como era de esperarse, son deducciones rigurosas, ya sean generales o particulares, que extrae de la vida real; no son suposiciones teóricas ni filosóficas; fueron emitidas en función del ejercicio efectivo del poder.

Para Maquiavelo gobernar un estado, administrar una república es, en gran parte, el saber conducir, estimular, encauzar y reprimir a los miembros de las facciones que bajo el nombre de ideologías y doctrinas operan dentro de un territorio determinado; lograrlo de tal manera que en lugar de que obstaculicen la labor gubernativa, coadyuven a la consecución de las metas que un gobernante se ha propuesto.

Un príncipe debe saber escuchar a los facciosos; no puede negarles, en forma total y absoluta, la posibilidad de intervenir en la cosa pública. Es necesario evitar que, por no existir diálogo, opositores pasen a la clandestinidad armada. La labor gubernativa es el dar juego a los facciosos, interesarlos en participar en política, pero dentro de marcos de seguridad aceptables y que tienen su manifestación en el orden jurídico establecido.

Es necesario saber cuándo reprimir y diezmar una fracción que por lo crecido de sus adeptos, su beligerancia, su influencia en la sociedad, amenacen con desplazar a la clase gobernante en turno.

En el encuentro de intereses, el gobernante debe actuar en función de prioridades: la primera, la conservación del poder; la segunda buscar el bienestar, progreso y tranquilidad de los habitantes.

La clase gobernante, a fin de estar en posibilidad de determinar quiénes son sus adversarios, medir su fuerza, determinar su ideología, identificar a sus líderes, expide un marco jurídico que regula la actuación de los particulares, puede resumirse en los siguientes puntos:

[81] Robert Michels, *political parties*, The Free Press New York, 1968; o su traducción *los partidos políticos*, en dos tomos, de Amorrortu editores, Buenos Aires, 1979. Maurice Duverger, *los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica. México, 1969. También es importante la obra de Giovanni Sartori, *partidos y sistemas de partidos*. Alianza Universidad, Madrid, 1980.

a) Sólo pueden actuar en política aquellas organizaciones que obtienen del estado un reconocimiento o autorización; lo anterior trae por consecuencia que si bien dentro de un estado existe una infinidad de organizaciones con personalidad, socios y patrimonio, no pueden actuar en política mientras tanto no obtengan el reconocimiento o autorización oficial; aquellas que inicialmente se forman con fines diversos, después se dedican a hacer política, sin contar con autorización corren el peligro de perder personalidad y patrimonio.

b) El reconocimiento dado por la clase gobernante subsistirá mientras tanto el grupo opositor se conduzca de acuerdo con la legislación que ha expedido y mientras tanto no represente algún peligro serio. Lo anterior supone que todo grupo opositor, aunque propugne por diverso sistema de gobierno, mientras no consiga el poder, deberá respetar el sistema y organización política prevaleciente.

c) Las organizaciones opositoras, aunque pueden sostener programas e ideologías similares a las que sostienen otras organizaciones que actúan en otros países, se les obliga, cuando menos formalmente, a ser independientes de centros de poder ajenos al país en donde actúan.

El control lo logra la clase gobernante con una simple prerrogativa que se reserva en forma exclusiva: conceder o reconocer personalidad a entes diversos de las personas físicas; incluso, por lo que toca a éstas, aunque no puede privarles de personalidad se reserva la facultad de privarlas de sus derechos políticos.

Cuando no existe una facción opositora con beligerancia o las que existen no se comportan de tal manera que no se afecten gravemente los intereses de la clase gobernante en turno, gobernar también es crear facciones opositoras, estimular la acción de los grupos que contando con beligerancia se conducen de conformidad con las reglas del juego establecido, neutralizar con oposición institucional la acción de grupos intransigentes. En estados con una facción triunfante que cuente con una población políticamente subdesarrollada conviene la existencia de una organización, que se ha dado en llamar partido oficial, que a la vez que actúa aglutinando elementos con ascendiente en la población, funciona como uno de tantos partidos, pero, a la vez, es parte del aparato gubernativo.

Al fin de cuentas controlar un partido se reduce a controlar a los elementos que dentro de éstos actúan como directivos reales; el control se circunscribe a dos posibilidades: comprometerlos con la clase gobernante mediante favores o reprimiéndolos de tal manera que pierdan su espontaneidad, independencia y beligerancia; actuar respecto de ellos de tal forma que sepan a qué atenerse. La experiencia maquiavélica lleva a la conclusión que por más anarquista que sea un partido opositor, una facción contraria, por las buenas o por las malas, si no desplaza a la clase gobernante, termina conduciéndose conforme a los dictados de la clase gobernante.

Si bien la clase gobernante requiere un buen servicio de inteligencia, de información, la verdad es que su tarea se ve facilitada por el hecho de que por virtud del orden jurídico, para poder actuar en política, existe la obligación de manifestarse enemigo del sistema; así la vigilancia recae principalmente sobre quienes en forma franca se manifiestan interesados en el poder; en forma excepcional la vigilancia recaerá sobre grupos no registrados; lo que facilita la operación de control.

Una facción opositora que realmente se encuentre interesada en alcanzar el poder, dentro de las limitaciones que impone la clase gobernante, debe procurar hacer un juego propio, aunque no siempre acorde con la legalidad imperante; no puede prescindir de los elementos técnicos, tácticos y políticos que en forma efectiva permiten el acceso al poder; normalmente no es suficiente una victoria electoral para alcanzarlo; se requiere la existencia de una superorganización secreta, si no mayor, cuando menos política y logísticamente más capacitada que la sección visible, que opere al margen de la legalidad, que esté en posibilidad de hacer que se respete lo que considera su triunfo electoral. Lo relativo a la necesidad de que exista una sección clandestina es algo ya muy visto y estudiado en la actualidad.

Por otra parte, existen en toda sociedad organizaciones secretas que ni solicitan ni requieren de reconocimiento oficial, lo que es más, son alérgicas a ello. Las providencias a adoptar respecto de ellas más están fuera del marco jurídico que dentro de él. Se procura que, de una u otra manera, en forma activa u honoraria, los miembros más conspicuos de la clase gobernante sean a la vez no sólo miembros distinguidos de tales organizaciones, se intenta, además, que ocupen el grado máximo dentro de la jerarquía de la organización. Normalmente en sociedades secretas o semisecretas existe algo que pudiera llamarse voto de obediencia al superior jerárquico; en tales condiciones, ocupando los gobernantes puestos jerárquicos superiores dentro de ellas, con vista al voto de obediencia, se obtiene el control que por la vía legal no se puede obtener. En tiempos de Maquiavelo los Médicis, los Ricci, los Pitti eran patronos de gremios y colegios; en el siglo pasado, en México, los gobernantes eran titulares de los máximos grados dentro de las logias masónicas; en el presente la clase gobernante ocupa puestos honorarios y de dirección dentro de las asociaciones de profesionistas, clubes sociales y sindicatos obreros.

Independientemente de que gobernar es crear oposición, en sociedades complejas, avanzada y económicamente fuertes, es establecer una división formal entre los miembros de la clase gobernante, de tal manera que unos quedan asignados a un partido y otros a un segundo partido, de tal forma que, sin privar a la ciudadanía de su derecho al sufragio, no tengan más alternativa que las dos que ofrece la clase gobernante. Lo importante en esos casos es evitar un rompimiento real que pudiera permitir el surgimiento de una tercera organización, independiente de las ya existentes, con beligerancia suficiente como para desplazar a las actuantes; también existe el peligro de que una de las ramas de la clase gobernante, a base de tanto ejercitar el poder, habiendo creado un aparato burocrático que no esté dispuesto a ser

desplazado aunque sea parcialmente de sus puestos, pretenda prolongarse en el poder constituyéndose en partido oficial.

El problema burocrático se elimina, en gran parte, con la práctica generalmente adoptada de que el grueso del personal, el que no tiene funciones de dirección y mando, es inamovible.

Un último peligro se da cuando los dirigentes de las dos ramas descuidan el control que es necesario ejercer sobre elementos indisciplinados o que por su poca información, propugnen o por la adopción o de ideologías o posturas con las que no esté de acuerdo la otra facción.

La existencia de un partido oficial trae como consecuencia que la clase gobernante, en su intento de conservar el poder, se apoya más y más en dos instituciones: el aparato burocrático y el militar, éstos, por su naturaleza, en forma inevitable, tienden a crecer en perjuicio de la clase gobernante activa y de sus intereses.

Es preciso insistir: para Maquiavelo gobernar es dividir, es controlar partidos, encauzar oposición, estimular la actividad de facciones débiles. En no pocos casos, cuando se ha alcanzado un alto grado de concentración del poder, también es crear oposición.

EDICIONES DE LAS OBRAS DE N. MAQUIAVELO CONSULTADAS

N. Machiavelli, *the prince*, a Mentor book, introduction by Christian Gauss, London, New American Library, 1952.

N. Maquiavelo, *el príncipe*, Biblioteca Edak de bolsillo, con el Antimaquiavelo de Federico el Grande, Madrid, 1980.

Nicolás Maquiavelo, *obras políticas*. (traducción de Luis Navarro), librería "El Ateneo" Editorial, Buenos Aires, Argentina 1965.

Niccolò Machiavelli, *il principe* (Con introduzione a Commento di Maria Maggi), Cappelli Editore, Tocca San Casciano, 1960.

N. Maquiavelo, *el príncipe*, Círculo de Lectores, Bogotá, 1980.

Nicolás Maquiavelo, *historia de florencia*, prólogo, traducción y notas. Félix Fernández Murga, Ediciones Alfaguara, S.A., Madrid, España, 1979.

Nicolás Maquiavelo, *el príncipe, escritos políticos* (Traducción y notas de Juan G. de Luaces), Ediciones Aguilar, México, 1976.

Nicolás Maquiavelo, *el príncipe* (Edición de Angeles Cardona de Gilbert), Editorial Bruguera, Barcelona, España 1979.

Nicolás Maquiavelo, *la mandragora, andria* y *clicia*. (Traducción de Esther Benítez), Editorial Cuadernos para el Diálogo S.A., Madrid, España, 1977.

Nicolás Maquiavelo, *el príncipe*. (Edición anotada), Edit. Epoca, México 1976.

Niccolò Machiavelli, *il principe e altri scritti*, a cura di Vittorio de Caprariis, Editori Laterza, Roma, Bari, 1973.

Nicolás Maquiavelo, *el príncipe* (Traducción e introducción de Miguel Angel Granada), Editorial Materiales, Barcelona, España, 1979.

Nicolás Maquiavelo, *el príncipe* (Trad. J. Merino) (Colección Atenea) editores Mexicanos Unidos, México, 1973.

Nicolás Maquiavelo, el príncipe (precedido de un estudio de Antonio Gómez Robledo) Editorial Porrúa. (Colección Sepan Cuantos), no. 152. México, 1971.

Niccolò Machiavelli, *il principe e discorsi* (Con introduzione di Giuliano Procacci e a cura di Sergio Bertelli). Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano Italia, 1979.

Niccolò Machiavelli, *il principe* (introduzione e nota di Federico Chabod. Nueva edizione con aggiornamenti bibliografici a cura di Luigi Firpo), Giulio Einaudi editore, Torino, Italia, 1972.

Niccolò Machiavelli, *la mandragola* (a cura di Guido Davico Bonino) Giulio Einaudi Editore, Firenze, Italia, 1971.
Niccolò Machiavelli, *tutte le opere*, Giunti G. Barbera, Firenze, Italia, 1969.
Niccolò Machiavelli, *opere complete*, con molte correzioni e giunte rinvenute sui manoscritti originali), Fratelli Pedone Lauriel editori, Palermo, Italia, 1868.
Machiavelli's, *the prince*, translated and edited by Mark Musa, bilingual edition, N. York, 1964.
Niccolò Machiavelli, *the prince and the discourses*. (int. by Max Lerner), Modern Library College Editions, N. York. 1950.
Niccolò Machiavelli, *the discourses*, edited with and introduction by Bernard Crick, Penguin Books, Great Britain, 1970.
Niccolò Machiavelli, *il principe*, con un saggio di Raymond Aron, cronologia e note introduttiva di Franco Melotti, note di Ettore Janni e con un glossario ideologico. Rizzoli Editore, Milano, Italia, 1980.
Niccolò Machiavelli, *tutte le opere* (a cura di Mario Martelli), Sansoni Editore, Firenze, Italia, 1971.
Niccolò Machiavelli, *the prince* (Translated and Edited by Robert M. Adams), W. W. Norton & Company, N. York, Estados Unidos, 1977.
Machiavelli, *the history of Florence*, Washington Square Press, New York, 1970.
Niccolò Machiavelli, *opere politiche*, a cura di Mario Puppo, Le Monnier, Firenze, 1969.
Niccolò Machiavelli, *istorie fiorentine*, Feltrinelli Editore, Milano, 1962.

BIBLIOGRAFIA SUMARIA CONSULTADA

L. Amoroso e P. Jannaccone: *Vilfredo Pareto, economista e sociólogo*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma. 1948.
Anderson, Perry: *el estado absolutista*, Editorial Siglo XXI, 1980. México.
Arendt, Hannah: *on revolution*, The viking press, New York, 1965.
Aron, Raymond: *main currents in sociological thought*, Tomo II.
Bachrach, Peter: *crítica de la teoría elitista de la democracia*. Amorrortu editores, Buenos Aires 1967.
Berlin, Isaiah: *contra la corriente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
Blanco Ande, J.: *teoría del poder*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1977.
Bobbio, Norberto: *Gaetano Mosca e la scienza politica*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1960.
Bondanella Peter and Musa, Mark: *the portable Machiavelli*, Penguin Books, Tennessee, Estados Unidos, 1979.
Borsellino Nino: *Niccolò Machiavelli*, Editori Laterza Figli, Bari, Roma, 1973.
Brucker, Gene A.: *renaissance florence*, John Wiley & Sons, inc., New York, Estados Unidos, 1969.
Bruscagli, Ricardo: *Niccolò Machiavelli*, la Nuova Italia, Firenze, 1975.
Burckhardt, Jacob: *la cultura del renacimiento en Italia* (trad. del alemán por Jaime Ardal, Obras Maestras, Editorial Iberia, S.A., Barcelona, España, 1964.
——— *the civilization of the renaissance in Italy*, New American Library, Chicago, III., Estados Unidos 1960.
Burskirk, Richard H.: *modern management & Machiavelli*, Mentor Book, Massachusetts, Estados Unidos, 1975.
Butterfield, Herbert: *the statecraft of Machiavelli*, Collier Books, New York, Estados Unidos, 1967.
Caballero Calderón, Eduardo: *el nuevo príncipe*, Ediciones de la Revista de Occidente (colección Cimas de América), Madrid, España, 1969.
Caliendo, Gaspare: *Guida allo studio de "il principe" e altre opere di Niccolò Machiavelli*, Casa Editrice Federico & Ardia, Napoli, Italia.
Campbell, Joseph: *el héroe de las mil caras*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
Cassirer, Ernst: *el mito del estado* (Traducción de Eduardo Nicol), Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

Cecchi, Emilio: *Lorenzo il Magnifico*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1949.
Claval, Paul: *espacio y poder*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
Cohan, A. S.: *introducción a las teorías de la revolución*, Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1977.
Conde, Francisco Javier: *el saber político en Maquiavelo*, Biblioteca de la Revista de Occidente (18), Madrid, España, 1976.
Coser, Lewis A.: *hombres de ideas* (Traducción de Ivonne A. de la Peña), Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
Crossman, R. H. S.: *bibliografía del estado moderno*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
Curtis, Michael: *the great political theories from Plato and Aristotle to Loke and Montesquieu*, Discus Books/Published by Avon, 1961. Chicago, U.S.A.
Chabod, Federico: *scritti su Machiavelli*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1980.
——— *escritos sobre Maquiavelo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
Corral, Luis Diez del: *la monarquía hispánica en el pensamiento político europeo*, Revista de Occidente (30), Madrid, España, 1975.
Dubreton, J. Lucas: *la edad de oro del renacimiento italiano*, Editorial Herrero, México D.F., México, julio de 1965.
Deutsch, Karl W.: *política y gobierno*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976.
Eliade, Mircea: *el mito del eterno retorno*, Alianza Editorial, Madrid, España.
Eliade, Mircea: *mito y realidad*, Guadarrama, 1978, Madrid.
Elliot, J. H. y otros: *revoluciones y rebeliones de la Europa moderna*. Alianza Universidad, Madrid 1972.
Ferrara, Orestes: *Maquiavelo*, la vida, las obras, la fama, Colección la Nave, serie gran formato, Madrid, España.
García-Pelayo, Manuel: *del mito y de la razón en el pensamiento político* Revista de Occidente, Madrid, 1968.
Gautier - Vignal, Louis: *Maquiavelo* (Trad. Juan José Utrilla) (Breviarios del FCE - 125), Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
Germino, Dante: *Machiavelli to Marx*, Phoenix Edition, The University of Chicago Press, Chicago, Estados Unidos, 1979.
Gilbert, Felix: *Machiavelli e Guicciardini* (penseiro politico e storiografia a Firenze nel Cinquecento) (Trad. di Franco Salvatorelli), Giulio Einaudi editore, Torino, 1970.
Gramsci, Antonio: *La política y el estado moderno*, Ediciones Península, Barcelona, España, 1971.
——— *note sul Machiavelli sulla politica e sullo stato moderno*, Editori Riuniti, Roma, Italia, 1973.
Guicciardini, Francesco: *de la vida política y civil* (Traducción de Felipe González Vicen) Editora Espasa - Calpe, Buenos Aires, Argentina Colección Austral, número 786, 1947.
Guicciardini, Francesco: *ricordi* (introduzione note e commenti di Emilio Pasquini), Aldo Garzanti Editore, Milano, Italia, 1975.
Gundersheimer, Werner L.: *the italian renaissance*, A spectrum Book Prentice — Hall inc. New Jersey, Estados Unidos, 1965.
Gurr, Ted Robert: *el porqué de las rebeliones*, Editores Asociados, México, 1974.
Gurr, Ted Robert: *why men rebel*, Princeton University Press, New Jersey, 1974.
J. R. Hale, *Machiavelli and renaissance Italy*, A Pelican Book, Penguin Books, Great Britain, 1972.
——— *Machiavelli and renaissance Italy*, Penguin Books, Great Britain, 1972.
Arnold Hauser, *historia social de la literatura y el arte (ii)*, Manierismo — Barroco — Rococó — Clasicismo, Colecc. Universitaria de Bolsillo, Ediciones Guadarrama, Madrid, España, 1972.
G. W. F. Hegel, *lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (Traducción del alemán por José Gaos), Alianza Editorial, Madrid, España, 1980.
G. W. F. Hegel, *lecciones sobre la historia de la filosofía (III)*, (Traducción de Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México, 1977.
Hermann Heller, *la soberanía*, UNAM, México, 1965.
E. J. Hobsbawm, *las revoluciones burguesas*, Guadarrama/Punto Omega, Barcelona, 1982.

SIDNEY HOOK, *revolution, reform and social justice*, New York University Press, New York, 1975.
ETTORE JANNI, *Machiavelli*, L. L. Cogliati del Dr. Guido Martinelli, Milano, Italia, MDCCCCXXVII.
MAURICE JOLY, *diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, Six Barral, Barcelona, 1977.
LAWRENCE KAPLAN, *revoluciones*, editorial extemporáneos, 1973, Vol. 2.
PAUL OSKAR KRISTELLER, *el pensamiento renacentista y sus fuentes*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
KURT LENK, *teorías de la revolución*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1978.
EMILE G. LEONARD, *historia general del protestantismo*, Tomo I la Reforma, Ediciones Peninsular, Madrid, 1967.
TITO LIVIO, *desde la fundación de Roma (I-II)*, Versión española y notas por Agustín Millares Carlo, Imprenta Universitaria, UNAM, México, 1955.
KURT LENK y FRANZ NEUMANN (eds.), *teoría y sociología críticas de los partidos políticos*. Editorial Anagrama, Barcelona, España, 1980.
Los Gigantes (publicación mensual Nº 6, Trad. Manuel Mourelle — Lema) *Maquiavelo*, Editorial Prensa Española Madrid, España, 1971.
JUAN F. MANSAL, *revoluciones y contrarrevoluciones*, Ediciones Peninsular, Barcelona, 1975.
HARVEY C. MANSFIELD, JR. *Maquiavelo y los principios de la política moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
VALERIU MARCU, *Maquiavelo la escuela del poder*, Editorial Espasa-Calpe, Colección Austral número 530, Madrid, España, 1967.
HERBERT MARCUSE, *contrarrevolución y revuelta*, Joaquín Mortiz, México, 1975.
NICOLA MATTEUCCI, *il pensiero politico di Niccolò Machiavelli*, Cooperativa Libraria Universitaria, Bologna.
FRIEDRICH MEINECKE, *la idea de la razón de estado en la edad moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.
JAMES MEISEL, *el mito de la clase gobernante*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1962.
LUCIO MENDIETA y NÚÑEZ, *sociología del poder*, UNAM, México, 1976.
TOMÁS MESTRE VIVES, *la política internacional como política de poder*, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1979.
ROBERT MICHELS, *los partidos políticos, 2 tomos*, Amorrortu, Editores, Barcelona, 1979.
FAUSTO MONTANARI, *la poesía del Machiavelli*, Editrice Studium, Roma, 1968.
GAETANO MOSCA, *la clase politica*, Editori Laterza, Bari Roma, 1975.
——— *storia della dottrine politiche*, Editori Laterza, Bari Roma, 1978, Italia.
LANTRANCO MOSSINI, *necessita e legge nell'opera del Machiavelli* (publicazzioni della facolta di giurisprudenza, Università di Parma), Dott. A. Giuffre Editore, Milano, Italia, 1962.
FABRIZIO ONOFRI, *poder y estructuras sociales*, Editorial Tiempo Nuevo, S.A., Caracas, Venezuela, 1970.
LUIGI PEIRONE, *Niccolò Machiavelli* (132), (Serie storia della letteratura italiana diretta da Giorgio Petrocchi), Capellie Editore, Bologna, Italia, 1971.
VILFREDO PARETO, *forma y equilibrio sociales*, Extracto del trabajo de sociología general, traducido del italiano por Jesús López Pacheco, Alianza Editorial, Madrid, España, 1980.
——— *manual de economía política*, traducción directa por Guillermo Cabanellas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, Argentina, 1946.
GEVAINT PARRY, *political elites*, George Allon and Unwin LTD, London, 1971.
CHARLES PETERS and NICHOLAS LEMANN, *inside the system*, Holt, Rinehart and Winston, Estados Unidos, 1979.
JOHN G.A. POCOCK, *Il momento machiavelliano il pensiero politico florentino e la tradizione republicana anglosassone*, Societá Editrice il Mulino, Bologna, Italia, 1980.
——— *Il momento machiavelliano*, Societá Editrice il Mulino, Bologna, Italia, 1980, Tomo II.
NICOS POULANTZAS, *estado, poder y socialismo*, Editorial Siglo XXI, Madrid, España.
GIUSEPPE PREZZOLINI, *vita di Nicoló Machiavelli florentino*, Longanesi & C. Milano, Italia, 1969.

LEOPOLD VON RANKE, *historia de los papas en la época moderna* (colección de obras históricas), Trad. de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
AGUSTÍN RENAUDET, *Maquiavelo*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1965.
YVES RENOUARD, *historia de Florencia*, EUDEBA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 1968.
JESÚS REYES HEROLES, *en busca de la razón de estado*, cuadernos de teoría política, Miguel Porrúa, S.A., México, 1982.
ROBERTO RIDOLFI, *vita de Niccolò Machiavelli*, Sansoni Editore, Firenze, Italia, 1978.
JOSÉ LUIS ROMERO, *Maquiavelo historiador*, Ediciones SIGNOS, Buenos Aires, Argentina, Julio de 1970.
BERTRAND RUSSELL, *a history of western philosophy*, A Touchstone Book Published by Simon and Schuster, Mass. Estados Unidos.
BERTRAND RUSSEL, *historia de la filosofía* (Traducción del inglés por Juan Martín Ruiz — Werner y Juan García Fuente), Aguilar Ediciones, Madrid, España, 1973.
LUIGI RUSSO, *i classici italani dal cinquecento al settecento*, Editori Sansoni, Firenza, Italia, 1973.
GIOVANNI SARTORI, *aspectos de la democracia*, Editorial Limusa-Wiley, S.A., México, 1965.
——— *partidos y sistemas de partidos*, I, Alianza Editorial, Madrid, 1980.
GENARO SASSO, *Niccolò Machiavelli*, Societá Editrice il Mulino, Bologna, Italia, 1980.
——— *studi su Machiavelli*, Casa Editrice A. Morano, Napoli, Italia, 1967.
ALDO E. SOLARI y otros, *teoría, acción social y desarrollo en américa latina*, Siglo Veintiuno Editores, S.A., México, 1976.
LEONARD SACHPIRO, *el totalitarismo*, Brevarios 312, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
FERDINAND SCHEVILL, *the Medici*, Harper Torchbooks, New York, Estados Unidos, 1960.
CARL SCHMITT, *la dictadura*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.
COUT CARLO SFORZA, *the living thoughts of Machiavelli*, Fawcett World Library, New York, Estados Unidos, November 1958.
J. H. SHENNAN, *origins of the modern european state*, 1450-1725, Hutchinson University Library, Londres, 1974.
EDUARDO SPRANGER, *formas de vida*, Revista de Occidente, S.A., Madrid, España, 1972.
P. I. STUCVKA, *las funciones revolucionarias del derecho y del estado*, Editorial Península, Barcelona, 1974.
J. A. SYMONDS, *el renacimiento en Italia* (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México, 1977.
ALBERTO TENENTI, *florencia en la época de los Médicis*, Trad. de Isabel Mireles, Ediciones Península, Barcelona, España, 1974.
GROVAN THERBORN, *¿cómo domina la clase dominante?* Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1979.
GEOFREY TREASE, *los condotieros*, Traducción de Román Izurquiza), AYMA, S.A., Editora, Barcelona, España, 1977.
ANTONIO TRUYOL y SERNA, *historia de la filosofía del derecho y del estado*. Tomo II del renacimiento a Kant. Editorial de la Revista de Occidente. Madrid, 1975.
GIUSEPE TOFFANIN, *Machiavelli e il "tacitismo"*, Guida Editori, Nápoles, 1972.
VARIOS, *Niccolò Machiavelli*, colloquio indetto dell'Accademia Nazionale dei Lincei Nello ricorrenza del V centenario della nascita de Niccolò Machiavelli, Roma, 1970.
PASCUALE VILLARI, *Maquiavelo*, Versión española de Antonio Ramos Oliveira y Julio Luelmo, Ediciones Grijalbo, Biografías Gandesa. Barcelona, España, 1971.
DANIEL WALEY, *the italian city - republica*, World University Library, manufactured by Librex, Milán, Italia, 1978.
ALAN WOLFE, *los límites de la legitimidad*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1977.
SHELDON S. WOLIN, *política y perspectiva*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina, 1973.
DENNIS H. WRONG, *power its forms, bases and uses*, Harper Colophon Books edition, New York, Estados Unidos, 1980.

BREVES REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS TECNICAS LEGISLATIVAS

EDGAR ELÍAS AZAR

La constante evolución del hacer social, en sus diversos campos y estratos, concurren como una persistente evolución dinámica.

El Derecho como síntesis histórica de evolución, no puede sustraerse a esa acción del tiempo.

El Derecho, por ende, no es algo inmutable y petrificado; sufre igualmente el proceso natural de vida, que cambia paralelamente a las necesidades sociales.

El campo jurídico, las más de las veces, se encuentra en retardo en esa vigencia evolutiva y degenerativa de la estructura de la rama jurídica.

Se establece la posibilidad de desarrollar un esquema evolutivo de las relaciones de causalidad que explique, el porqué, la norma jurídica pierde su adecuación en la realidad actuante de la sociedad, a fin de obtener soluciones coherentes.

La ciencia jurídica, como las demás ciencias sufren mutaciones dinámicas en su constante devenir que las hacen perfectibles, en su perenne evolución.

El Derecho, milenario, en su evolución histórica nos muestra dolorosas mutaciones, en busca de un progreso auténtico, teniendo por estas en su tiempo como transformaciones radicales, como determinantes; pero ante el amplio campo del pasado presenciamos que esa evolución es sumamente lenta y difícil.

Pujante presión de los hechos que en la actualidad perfila alteraciones profundas en las instituciones jurídicas fundamentales, así como por la repercusión, que ha tenido el factor económico, el influjo de complejas y discordantes orientaciones de la vida social contemporánea que encuadran en las líneas clásicas del Derecho.

Ciertos principios éticos y jurídicos se mantienen constantes, adecuados a las apresuradas modalidades del presente. El Derecho se expresa para las exigencias del día. Su ámbito temporal se ha reducido tanto ante el trasiego político de los estados, que las concepciones sociales son del día y para el día. La norma jurídica es fiel expresión de esa realidad.

Los tradicionalistas, representados por un formalismo jurídico inentendible, mantienen lógicamente una pretensión de anquilosamiento del Derecho y una defensa a ultranza de la inalterabilidad de los principios jurídicos.

Sabemos que ni los preceptos morales, que son los más constantes en la sociedad, logran evadir la ley vital del cambio. Los principios básicos del Derecho se transforman quedando a la zaga de las convulsiones sociales, de las alteraciones políticas o de las simples y momentáneas exigencias. Díganlo, si no, la abundancia de disposiciones legislativas de los estados modernos y el desgajamiento continuo de nuevas ramas del Derecho. Se despierta la inquietud que hizo nacer el legítimo anhelo de transformación, porque la pasiva conformidad con lo existente es un fatal signo de decadencia en los individuos y en los pueblos. Existe la necesidad de reemplazar las viejas categorías del Derecho por otras nuevas, porque en el dominio de las ideas, la destrucción sólo es fecunda si va seguida de nuevas construcciones. Estado e individuo son dos entidades reales que pueden estar en oposición o marchar armónicamente. No pueden radicalmente suprimirse, sin suprimir al mismo tiempo la vida social. Mas sin llegar a las negaciones completas del Estado o del individuo, hay doctrinas filosófico-jurídicas que defienden la supremacía absoluta del uno o del otro.

El principal fin que tiene el Estado no es otro sino el de proteger el Derecho del hombre, tiene estrictamente prohibido realizar acto alguno que lo lesione; puede imponer las restricciones que sean indispensables para asegurar el libre ejercicio de los derechos de los demás. Toda intervención del Estado en la esfera individual que no tenga el objeto expresado es una indebida intromisión, una verdadera usurpación. Este es el principal instrumento del Estado; un orden jurídico que cree la normatividad que regulará esa actividad; la legislación de la norma. Es indispensable partir del criterio de que la norma jurídica se debe adecuar a la realidad dinámica y cambiante y de que este estado de cosas tiene que ser con mucha frecuencia modificado. Modificación que a veces posee defectos originales que surgen en el mismo instante en que la norma nace a la vida jurídica; o por defectos funcionales que aparecen durante el periodo de su vigencia o bien porque las cosas, situaciones y hechos que originaron la norma han cambiado.

A partir de estos órdenes de deficiencias se ha procurado abrir grandes causales hasta llegar a los factores finales que los motivan. La falta de programación de la estructura jurídica es un elemento relevante que origina tanto el defecto original de la norma como su defecto funcional. En verdad la actividad social se desarrolla tanto en el campo jurídico, como económico, técnico y social específico, todo ello con una profunda impregnación política. En el campo económico es reconocido y ha tenido principio de ejecución en muchos países, aún de muy bajo nivel de desarrollo, la necesidad de un organismo encargado de programar el crecimiento. Se puede programar tanto para la libertad como para la opresión; pero es esencial y fundamental el hecho de que el hombre de gobierno necesita conocer hacia dónde marcha la economía del país al cual tiene la responsabilidad de gobernar.

Ocurre en la práctica del orden jurídico, base imprescindible de un correcto fluir, que en muchas ocasiones no se programa. Como consecuencia de ello muchas relaciones deben realizarse aún al margen de la ley o se ven

obstruidas en su posibilidad de realización; ello obedece a que el legislador no actúa con la rapidez con que el dinamismo social hace obsoleta la norma.

El edificio jurídico se concibe exactamente igual que una construcción; debe ser erigido a partir de un sólido cimiento constitucional; con una estructura legal básica, suficientemente elástica perfectamente relacionada con aquél y con toda una superestructura funcional que se adecue a las necesidades del servicio que debe prestar a la colectividad. Precisamente, como una verdadera edificación que es, debe ser programada y desarrollada en forma coherente. Si no se legisla con programa es posible que se creen normas jurídicas que sean inestables; que se provoquen frecuentes reformas o que se esterilice en la concreción de instituciones precarias. Mientras, la eficiencia de la estructura social, toda, permanece a bajos niveles de progreso y eficiencia.

Analizando el campo de los defectos originales de las normas jurídicas las deficiencias en su elaboración pueden surgir de múltiples elementos que se consideran agrupables en dos: los que residen en la técnica de elaboración de la norma y los que impiden una correcta valoración, y autoactualización misma.

A su vez, los problemas que ocurren en la técnica de la elaboración de la norma pueden surgir de factores externos del proceso de elaboración o de factores que concurran a ese mismo proceso. Como factores exteriores o endógenos podemos citar como ejemplo la duración del periodo legislativo del Congreso de la Unión, la regulación de la labor de las comisiones, el funcionamiento interno de las diferentes cámaras, etc.; como ejemplo de los factores concurrentes, esencialmente los hacemos residir en la fricción política que impregna todo el trabajo de los representantes populares que se dan a la tarea de legislar.

El problema de la valoración defectuosa de las relaciones introduce en la norma un defecto congénito que en parte ocurre, precisamente, por falta de programación, elemento éste cuya ausencia abre las puertas para que ocurran todos los otros defectos que se continúan analizando. Pero, además este defecto suele ocurrir por escaso avance técnico en la evaluación de la materia jurídica.

En el orden de los defectos funcionales ocurren desajustes dinámicos dentro, también, de un marco de falta de programación.

Los desajustes dinámicos suceden porque la norma permanece estática, o porque la realidad es dinámica, o porque ocurren como así es, ambas cosas conjuntas.

Los factores normativos residen en avances técnicos no incorporados y los extranormativos, que llevan igualmente a la norma hacia la obsolescencia funcional, pueden provenir del campo social específico o del campo político, en cuyo caso lo más frecuente reside en la calificación social de las relaciones.

En el campo económico, cuyo caso típico y frecuente es el de la obsolescencia del elemento "cantidad", en cuanto esta cantidad está expresada en términos monetarios, en periodos de inflación; y del campo técnico, un

ejemplo patético lo hacemos residir en la ancianidad de nuestro ya muy comentado Código de Comercio que no legisla muchos contratos de operaciones mercantiles que se derivan de la técnica moderna.

El esquema de las relaciones de causalidad que se acaba de describir no pretende ser cerrado ni perfecto. Constituye una simple aproximación metodológica, convencional en esencia, que permita, y de ahí la utilidad que de él se busca, proponer soluciones concretas.

En este orden de ideas las soluciones básicas para una legislación eficaz se pueden concretizar en los siguientes puntos:

Primero. En la norma jurídica se debe interaccionar con los restantes campos de la actividad social. Este principio es un dogma jurídico que no se debe olvidar en el momento de crear una norma. Esta interacción, para rendir su producto social a los niveles más fecundos tiene que realizarse con rangos de eficiencia muy altos y esforzados. El campo jurídico con mucha frecuencia permanece en veces en niveles de eficiencia inferiores a los que requiere la actividad de la colectividad. Ejemplos de ello los encontramos en muchas leyes.

Número dos. La norma jurídica se debe programar. La falta de programación de la estructura jurídica, tanto la que origina el defecto de génesis como la que precipita la obsolescencia funcional de la norma; se debe evitar la incorporación coherente de los factores normativos, solamente puede ser resuelta por la tarea realista a alto nivel científico de un organismo planificador de la estructura jurídica que se debería instituir tanto en el nivel federal como en el nivel estatal con vista a una progresiva y programada uniformación.

Número tres. La norma jurídica debe auxiliarse de la tecnología. La deficiente valoración de la materia jurídica, que constituye una de las causales del defecto original de la norma, se concibe resolvible a través de un avance técnico muy amplio en los entes encargados de producirlas.

Número cuatro. La norma jurídica debe ser dinámica si es posible, la norma jurídica debe autoactualizarse, autorevitalizarse. Los defectos en la técnica de la elaboración normativa, se conciben también resolvibles a través de una verdadera regulación de su propia naturaleza. Esta regulación puede emanar del mismo precepto, es decir, constituir una autoregulación, o de un ordenamiento normativo superior, necesariamente constitucional.

Por ello la regulación de nuestro congreso, es preferible que en forma de líneas mínimas de trabajo, deba surgir preferentemente en nuestro ordenamiento constitucional, donde desde luego se sugiere la ampliación del periodo ordinario del congreso.

Por último no se debe olvidar que programar la legislación, lo mismo que planificar la economía, puede hacerse, como ya lo hemos dicho al inicio de este trabajo tanto para la libertad como para la opresión. Lo importante es que la programación marque el rumbo y que todos los rumbos deben ser coherentes y específicos, para que se arribe en definitiva a las grandes metas sociales.

BIBLIOGRAFIA

1. Cfr. Rojina Villegas, Rafael: *"Derecho Civil Mexicano"*, Editorial Porrúa, S.A.
2. Cfr. Rojina Villegas, Rafael: Editorial Porrúa, S.A., México D.F.
3. Cfr. De Pina, Rafael: *"Derecho Civil Mexicano"*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.
4. Cfr. Galindo Garfias, Ignacio: *"Derecho Civil"*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.
5. Cfr. Borda, Guillermo A.: *"Tratado de Derecho Civil"*, Editorial Perrot, Buenos Aires.
6. Cfr. León, Henry y Mazeaud, Jean: Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

GENESIS DE LOS DERECHOS HUMANOS

RODOLFO LARA PONTE

SUMARIO 1. *Prolegómenos*, 2. *Antecedentes Aragoneses*, A) *Proceso de Manifestación*, 3. *Antecedentes Ingleses*, A) *Carta Magna 1215*, B) *Petition of Rights*, C) *Ley de Habeas Corpus 1679*, D) *Bill of Rights de 1689*, 4. *Declaraciones Norteamericanas* A) *La Constitución de Virginia de 1776*, B) *Declaración de Independencia de las Colonias de Norteamérica*, C) *Constitución Federal Norteamericana de 1787*, D) *Diez Primeras Enmiendas*, 5. *Declaraciones Francesas*, A) *Polémica Doctrinal Jellinek vs. Boutmy*, B) *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, a) *Proyectos Preliminares*, b) *Contenido de la Declaración Francesa*, c) *Constitución Francesa de 1793*.

ANTECEDENTES EXTERNOS

1. PROLEGOMENOS

La génesis de las declaraciones de los derechos humanos no es un producto de una generación espontánea, sino el resultado de todo un proceso evolutivo, cuyo punto de partida se remonta a la Edad Media hasta llegar a las modernas declaraciones de derechos. Estas encuentran su fundamentación filosófica en el iusnaturalismo racionalista que flotaba en el ambiente de los siglos XVII, XVIII y XIX y ejercen, sin lugar a dudas, una gran influencia en el momento mismo de la realización de las mencionadas declaraciones; encontrando su antecedente en el iusnaturalismo tradicional de corte aristotélico tomista.

Es de vital importancia hacer notar que los documentos medievales, que de alguna manera incluyeron el reconocimiento de ciertos derechos (conocidos en la actualidad como derechos humanos con sus respectivas limitaciones), así como las modernas declaraciones de derechos, influyeron en las declaraciones de derechos de las diferentes constituciones mexicanas del siglo XIX.

En este sentido la primera interrogante que se nos plantea en torno a los documentos jurídicos que existieron en el medievo europeo es si constituyeron un antecedente inmediato de las modernas declaraciones de derechos,

pues engloba diferentes puntos de vista. El jurista español García Pelayo[1] sostiene que aunque existe una absoluta separación entre ambos complejos jurídicos, tienen como común denominador una limitación al poder político, para lo cual expone los siguientes argumentos:

a) Los documentos jurídicos medievales se referían fundamentalmente a situaciones particularizadas y concretas, a poderes fácticos o normas de derecho antiguo tradicional y consuetudinario, a las cuales se les daba una expresión jurídica más solemne; por el contrario, el contenido de las modernas declaraciones de derechos es para todos los gobernados y, en ocasiones se refieren a todos aquellos individuos que se encuentren en el territorio de un Estado determinado y que no sean súbditos de tal Estado.

b) Los derechos reconocidos en la Edad Media eran subjetivos y heterogéneos en su contenido y significación; en tanto que los derechos individuales reconocidos en las modernas declaraciones forman una regla de derecho objetivo.

c) En el medievo se reconocieron al individuo ciertos derechos de acuerdo al estamento al cual pertenecían; en cambio los modernos derechos individuales son a título personal por lo que existe una relación directa entre el individuo y el Estado.

d) De lo anteriormente expuesto se infiere el carácter parcial de los mencionados cuerpos jurídicos medievales (pacto, fuero, etcétera), aun tratándose de lo que se denominaba en aquella época "cartas generales", ya que se aplicaban a una capa social determinada de la población.

Pérez Luño considera, por su parte, que la institucionalización de los derechos humanos principia en la Edad Media. Señala que es en esta época cuando surgen una serie de cartas franquicias cuya naturaleza jurídica las hace verdaderos documentos susceptibles de ser invocados por sus titulares ante los tribunales correspondientes; asimismo, dichos ordenamientos jurídicos tienen como rasgo común el reconocimiento de ciertos derechos tales como: el derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad, a la libre elección del domicilio y a la improcedencia de la detención sin causa legal; prerrogativas, todas ellas, concedidas al individuo en tanto miembro de un determinado grupo social.[2]

Desde nuestro punto de vista los documentos jurídicos medievales son el inicio de las modernas declaraciones de derechos, pues a través de los documentos referidos donde de manera embrionaria surgen ciertos derechos que le son reconocidos al hombre como limitantes del poder arbitrario. Por tanto, es innegable el nexo histórico, pues lo contrario sería tanto como considerar a un árbol sin raíces. Es bien conocido que algunos de los derechos estipulados en los diferentes ordenamientos de aquella época serán retomados años más tarde en las modernas declaraciones de derechos, como

[1] García Pelayo, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1951, p. 133.

[2] Pérez Luño, Antonio Enrique: "El proceso de positivización de los derechos fundamentales", *Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto y Sistema*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 238.

lo veremos más adelante. Por ello resulta de gran interés el estudio de los diferentes documentos medievales y de las modernas declaraciones de derechos, para de esta forma determinar su influjo en las diferentes constituciones mexicanas del siglo XIX.

2. ANTECEDENTES ARAGONESES

En el medievo español hay numerosos ejemplos de cartas franquicias y privilegios estipulados en diversos documentos de la época, tales como el Convenio en las Cortes de León de 1188, entre Alfonso X y el reino, y el privilegio general, otorgado por Pedro III a las Cortes de Zaragoza, de 1283, a los que se les ha considerado como fundamentos de las libertades de la Corona de Aragón.[3]

Sin duda resulta interesante referirnos a la compilación hecha por Jaime I en 1247, en la que se aglutina el derecho territorial de Jaca, Huesca, Borja y Zaragoza. El octavo libro de dicha compilación se refiere exclusivamente a la materia penal, y en él se encuentran disposiciones tan rigurosas que en una de ellas se dispuso que si por alguna circunstancia algún carcelero era engañado y, por tanto, el reo lograba escapar, el propio carcelero sería merecedor de la misma pena que estaba cumpliendo el prófugo. Sin embargo, es significativo hacer notar que debido a la influencia de la Iglesia, a través del Concilio de Letrán de 1215, quedaron abolidas las ordalías del hierro candente y del agua hirviendo, así como la individualización de las penas, de tal forma que los delitos cometidos por un sujeto no trascenderían a la familia del mismo.[4]

En el Fuero de Teruel se observa ya la tendencia a establecer la igualdad estamental, al prescribir que infanzones y villanos debían regirse por un mismo ordenamiento, aplicándose éste de manera indistinta a todas las capas de la sociedad, así como, en lo que se refiere a la orden penal, subsistía la venganza privada.[5]

Si bien es cierto que dentro del llamado Fuero de Teruel se pretendía la aplicación de la ley de manera indistinta, se observa también la existencia de ciertas prácticas contrarias a la dignidad del hombre, a las que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores.

A) *Proceso de Manifestación*

Sin duda alguna, esta institución es de gran importancia, pues se le ha considerado como uno de los antecedentes del moderno juicio de amparo.

El origen de la "manifestación", de acuerdo con la doctrina aragonesa se remonta al derecho romano, en particular al Código Teodosiano. Su apari-

[3] *Ibidem.*

[4] Lalinde Abadía, Jesús: *Los Fueros de Aragón*, 3a. ed., Zaragoza, España, Librería General, 1979, p. 60.

[5] *Idem.* pp. 62 y 64.

ción en Aragón data de los Fueros promulgados en Ejea de los Caballeros, en 1265, en donde aparece por primera vez la figura del "justicia" fungiendo como juez intermedio entre la nobleza y el rey, aplicándose sin distinción a nobleza y estado llano en el año de 1283. El proceso de manifestación tenía una naturaleza procesal mixta y era fundamentalmente un proceso cautelar destinado a proteger al preso, o supuesto delincuente, para que no se le infiriese agravio (especialmente la tortura considerada en aquella época como medio ordinario de obtener prueba). No se trataba de rehuir a la jurisdicción ordinaria del juez, ni de liberar incondicionalmente al preso, sino más bien constituía una medida para evitar la violencia. La "manifestación" propiamente dicha era de dos clases: la de bienes y la de personas, a esta última nos referiremos ampliamente durante el desarrollo del presente estudio. En este orden de ideas el proceso de "manifestación" relativo a las personas:

> Consistía en la potestad del justicia y de sus lugartenientes de emitir una orden o mandato, dirigido a cualquier juez o persona que tuviera a otra detenida o presa, pendiente o no de proceso, de que se le entregase, a fin de que no se le hiciese violencia alguna contra ella antes de que se dictase sentencia; y examinando dicho proceso o acto, sino fuera contra fuero, se devolvía el preso a la citada autoridad para que juzgase o ejecutase su sentencia; mas si el acto o proceso eran desaforados, no se devolvía al preso, sino se le ponía en libertad.[6]

Ahora bien, existieron tres formas de garantizar la custodia cautelar del manifestado, con el objeto de que el preso, una vez beneficiado por dicho recurso, no evadiese un proceso legal, éstas fueron: cárcel especial, casa particular por cárcel, dada por el justicia y fianza.

a) En cuanto a la cárcel especial, en el Fuero I, *De Manifestationibus Personarum*, dado en Teruel en 1428, se acordó que el justicia debía mantener en prisión bajo su jurisdicción al manifestado. Así, se creó un establecimiento de carácter preventivo, que se diferenciaba de las penitenciarías comunes de la época la conocida "Cárcel de los Manifestados" en Zaragoza, creada por el Fuero de Calatayud en que las únicas personas autorizadas para ejercer jurisdicción eran el justicia y sus lugartenientes, de ello se infiere que ni el rey ni ningún otro funcionario podían entrometerse en dichos establecimientos. Se observa claramente que la finalidad era evitar a toda costa el uso de la violencia, para lo cual se determinó, así mismo, que los interrogatorios se celebraran en el seno de la propia cárcel.

b) Otra función que se le otorgó al justicia fue la de "dar su casa por cárcel", dicha disposición fue creada por los Fueros de 1428 y 1461, relativos a la creación de la "Cárcel de los Manifestados"; de la misma forma se estableció que el juez ordinario debía realizar los interrogatorios del manifestado, bajo la estricta jurisdicción del justicia y no la suya.

[6] Fairén Guillén, Víctor: *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*, México, U.N.A.M., 1971.

c) La tercera alternativa del justicia (aún prohibida en el Fuero de 1428), concedida por las Cortes de Alcañiz de 1436, fue el establecimiento de la libertad del manifestado bajo fianza, referida no al proceso de fondo sino de manifestación. La existencia de dicha prerrogativa en manos del justicia, fue prohibida tiempo después cuando Felipe II, en 1592, erradicó las Cortes de Tarazona.[7]

Por lo que se refiere al procedimiento de manifestación, éste surtía efecto suspensivo sobre las sentencias dictadas por los jueces ordinarios, pero no impedía a éstos continuar con el proceso; sin embargo, una vez dictada la sentencia, si ésta era condenatoria, los jueces que la pronunciaban debían acudir ante el justicia, donde se continuaría el proceso de manifestación, realizándose de manera acusatoria entre los acusadores y jueces, por un lado, y el manifestado y condenado, por el otro. En este orden de cosas el justicia dictaba su sentencia, del tribunal ordinario; en caso de ser anulatoria la sentencia se ponía en libertad al acusado, en caso contrario se entregaba al preso para que fuera ejecutado.[8]

La manifestación adquiría características especiales bajo determinadas circunstancias, favorables al manifestado, que se denominaba vía privilegiada, la cual tenía como objeto la liberación inmediata del apresado por encontrarse éste ante situaciones muy específicas tales como:

Si una persona era apresada y con ello se violaba una firma que la amparaba; cuando esta persona manifieste ante el justicia que quiso presentar firma y no se lo permitieron, el justicia debería ponerla en libertad en un plazo de dos días; si fuera apresada por juez incompetente; si presa y manifestada, no se produce demanda criminal contra la misma en el plazo de tres días, etcétera.[9]

Por último, es pertinente asentar que el proceso de manifestación desapareció al entrar en vigor en Aragón la legislación penal castellana por Decreto de Nueva Planta el 29 de junio de 1707.

Con lo expuesto en los párrafos anteriores se ha querido demostrar que en los Fueros de Aragón existió el reconocimiento a ciertos derechos, sin que por ello hayamos pretendido encontrar en ellos los modernos derechos del hombre.

3. ANTECEDENTES INGLESES

A) *Carta Magna de 1215*

La *Magna Charta Libertarum* es sin duda uno de los documentos medievales de mayor trascendencia y el más importante dentro de la evolución del reconocimiento de los derechos humanos durante esa época.

[7] Fairén Guillén, Víctor: "Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre", *Revista Argentina de Derecho Procesal*, Tucumán, Argentina, núm. 2, abril-junio 1969, pp. 191-192.

[8] Fairén Guillén, Víctor: *Op. cit., supra*, nota 6, p. 98.

[9] Fairén Guillén, Víctor: *Op. cit., supra*, nota 7, pp. 195-196.

El surgimiento de la Carta Magna fue producto de una protesta contra el gobierno arbitrario del rey Juan Sin Tierra. Los abusos se reflejaban en el incremento de las obligaciones feudales (tributos) y a la disminución de los derechos y los privilegios. El reinado de Juan Sin Tierra se puede dividir en tres periodos —cada uno de los cuales está marcado por su notable ineficiencia para gobernar—; la guerra contra Francia, la disputa con la Iglesia y la crisis con los barones.[10]

En este ambiente surge la Carta Magna como un documento jurídico tendiente a limitar el poder arbitrario del rey; en ésta se ha dado gran importancia a la protección de las libertades individuales y se ha acudido a ella cuando se han visto amenazadas tales libertades por un poder despótico.

> Su estructura es compleja con un minucioso detalle de los derechos concretos que el rey garantiza y de los titulares, también concretos, de esos derechos; en su síntesis puede verse la raíz de esos dos principios que han de ser el tema de discusión política de la historia inglesa hasta fines del siglo XVIII: el sometimiento del rey al derecho y al carácter voluntario de los auxilios financieros que percibe el monarca concedidos contractualmente como contraprestación de la garantía de esos derechos.[11]

Resulta complicado ubicar a la Carta Magna dentro de una categoría particular en el derecho moderno, pues no se trata de una constitución, tal y como lo entendemos en la actualidad ya que no presentaba a sus órganos de gobierno y no definía sus poderes; no fue un tratado, puesto que no se llegó a un convenio entre dos poderes soberanos, y tampoco se le puede considerar como un acto legislativo ordinario. La descripción más acertada posiblemente sea la de un pacto celebrado entre el rey y los barones, cuya finalidad era el reconocimiento de ciertos derechos muy específicos que el rey había violado.

Por lo que se refiere al texto de la Carta Magna, reviste gran interés la cláusula 39 conocida en la actualidad como la garantía de audiencia la cual durante el reinado de Enrique III se transformó en la disposición 29, que establece: "Ningún hombre libre deberá ser puesto en prisión, detenido o desposeído de sus bienes sin previo juicio". Ninguna cláusula de la Carta Magna ha tenido tanta trascendencia y significación en el proceso histórico de evolución de los derechos humanos como la referida disposición, la cual, será retomada por los posteriores documentos ingleses, y repercutirá en él las declaraciones de derechos de las colonias inglesas de Norteamérica. La base sobre la cual descansa la mencionada cláusula es uno de los principios más antiguos de la ley inglesa que establece que todo hombre ha de ser juzgado

[10] Perry, Richard L. y Cooper, John C: *Sources of Our Liberties*, 3a. ed., Chicago, American Bar Foundation, 1962, pp. 1-4.

[11] Sánchez Agesta, Luis: *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 6a. ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1976, p. 113.

por sus iguales, de donde se desprende que un noble no debe ser juzgado por un vasallo y éste a su vez por uno de menor jerarquía.

La cláusula de legalidad consagrada en la Carta Magna marcó el inicio de una profunda transformación en las relaciones entre el rey, cuyo poder se restringió, y los súbditos ingleses, quienes quedaron protegidos por la ley contra todo acto arbitrario del soberano.

El resto de las disposiciones de la Carta Magna, sus 63 artículos, se refieren al sistema feudal; sin embargo, encontramos algunas disposiciones de gran interés: por ejemplo, la cláusula 40, complemento de la disposición 39, establece el principio de que "a nadie se le venderá, negará o retrasará su derecho a la justicia". De este principio se desprende que "toda persona tiene acceso a la justicia"; sin embargo, por lo expuesto anteriormente, dichas disposiciones iban dirigidas únicamente a ciertos grupos sociales, por lo cual no tenían una observancia general. No obstante, lo relevante de dicha disposición es que reconoce varios derechos a los cuales se les ha dado un marco jurídico. Asimismo, encontramos consagrado un esbozo, muy precario, de lo que en la actualidad se denomina libertad de tránsito, al disponer la cláusula 13 de la citada Carta Magna lo siguiente:

> La ciudad de Londres deberá tener todas sus libertades ancestrales y costumbres libres, ya sea por tierra como por agua; además concederemos a todas las ciudades, cercanías y villas todas sus libertades y costumbres libres.[12]

Lo anterior tiene como complemento la cláusula 40 relativa a la libertad de los mercaderes para entrar y salir de Inglaterra ya sea por agua o por tierra.

No es, pues, en síntesis, la Carta Magna, a nuestro juicio, sino un convenio celebrado entre una aristocracia feudal y el rey, mediante el cual se establecen contraprestaciones o derechos garantizados y nacidos de la costumbre. Descansando su valor político en una idea legendaria.

B) *Petition of Rights 1628*

Dicho documento al igual que la Carta Magna, surge como respuesta a los atropellos cometidos durante el reinado de Carlos I.

En este orden de cosas, la situación económica por la cual atravesaba el país era desastrosa, por tal motivo el rey emitió una serie de medidas tendentes a recabar dinero para hacerle frente a la situación. En julio de 1626 emitió una carta, en la que apelaba la buena fe de los súbditos, solicitando cierta cantidad de dinero a manera de donación, sin embargo, dicho pedimento no tuvo éxito, por lo cual el rey creó inmediatamente, por decreto, un tributo que fue denominado "impuesto de la tasa de tanto por libra de peso y tonelaje", dicho gravamen se aplicaba en la importación y exportación.

[12] Perry, Richard L: *Op. cit., supra* nota 10, p. 10

En septiembre del mismo año el rey nombró una comisión que se encargaría de recolectar un préstamo forzoso; y aquellos que se rehusaron a pagar el préstamo fueron puestos en prisión por órdenes del rey. Dentro de éstos habían miembros de familias muy antiguas e influyentes. Bajo estas circunstancias llevaron al tribunal el problema de la legalidad del aprisionamiento en un escrito de *habeas corpus*. Este proceso sería conocido como el "Caso de los Cinco Caballeros", el cual llegó a ser de cardinal importancia en los derechos humanos al enfocarse sobre el derecho de la libertad personal, y condujo directamente a la Petición de Derechos.

Había gran inconformidad por el hospedaje forzado de soldados en casas particulares, lo cual afectaba los derechos del individuo, al grado de que en algunas ocasiones se les aplicaba la ley marcial a los civiles que se negaban a darlo. La Cámara de los Comunes dirigida por su líder intelectual, Sir Edward Coke, decidió emitir un documento en que se revivían los viejos principios de la constitución inglesa, en él se adoptaron tres resoluciones: el establecimiento del *habeas corpus* como derecho de todo sujeto; la limitación de la facultad de crear tributos del rey, sujetándola a la aprobación del Parlamento, y la protesta contra el acuartelamiento de tropas en casas particulares; por su parte, la Cámara de los Lores coincidía en lo substancial con la propuesta de los Comunes, sin embargo, tenían ciertas reservas. Ante las circunstancias el rey juró cumplir la Carta Magna y los demás estatutos en los cuales se había instituido en la libertad del individuo. No obstante la promesa del rey, los Comunes se mostraron desconfiados de la palabra del monarca y procedieron a preparar un documento destinado a salvaguardar las libertades del sujeto, cuyo fin principal era darle un marco jurídico a través del reconocimiento del soberano. El referido documento se sometió a la consideración del Parlamento, el cual después de acaloradas discusiones aprobó el documento. La respuesta del rey Carlos, después de haber consultado con sus consejeros acerca del efecto legal, fue en términos ambiguos. Tiempo después la brecha entre Parlamento y rey se profundizó a tal grado, que el rey en 1629 disolvió al Parlamento y no fue convocado ningún otro por un periodo de once años.[13]

De lo expuesto anteriormente, se infiere que dicho documento contiene amplia enumeración de derechos y libertades que el Parlamento consideraba eran violados y deseaba ver respetados por el rey; derechos tales como la aprobación de los tributos por el Parlamento y el principio de seguridad personal, complementado por la petición de *habeas corpus*,[14] el cual se consolidaría definitivamente en el año de 1679 como veremos a continuación.

[13] Perry, Richard L.: *Op. cit., supra* nota 10, pp. 62-72.

[14] *Ibidem.*

C) *Ley de habeas corpus 1679*

Para Fix-Zamudio:

> La institución del habeas corpus debe considerarse como el germen fundamental, de la protección procesal de los derechos fundamentales de la libertad humana, especialmente en cuanto a su carácter físico o de movimiento, por ello ha recibido con justicia el calificativo de el *Gran Writ.*[15]

El origen del *habeas corpus* es incierto, sin embargo, su origen podría remontarse al interdicto romano *homo libero exhibendo.*[16]

Algunos autores han pretendido encontrar el origen del *habeas corpus* en la Carta Magna de 1215, en su capítulo 39 relativo al debido proceso legal, pero en realidad, ha sido considerado como un precepto de carácter sustantivo y no procesal, y por ello se le ha ponderado como un intento de establecer una garantía de seguridad de carácter estamental.[17]

Durante la época medieval los tribunales articularon, a través de una serie de escritos tendentes a asegurar la libertad de los prisioneros bajo fianza, en cierto tipo de casos. A pesar de estos intentos dichos documentos no tuvieron gran efectividad, por lo cual rápidamente cayeron en desuso a finales del siglo XVI. Por ello, cuando la libertad del sujeto se veía amenazada por el despotismo de los reyes Estuardo en el siglo XVIII, los abogados de aquel entonces recurrían constantemente al escrito de *habeas corpus* como el mejor remedio para evitar las aprehensiones arbitrarias.[18] No es sino hasta 1679 cuando la mencionada institución adquiere su verdadera relevancia como resultado de las pugnas existentes entre el Parlamento y los Estuardo: es en este año precisamente cuando se refuerza el uso del escrito de *habeas corpus* como medio efectivo aplicable en todos los casos. Importantes acontecimientos coadyuvaron a la consolidación de esta institución como fue la abolición de la *Star Chamber* expedida por el Parlamento en 1641. La naturaleza del *Star Chamber* era la de un tribunal administrativo estrechamente vinculado a la Corona: no obstante su carácter administrativo, ejercía atribuciones propias de un tribunal judicial, razón por la cual se cometían una serie de abusos contra los ciudadanos. Fue en el siglo XVIII cuando se conformó la tutela procesal de la libertad personal del *habeas corpus*, el cual procedía inclusive contra órdenes de aprehensión dictadas por el rey, aunque se exceptuaban las detenciones por delitos graves, por alta traición y por deudas civiles; no obstante, en estos dos últimos casos la Corona se encontraba obligada a consignar ante los tribunales correspondientes a los detenidos.[19] La ley del *habeas corpus* de 1679 no creó ningún derecho, sino lo que

[15] Fix Zamudio, Héctor: *La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales*, Madrid, U.N.A.M., Editorial Civitas, 1982, p. 61.

[16] *Idem.*, pp. 61-62.

[17] *Ibidem.*

[18] Perry, Richard L.: *Op. cit., supra* nota 10, p. 190.

[19] Fix Zamudio, Héctor: *Op. cit.*, p.63.

hizo fue reforzar un principio ya existente para proporcionar de esta manera el amparo más efectivo para la libertad individual; hecho importante es la prohibición de los encarcelamientos realizados en ultramar, lo cual significó el robustecimiento del escrito de *habeas corpus*.[20]

Por último, en relación a esta institución, sólo resta hacer hincapié en el carácter contractual del *habeas corpus*, común denominador de los distintos documentos medievales, pues debe entenderse que sus cláusulas eran aplicables a los súbditos del reino en su condición de hombres libres, no obstante, que en el propio *habeas corpus* no se haga distinción alguna entre personas libres y esclavos. Sin embargo, la trascendencia de esta ley radica, como lo señala atinadamente el maestro Fix Zamudio, en su excepcional influencia sobre gran parte de las legislaciones de los países del orbe, así como por establecimiento de las bases esenciales de este instrumento procesal.

D) *Bill of Rights de 1689*

La *Declaración de Derechos (Bill of Rights)* inglesa es el resultado de una intensa lucha del pueblo inglés contra el absolutismo de Jaime II; dicha declaración fue promulgada el 16 de diciembre de 1689 con el triunfo de la llamada "Gloriosa Revolución". El 30 de junio anterior un grupo de liberales y conservadores elevaron una súplica a Guillermo de Orange para que contribuyera a la restauración de las libertades para los ingleses y terminar así con el absolutismo de Jaime II.

Guillermo de Orange invadió Inglaterra y marchó sin oposición hasta Londres, en donde el ejército de Jaime II fue derrotado y éste abandonó el país. Ante el vacío de poder, Guillermo de Orange constituyó un gobierno provisional, y envió mensajes a los diferentes municipios para que en éstos se eligieran representantes que participaran en una convención, la cual se denominó "Convención Parlamentaria", y en la que se proclamó a Guillermo de Orange y su esposa María (hija de Jaime II) reyes de Inglaterra.

El *Bill of Rights* fue el principal documento que se obtuvo de la Revolución, constituyéndose en la condición bajo la cual la Corona fue ofrecida.[21] Si bien es cierto que en el Bill of Rights se aseguran y reafirman antiguos derechos y libertades reconocidos anteriormente, el rasgo que lo diferencia de los anteriores documentos medievales es su enunciado general; esto es, en la Carta Magna las libertades ya no son concebidas como exclusivas y estamentales en régimen de derecho privado, sino como libertades generales en el ámbito del derecho público.[22]

> Los trece puntos que contiene la Carta de Derechos inglesa presentan los principios esenciales en que se había de basar la Constitución Británica hasta fines del siglo XIX.[23]

[20] Perry, Richard L.: *Op. cit., supra* nota 10, pp. 193-194.
[21] Perry, Richard L.: *Op. cit.*, p. 222.
[22] Pérez Luño, Antonio Enrique: *Op. cit.*, supra, nota 2, pp. 24-25.
[23] Sánchez Agesta, Luis: *Op. cit.*, supra, nota 11, p. 116.

El significado general del *Bill of Rights* se traduce en los siguientes aspectos: la supremacía del Parlamento sobre el llamado derecho divino de los reyes, en este sentido las facultades reales se vieron reducidas y la posesión de la Corona se convirtió en un derecho estatutario y dejó de ser derecho hereditario; en materia de libertad de cultos se generó un notable desarrollo al establecerse la tolerancia hacia las diversas confesiones protestantes (no así la católica), a la cual se le otorgó reconocimiento formal como parte de la ley de la tierra; se prohibió expresamente al rey efectuar actos contra derecho, así como suspender o dispensar la ejecución de las leyes; estableció la libertad para la elección de los miembros del parlamento; asimismo, instituyó la libertad de expresión en el seno del parlamento; se prohibió el establecimiento de fianzas excesivas al decretar la libertad caucional de los detenidos (con ello se intentó evitar los defectos en los que había incurrido la institución del *habeas corpus*, sobre todo en el reinado absolutista de Jaime II en que se imponían fianzas en cantidades estratosféricas, que los detenidos no podían cubrir); en relación a la imposición de penas se estipuló que éstas no deberían ser crueles ni desusadas, basándose en el principio de la ley inglesa de que el castigo debería ser proporcional al crimen (sin embargo, los castigos de tortura, mutilación, flagelación y marcas fueron considerados legales en determinadas circunstancias); se prohibió al rey el mantenimiento de un ejército en tiempo de paz y se estableció que dichos ejércitos no autorizados por el Parlamento serían considerados ilegales; se instauró el derecho de petición de los súbditos hacia el rey, señalándose como ilegales todas aquellas persecuciones contra los peticionarios; en materia de impuestos se reafirmó el principio que limitaba la facultad para crear tributos del rey, la cual quedaba a la aprobación del Parlamento y, por último en materia de libertad de imprenta, ésta quedó sujeta al otorgamiento de licencias, por considerar que al no existir un control de la misma se atentaría contra la religión y el Estado.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se infiere la cardinal influencia que el documento inglés de 1689 tuvo en la redacción de las declaraciones de derechos norteamericanos, y se puede afirmar que el *Bill of Rights* inglés constituye la etapa de transición entre los documentos medievales, ya referidos, y las modernas declaraciones de derechos del siglo XVIII.

4. DECLARACIONES NORTEAMERICANAS

Las primeras declaraciones de derechos en el sentido moderno son, sin lugar a duda, los *bills* de las colonias establecidas en el norte de América, al separarse la metrópoli, aunque influido por el *Common Law* británico, a través de los diferentes documentos ingleses como la Carta Magna, *Petition of Rights;* todos ellos, documentos de corte medieval (detallados en párrafos anteriores); sin embargo, en las modernas declaraciones de derechos se encuentra una importante transformación sobre los caracteres de los documentos medievales. Así, las características de las modernas declaraciones son: *a)* en el plano filosófico se produce un paulatino abandono de la justificación

tradicional e histórica de las libertades, y se refuerza con los principios esenciales de la ideología iusnaturalista racional, de signo individualista y liberal; *b)* por lo que se refiere a la titularidad de tales derechos se plantean como comunes a todos los ciudadanos o a todos los hombres, por el hecho de serlo y no solamente a los miembros de un estamento o clase social; *c)* finalmente, respecto a su estructura jurídica, se observa una mayor perfección.[24]

A) *La Constitución de Virginia de 1776*

> Es perfectamente lógico que fuesen los Estados Unidos de América del Norte, sin resabios medievales, y en donde la vida era una aventura creadora, el país donde se efectuara la primera declaración completa de los derechos del hombre, ya no con carácter negativo o en forma de limitaciones al poder público, sino como la afirmación positiva y rotunda de la personalidad humana y el reconocimiento explícito de los derechos que le son inherentes.[25]

El mérito de ser la primera declaración de derechos, en sentido moderno, corresponde a la constitución de Virginia (aprobada por la Convención reunida en Williamsburg el 29 de junio de 1776), la cual llevaba a manera de preámbulo un solemne *Bill of Rights* cuya redacción fue esquematizada por George Mason, hacendado próspero del condado del Fairfax, Virginia, quien ocupó el lugar de George Washington en la Convención.[26]

La Declaración de Virginia fue un verdadero modelo para el resto de los estados particulares de la Unión Norteamericana, así como, para el constituyente federal norteamericano, que tuvo lugar tres semanas después.

Por lo que respecta a los derechos proclamados en la Declaración de Virginia, cabe señalar la importancia que reviste el artículo primero de la mencionada Declaración, el cual dice:

> Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.[27]

En este precepto se observa la influencia de la doctrina iusnaturalista con rasgos racionalistas, pues en él existen el reconocimiento de ciertos derechos

[24] Pérez Luño, Antonio Enrique: *Op. cit.*, supra nota 2, p. 242

[25] Sánchez Viamonte, Carlos: *Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa*, Prólogo de Mario de la Cueva, México, U.N.A.M., 1956, p. 27.

[26] Perry, Richard L.: op. cit., supra, nota 10, p. 302.

[27] Jellinek, Jorge: *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid, Victoriano Suárez, 1908, p. 114.

naturales, imprescriptibles, e inalienables, inherentes al hombre relativos a la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y la búsqueda de la felicidad.

Asimismo, a lo largo de la declaración se encuentran consagrados los principios relativos a la división de poderes, el principio electivo de las magistraturas, la existencia del jurado en los juicios criminales, y la libertad de prensa —con la cual se produjo un interesante cambio al abolirse el sistema de licencias creado por la Cámara de la Estrella, cuya vigencia se extendió hasta 1965—; no obstante prevaleció la estricta ley de rebeldía y calumnia que limitó el ejercicio de la libertad de imprenta.

La Carta de Derechos de Virginia ha sido considerada como una de las fuentes más importantes de las diez enmiendas de la Constitución Norteamericana, y ejerció una influencia aún más directa sobre las primeras cartas de derechos adoptadas por los demás Estados.[28]

Sin embargo, en las otras constituciones existen disposiciones distintas a la de Virginia y en ocasiones se encuentran innovaciones. Después de la constitución de Virginia se formularon declaraciones de derechos en las constituciones de: Pennsylvania, de 28 de septiembre de 1776 (una de las más completas constituciones en materia de declaración de derechos); Carolina del Norte, de 18 de diciembre de 1776; Vermont, de 8 de julio de 1777; Massachussetts, de 2 de marzo de 1780 y New Hampshire, de 31 de octubre de 1784.

Por lo que respecta a las constituciones de los Estados de Nueva Jersey, Carolina del Sur, Georgia y Nueva York, éstas no contenían una declaración expresa de derechos: no obstante esta situación varios preceptos de estas constituciones aludan a ciertos derechos del hombre, se destaca en este sentido la constitución del estado de Nueva York por reconocer de manera tajante la libertad religiosa.[29]

Jellinek, a cuyo criterio nos adherimos, señala que la declaración de derechos de Virginia no se circunscribe a los principios rectores de la organización pública, sino que va más allá y reconoce ciertos derechos naturales pertenecientes a las generaciones presentes y futuras, encaminados a establecer la frontera entre el individuo y el Estado, en tanto que el individuo no debe al Estado sino a su condición de hombre los derechos inviolables e inalienables que posee.[30]

B) *Declaración de Independencia de las Colonias de Norteamérica*

La Declaración de Independencia norteamericana, de 4 de julio de 1776, es considerada por algunos autores como la primera exposición de derechos del hombre y letra:

[28] Perry, Richard L.: *Op. cit.*, supra nota 10, p. 309.

[29] Jellinek, Jorge: *Op. cit.*, supra nota 26, p. 115.

[30] *Idem.*, p. 59.

Consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las verdades siguientes: que todos los hombres han nacido iguales; que han sido dotados por el creador con ciertos derechos inalienables; que entre esos derechos deben colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; para que se asegurase el goce de esos derechos, los hombres han establecido entre sí gobiernos cuya justa autoridad emana el consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno resulte contraria a los fines para los cuales fue establecida, el pueblo tiene el derecho de abolirla o cambiarla y de instituir un nuevo gobierno, estableciendo sus fundamentos sobre los principios y organizando sus poderes en la forma que más propia le parezca procurarle la seguridad o la felicidad.[31]

Del análisis de esta declaración resulta difícil inferir que establezca un sistema de derechos; se refiere, más bien, a una proposición en la cual es notoria la influencia iusnaturalista, que marca el punto de partida para las sucesivas declaraciones de dos nacientes Estados soberanos.[32] A este respecto Jellinek hace notar que el "Congreso de la Confederación de los Estados liberales norteamericanos no se encontraba en posibilidades de dictar reglas de derecho con fuerza obligatoria para las colonias particulares, que se habían elevado al rango de Estados soberanos";[33] asimismo, afirma que la Declaración de Independencia de las Colonias de Norteamérica no se parece en su estructura a una declaración de derechos, y añade que en dicha declaración sólo se encuentran expresados el principio de soberanía nacional y el derecho de cambiar la forma de gobierno, de la cual resultaba que los demás derechos se encontraban contenidos de manera implícita en la enumeración de las violaciones de derechos, en virtud de los cuales debe justificarse su separación de la metrópoli.[34]

Resulta oportuno ahora referirnos a la carta que escribiera Jefferson a Henry Lee el 8 de mayo de 1829, en la cual Jefferson manifiesta:

Que el objeto de la Independencia no consistió en encontrar nuevos principios o nuevos argumentos que nadie hubiera pensado antes, ni siquiera en decir cosas que nadie hubiera dicho; sino en presentar ante la humanidad el sentido común de la cuestión en términos tan llanos y firmes que obligaran al asentimiento. . . No aspirando a la originalidad de principio o de sentimiento, no siendo copia de otro particular escrito anterior, se quiso que fuera una excepción del pensamiento norteamericano, y que esta expresara el tono apropiado y el espíritu que la ocasión demandaba.[35]

[31] Hervada, Javier y Zumaquero, José M.: Textos Internacionales de Derechos Humanos, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1978, p 36.

[32] Pérez Luño, Antonio Enrique: *Op. cit.*, supra, nota 2, p. 243.

[33] Jellinek, Jorge: *Op. cit.*, supra, nota 28, p. 107.

[34] *Ibidem.*

[35] Jefferson, citado por Carrillo Prieto, Ignacio: *La Ideología Jurídica en la Constitución del Estado Mexicano 1812-1824*, México, U.N.A.M., 1981, p. 54.

Por lo expuesto anteriormente reiteramos que, sin lugar a dudas, la primera vez que se dio una Declaración de Derechos Humanos en la historia fue en la constitución del estado de Virginia de 12 de junio de 1776.

C) *Constitución Federal Norteamericana de 1787*

La Constitución Federal Norteamericana de 1787 fue aprobada el 17 de septiembre y entró en vigor en 1789, con la ratificación del noveno estado miembro; Rhode Island aprobó a través de una convención especial la constitución federal hasta 1790.

El texto aprobado por la Convención de Filadelfia en 1787 presenta una sinopsis breve y sistemática de la organización política de Estados Unidos; sin duda alguna sus 7500 palabras y sus 25 enmiendas la hacen ser la constitución más breve del mundo;[36] en sus casi dos siglos de vigencia se han expedido, para modificar y ampliar su texto, solamente 25 reformas, de las cuales las diez primeras, aprobadas en 1791, constituyen prácticamente una declaración de derechos humanos.[37] Como se puede observar, la constitución federal norteamericana adoleció en un principio de una declaración de derechos; seguramente los redactores de la Constitución consideraron pertinente dejar al margen de ésta como competencia constitucional de los estados. A este respecto resulta interesante mencionar cuáles fueron las causas por las que no se incluyó en la constitución federal de 1787 una declaración de derechos, y que originó al momento de su ratificación los más enconados debates.

La Carta de Derechos apenas había sido discutida en la Convención de Filadelfia como señaló Wilson,[38] nunca había pasado por la mente de ningún miembro de la Convención, hasta que George Mason, casi como un pensamiento tardío, trajo a colación la cuestión relativa de la inserción de una declaración de derechos de la constitución federal norteamericana de 1787. En este sentido los antifederalistas aprovecharon esta coyuntura que se les presentaba para atacar al sistema federal; por carecer de una declaración de derechos, los opositores del sistema federal, consideraron que la declaración de derechos serviría de barrera entre el gobierno general y los respectivos estados y sus ciudadanos. ¿Por qué no fue introducida una carta de derechos en la constitución?, se preguntaban los antifederalistas; ¿dónde está la seguridad?, ¿dónde quedó trazada la línea de demarcación entre el gobierno y los derechos de los ciudadanos? Quizás la no inclusión de un *bill of rights* fue el punto más vulnerable de la Constitución Federal.[39]

Por su parte los federalistas creyeron que la postura antifederalista traía consigo la intención de diluir el poder de el gobierno nacional a favor de los

[36] Sánchez Agesta, Luis: *Op. cit.*, supra, nota 11, p. 36.

[37] Biscaretti Di Ruffia, Paolo: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, trad. de Héctor Fix Zamudio, México. Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 91.

[38] Wood, Gordon S.: *The Creation of the American Republic 1776-1787*, New York, Institute of Early American History and Culture, 1972, p. 536.

[39] *Ibidem.*

estados. De tal forma los federalistas argumentaban que una carta de derechos no era necesaria, pues ésta había sido violada en repetidas ocasiones en los diferentes estados. Además llegaron a considerar como peligrosa una enumeración de derechos del pueblo, pues se podía incurrir en la omisión de algún derecho, lo cual sería algo grave. Wilson reiteraba que no había necesidad de una carta de derechos, ya que todo el poder no estaba delegado expresamente en el gobierno federal, sino más bien se encontraba reservado al pueblo; por tanto, consideró que el gobierno federal era producto de una delegación parcial del poder supremo del pueblo, y que en este sentido una declaración de derechos resultaba absurda y superflua al reservar en una declaración los derechos pertenecientes al pueblo. Los argumentos de Wilson, repetidos en diversos lugares, partían del principio que todo el poder supremo se encuentra en el pueblo y se deriva inmediatamente de él.[40]

Entre mayor era la alusión que hacían los antifederalistas a los *bills of rights* de las constituciones americanas más antiguas, los federalistas veían la necesidad de una carta de derechos. Jefferson señaló que la inexistencia de una carta de derechos era un gran inconveniente para aceptar la Constitución. Junto con él un número notable de federalistas acordaron la necesidad de declarar por escrito las libertades fundamentales del pueblo.[41] Para el verano de 1788 Madison se rindió ante la presión y, en 1789, aceptó que una carta de derechos podría servir para un doble propósito; por una parte se satisfaría a la oposición y por otra se crearía mayor seguridad sobre la libertad.

Si por su parte la Convención federal cometió un error táctico al no introducir una carta de derechos en la constitución, los antifederalistas hicieron otro tanto al centrar sus ataques en una cuestión a la cual los federalistas no eran completamente contrarios. Una vez de acuerdo los federalistas con la carta de derechos, el camino hacia la ratificación de la constitución se allanó y enfocaron la atención de los congresistas sobre la carta de derechos.[42] Finalmente Madison, como miembro de la Casa de los Representantes, fue quien introdujo las esperadas enmiendas, el 8 de junio de 1789, a las que nos vamos a referir a continuación.

D) *Diez Primeras Enmiendas*

Como se señaló anteriormente, la constitución federal norteamericana no contempló una carta de derechos al momento de su redacción, por lo cual se incorporó las diez primeras enmiendas que constituyen una declaración de los derechos del hombre, las que fueron formuladas en sentido negativo, esto es, como limitaciones de los Poderes de la Unión, y de la competencia de los estados.

[40] Wood, Gordon S.: *Op. cit.*, pp. 537-538.

[41] *Idem.*, pp. 538-540.

[42] Perry, Richard L.: *Op. cit.*, supra, nota 10, p. 241.

Varios aspectos[43] caracterizan a los derechos individuales dentro del contexto norteamericano: a) su garantía, amplitud o restricción dependen, ante todo, de la interpretación judicial, que en ocasiones ha cambiado el sentido de la constitución; b) el realce que ha tenido el derecho de propiedad en los últimos años; c) el marcado individualismo en la interpretación de esos derechos, lo que ha sido un fuerte impedimento para la existencia efectiva de ciertos derechos sociales establecidos por la legislación ordinaria; d) la práctica discriminatoria, en algunos estados, para los negros y otros grupos étnicos (particularmente mexicanos) en el goce de varios derechos individuales; e) la imposibilidad de ocupar ciertos cargos públicos a aquellos individuos que profesan determinados idearios políticos.

Pasemos ahora al análisis de las diez enmiendas propiamente dichas.

La primera enmienda establece la libertad de religión, de expresión y de prensa y su texto dice: "El Congreso no emitirá ninguna ley que establezca una religión nacional o prohíba el libre ejercicio de cualquier otra; así mismo no se restringirá al pueblo el derecho de hablar, escribir o publicar sus ideas; ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente.

Del precepto anterior se desprende la consagración de las libertades de religión, de expresión, de prensa, de asociación y petición. Por lo que respecta a la libertad de religión en la primera enmienda lo que se hace es reconocer un derecho proclamado con antelación en la *Constitución del Estado de Nueva York;* la proclamación de este derecho era casi inevitable en virtud de que era un derecho por el cual habían luchado incesantemente, desde Inglaterra y ahora particularmente en Norteamérica debido a la gran diversidad de cultos y carecer de una religión mayoritaria. La libertad de prensa, sujeta a ciertas restricciones legales de orden público, es reiterada en esta primera enmienda, ya que fue proclamada anteriormente en la constitución de Virginia, en su sección XII. Los derechos de reunión y petición se refieren al derecho de hacer uso de la calle y otros lugares públicos, así como el de manifestación y petición colectivas.

La segunda enmienda se refiere a la seguridad personal de los norteamericanos; mediante ésta se otorga la posibilidad de portar armas a todo aquel individuo que así lo requiera para proteger su integridad personal.

En la tercera enmienda se alude a la garantía de seguridad personal del domicilio, al establecer que en tiempo de paz no podrá alojarse ningún soldado en hogar alguno; en este tenor está consagrado un viejo principio inglés "La casa es como un castillo", asimismo el *Bill of Rights* inglés ya contemplaba esta disposición.

La cuarta enmienda consagra diferentes prohibiciones, requisitos y exigencias relativas a las garantías de seguridad jurídica, cuyo objetivo era lograr el respeto más efectivo de los derechos fundamentales del ser humano concebidos en los siguientes términos:

> El pueblo tiene el derecho a que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será

[43] Sánchez Agesta, Luis: *Op. cit.*, supra, nota 11, p. 323.

inviolable y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que debe ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

La quinta enmienda consagra la garantía jurisdiccional, al establecer que nadie podrá ser privado de su vida y libertad o propiedad sin el debido proceso legal, cuyo antecedente se remonta a la Carta Magna Inglesa de 1215, en su cláusula 39, como ya se ha mencionado. Asimismo, esta enmienda establece que la propiedad particular podrá ser expropiada previa indemnización siempre y por causa de interés público.

La enmienda sexta se refiere a diversas garantías en el proceso legal en materia penal, establece que todo aquel sujeto perseguido por cuestiones criminales tendrá derecho a un juicio público y expedito por un jurado imparcial del estado o distrito donde fue cometido el delito de acuerdo a una ley previamente establecida, debiendo el acusado ser informado de la naturaleza de la acusación; asimismo deberá carearse a los testigos en contra y en favor del acusado y éste tendrá la ayuda de un abogado defensor. Como se puede observar esta enmienda establece otras tantas garantías de seguridad jurídica, destinadas a salvaguardar de manera eficaz los derechos humanos.

El espíritu de la sexta enmienda contiene el principio de la exacta aplicación de la ley en materia penal, consistente en que la pena que se debe imponer por la comisión de un delito de que se trate; de ello se infiere la prohibición de tribunales especiales. Se establece, además, el juicio por jurados y la impartición de justicia deberá ser pronta y expedita.

La séptima enmienda se refiere a una cuestión debatida por los delegados en la Convención Federal de 1787; Hugh Williamson, de Carolina del Norte, y Elbridge Gerry, de Massachusetts habían "apresurado" la adopción, en la Constitución, de una disposición general para salvaguardar el juicio por jurados en materia civil.[44]

La octava enmienda alude también a la garantía de seguridad al establecer que no podrán fijarse fianzas excesivas, ni penas crueles y desusadas. Este tiene un gran sentido humanitario, el cual había sido contemplado ya en el *Bill of Rights* inglés.

La novena enmienda contiene lo que la doctrina ha dado en llamar garantía implícita, la cual hace la aclaración de que a pesar de la enumeración de ciertos derechos en la Constitución, no significa el desconocimiento de otros derechos del pueblo. Esta disposición deja la puerta abierta para la inserción de otros derechos inherentes al individuo que no han sido enumerados. Como se puede observar el influjo iusnaturalista en este precepto es determinante.

Por último, la décima enmienda se refiere a los poderes que han sido delegados a la federación por la Constitución, no prohibidos a los estados o al pueblo respectivamente. De la lectura del párrafo anterior se infiere la

[44] Perry, Richard L.: *Op. cit., supra,* nota 10, p. 429.

existencia de ciertos derechos reconocidos para la federación y otros para los estados, esto es, el reparto de competencias, y para el reconocimiento de los cuales se ha pretendido realizar una cierta homogeneización a través de la interpretación judicial.

5. DECLARACIONES FRANCESAS

A) *La Polémica doctrinal Jellinek contra Boutmy*

No podíamos pasar por alto el interesante debate sostenido entre el profesor de la Universidad de Heidelberg Jorge Jellinek y el profesor francés Emilio Boutmy, en torno a la originalidad de las declaraciones de derechos. En opinión de Jellinek la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 es hija de los *Bills of Rights* de los Estados de la Unión Norteamericana y especialmente del estado de Virginia. En la Asamblea Nacional, afirma el jurista alemán, fue La Fayette quien, el 11 de julio de 1789, propuso añadir a la Constitución una declaración de derechos presentando al efecto un proyecto; asimismo, es prudente recordar que La Fayette participó activamente en la lucha por la independencia norteamericana, de lo cual se infiere que tuvo presente el modelo norteamericano.

Para Jellinek "la idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo no es de origen político, sino religioso". Fundamenta su tesis diciendo que es menester[45] recordar que el grupo de inmigrantes ingleses era esencialmente puritano; es decir, de la secta religiosa que defendía y aplicaba en la vida de la Iglesia la idea democrática; de la misma manera, es preciso recordar los principios de organización social de los llamados independientes del ejército de Cromwell —sus iglesias autónomas con jerarquías democráticas se fundamentaban en un verdadero pacto, el cual constituía como el acto principal de la consagración: los ministros tenían poder sobre sus fieles, el pueblo por sus ministros y cada miembro de la consagración tenía ciertos derechos y deberes para con sus compañeros.[46] Del contexto religioso se trasladan las ideas al campo político. De lo anterior se llega a inferir que el primer apóstol de la declaración de derechos no fue La Fayette, sino Roger Williams, quien con su entusiasmo religioso emigró hacia las soledades para fundar su imperio sobre la base de la libertad de creencias.[47] Jellinek rechaza al contrato social de Rousseau como fuente de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, pues el contrato se reduce, dice el jurista alemán, a una sola cláusula: la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad. De tal forma que, por virtud del contrato social, el Estado se convierte en señor de todos los bienes de sus miembros, los cuales poseen en carácter de depositarios el bien público. La concepción de un derecho original que el

[45] Jellinek, Jorge: *Op. cit., supra,* nota 26, p. 60.
[46] *Idem.,* pp. 60 y ss.
[47] *Ibidem.*

hombre transfiere a la sociedad y que surge como una limitación jurídica del soberano es rechazada expresamente por Rousseau, quien —al decir de Jellinek— nunca persiguió asegurar a la libertad del individuo una esfera inquebrantable. Por lo tanto, afirma Jellinek, que los principios del contrato social no tan sólo no influyeron en las declaraciones de derechos, sino que por el contrario son absolutamente contrarias a éstas, porque de ellos proviene no el derecho del individuo, sino la supremacía de la "voluntad general", jurídicamente sin límites; por último, el propio Jellinek llega a reconocer la influencia del derecho natural en creación de las aludidas declaraciones.

Por lo que se refiere a la argumentación contraria, el profesor francés Emilio Boutmy, quien fuera el fundador de la Escuela Libre de Ciencias Políticas en Francia, mantuvo la tesis de que las declaraciones francesa y americana fueron producto del gran movimiento de los espíritus del siglo XVIII.

Por lo que toca a los principios del contrato social, Boutmy afirmó que éstos no entran en pugna con la declaración de derechos, en tanto que el contenido del contrato social trae implícito el reconocimiento de ciertos principios tales como la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, la exigencia de que la ley esté fundada en la necesidad de mantener la igualdad entre ellos y el carácter general de aquéllos. El propio Rousseau —sigue diciendo Boutmy— declara que quien renuncia a la libertad va contra la naturaleza humana; esto es, sería tanto como renunciar a la calidad de hombre, pues resulta contradictorio establecer, por una parte, una autoridad y, por otra, una desobediencia sin parámetros. Por lo que respecta a las similitudes que observan las declaraciones norteamericanas y las francesas de 1789, reconoce que existen efectivamente ciertas analogías; sin embargo, agrega el profesor francés, el propósito de los autores era muy diferente. Asimismo, para afirmar su tesis, efectúa un análisis comparativo entre ambas declaraciones, señala las diferencias de tono y alcance entre ambos documentos.[48] Por último, agrega que es significativo comprobar que durante las discusiones sólo se hizo referencia en una ocasión a la Constitución de Virginia. Como se puede observar "ambas tesis resultan compatibles siempre y cuando no se separe unilateralmente la historia de las instituciones.[49]

Por tanto, resultará inaceptable reconocer que la Declaración francesa no se haya basado, desde el punto de vista técnico jurídico, en el modelo norteamericano; el artículo 2º de la declaración francesa de 1789 considera como derechos naturales imprescriptibles y fundamentadores de toda asociación política, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, y reproduce de esta manera la sección primera de las constituciones de Virginia y Massachusetts,[50] las cuales fueron influidas, a su vez, por el pensamiento iusnaturalista-racionalista y por el *Bill of Rights* inglés de

[48] Jellinek, Jorge: *Op. cit., supra,* nota 26, p. 60.
[49] Pérez Luño, Enrique: *Op. cit., supra,* nota 2, p. 246.
[50] *Ibidem.*

1689. Negar tal argumento, es tanto como aceptar la idea de un árbol sin raíces. Justo es asentar que cada una de las declaraciones tuvo su nota distintiva, así como le corresponde a la Constitución de Virginia, de 1776, el mérito de haber sido la primera declaración de derechos en la historia, a la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se le atribuye característica universal, de donde resulta que ambas son producto de coyunturas históricas políticas diferentes.

Finalmente, conviene asentar la concepción de Del Vecchio[51] en torno a este tema, quien considera equivocado desdeñar la interrelación de las diversas declaraciones de derechos de la época, como lo es omitir el aspecto ideológico que originó el ambiente en que se formaron. Se trata, en última instancia —afirma Del Vecchio—, de una batalla de la sociedad contra las estructuras feudales decrépitas, en búsqueda de estructuras políticas acordes con la libre economía basada en el desarrollo de la industria y el comercio.

B) *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*

Francia, como es conocido, atravesaba en aquella época por una situación crítica en lo económico y financiero; asimismo, la monarquía había acentuado su carácter absolutista, y prescindido de la participación de sus súbditos; la última reunión de los Estados Generales (Asamblea de representación estamental, de origen medieval, común a todos los pueblos europeos; concretándose en Francia, se integraba con tres cuerpos o "estados", éstos eran la nobleza, el alto clero y la burguesía u hombres libres, integrado respectivamente, el primero, el segundo y el tercer estado se remontaba a 1614. Ante estas circunstancias el rey Luis XVI, con ánimo reformista, aprobó el proyecto elaborado por su ministro de finanzas, Necker, en Consejo de diciembre de 1778. Dicho programa concede a la nación el derecho de legislar sobre votar el impuesto basándose en el principio de la igualdad, sujeta los gastos públicos a la aprobación de un presupuesto, hace periódicas las reuniones de los Estados Generales —a los cuales somete para su resolución cuestiones de gran trascendencia como la libertad de prensa y llega a modificar su estructura, autorizando al Tercer Estado tantos representantes como en los otros dos Estados—. Esta reforma pudo significar un gran cambio en las estructuras del viejo régimen; sin embargo, la actitud del rey ante los Estados Generales, hace que dicha transformación no se lleve a cabo.[52]

Los Estados Generales venían reuniéndose separadamente hasta el 17 de junio, fecha en la que el Estado Llano decidió que a la asamblea ahí reunida le correspondía interpretar y expresar la voluntad general de la nación, deja de ser el Tercer Estado y pasa a convertirse en Asamblea Nacional. Una vez constituida la Asamblea Nacional, se produce la primera actitud revolucio-

[51] *Ibidem.*
[52] Sánchez Agesta, Luis: *Op. cit., supra,* nota 11, p. 256.

naria, que tiempo después había de ser completada. Bajo estas circunstancias el rey dispuso efectuar una sesión real en los Estados Generales, el 22 de junio, con lo cual suspendió las asambleas hasta después de celebrada dicha sesión. Ante tal situación la Asamblea Nacional decide continuar sus deliberaciones en cualquier lugar donde las circunstancias lo permitan, por tal motivo se trasladan a la Cancha del Juego de Pelota donde prosiguieron los debates.

a) Proyectos Preliminares

Por lo que respecta al primer proyecto de declaración de derechos fue en la sesión del 11 de julio de 1789 por el marqués de La Fayette, señalando dos causas que demostraban su utilidad; la primera se refería a aquellos principios de la naturaleza que han sido grabados en el corazón de todo individuo y la otra, la utilidad se debe a que en ella se expresan las verdades eternas por donde deben fluir todas las instituciones. El proyecto del marqués de La Fayette hizo alusión a los siguientes derechos: *a)* igualdad y libertad como inherentes a la naturaleza humana; *b)* las distinciones sociales necesarias para el orden social no se fundan más que en la utilidad general; *c)* todo hombre posee ciertos derechos inalienables e imprescriptibles como son la libertad de todas sus opiniones, el cuidado de su honor y su vida, el derecho de propiedad, la entera disposición de su persona e industria, la expresión de sus pensamientos por todos los medios posibles, la procuración del bienestar, el derecho de resistencia a la opresión; *ch)* estableciendo que el límite en el ejercicio de tales derechos no tiene más barreras que aquellas que aseguran su goce a los otros miembros de la sociedad; *d)* ningún hombre puede ser sometido sino a las leyes consentidas por él o por sus representantes anteriormente promulgadas y legalmente aplicadas.[53]

Como se puede observar, gran parte del proyecto de La Fayette se va a consagrar en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, algunos autores consideran al diputado Mounier como el primero en mencionar la idea de una declaración de derechos en el seno de la Asamblea Nacional el 9 de junio de 1789.[54]

Asimismo, en la sesión del 4 de agosto cuando fueron abolidos los privilegios feudales, volvió a tratarse la cuestión relativa a la declaración de derechos; ésta, el abate Gregori propuso una declaración de deberes como complemento de una declaración de derechos, argumentando entre otras cosas que los derechos y los deberes son correlativos y por tanto no puede hablarse de unos sin los otros. Señaló también que debería existir un equilibrio para mostrar al hombre el medio en el que puede moverse, así como sus límites.[55]

[53] Sánchez Viamonte, Carlos: *Op. cit., supra,* nota 25, pp. 44-45.
[54] Carrillo Prieto, Ignacio: *Op. cit., supra,* nota 33, p. 56.
[55] Sánchez Viamonte, Carlos: *Op. cit., supra,* nota 25, pp. 52-53.

b) Contenido de la Declaración Francesa

La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* en sus 17 artículos contiene, una síntesis del pensamiento ilustrado del siglo XVIII. Para corroborar nuestro aserto transcribimos el preámbulo de la citada Declaración, muy probablemente redactado por Mirabeau:

> Los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre.

Esta exposición de motivos está inspirada, como se puede observar, en las ideas de Rousseau.

Ahora bien en relación al título jurídico de la declaración francesa encontramos que los sujetos "hombre" y "ciudadano", hacia los cuales está dirigida dicha declaración, comprende dos elementos distintos del derecho constitucional.

Los derechos del hombre se refieren al ámbito de la vida individual del sujeto frente al Estado y los derechos del ciudadano, que se constituyen como prerrogativas del individuo como miembro de una sociedad política. Los dos principios rectores de esta declaración son la libertad y la igualdad, sin más distinción que la fundada en el bien común.[56]

La Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 establece, en su artículo segundo, que la libertad, la igualdad, la seguridad y la resistencia a la opresión son derechos naturales e imprescriptibles cuya conservación es el fin mismo de toda asociación política. A este respecto la declaración francesa ha sido blanco de numerosas críticas por su carácter lacónico; sin embargo, hay que analizar a la declaración francesa, como lo señala certeramente Sánchez Agesta, en toda su intensidad más que en su extensión, pues en primer lugar se proclaman ciertos derechos naturales anteriores al Estado y que se constituyen como su fin, y en segundo lugar se formulan con carácter negativo lo que les da un valor absoluto.[57]

Por lo que se refiere al derecho, a la libertad está consagrado en el artículo 4o, que establece: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley. El derecho de propiedad se considera como inviolable y sagrado y será susceptible de afectación sólo en caso de necesidad pública, debidamente justificada y previa justa indemnización.

[56] Sánchez Agesta, Luis: *Op. cit., supra,* nota 11, p. 259.
[57] *Idem.,* p. 260.

La igualdad se determina en el artículo sexto, el cual establece que la ley debe ser igual para todos, tanto cuando protege como cuando castiga; todos los ciudadanos son igualmente accesibles a todas la dignidades, cargos y empleos públicos, según sus capacidades y sin más distinción que la virtud y méritos. Salta a la vista que la igualdad cifrada en el artículo sexto es una igualdad ante la ley, en donde todos los ciudadanos son iguales ante ella; quizás el acto más significativo en este renglón sea la abolición de los privilegios feudales, tales como las distinciones hereditarias o de clase, las justicias patrimoniales, los oficios públicos hereditarios, las corporaciones que exigen pruebas de nobleza o que suponen distinciones de nacimiento, etcétera.

Se plasma el derecho a la seguridad al determinarse en qué casos procede la detención o la reducción a prisión (debido proceso legal). Se establece asimismo la prohibición de la tortura o cualquier práctica de características análogas.

Se plasman las libertades de conciencia y de expresión en los artículos 10 y 11 respectivamente, las cuales quedan circunscritas a la ley en función de la transgresión del orden público.

El artículo 14 establece el principio del consentimiento del impuesto al proclamar: "Todos los ciudadanos tienen el derecho a comprobar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de consentirla, de vigilar su empleo y determinar la cuota, la base, la recaudación y duración".[58]

Por último es conveniente señalar que dicha Declaración contiene los derechos de representación y de resistencia a la opresión, este último referido a aquellos casos en que los derechos del hombre han sido violados.

Por todo lo anterior se puede observar que el cúmulo de derechos consagrado en la Declaración francesa reproduce en gran parte los derechos que habían sido proclamados en la Constitución de Virginia, sin embargo, es innegable reconocer su universalidad.

La primera constitución revolucionaria es la del 3 de septiembre de 1791, en la cual se estampó, a manera de preámbulo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea, del 16 de agosto de 1789, y por el rey, el 5 de octubre del mismo año.

> La nueva constitución[59] adquiere una estructura que se haría clásica a el desarrollo constitucional posterior y que ya se había manifestado en algunas constituciones americanas. Esta estructura establece la distinción entre la parte dogmática (derechos individuales, límites y obligaciones del poder estatal) y parte orgánica (estructura, atribuciones y relaciones de los órganos del Estado).

[58] Sánchez Agesta, Luis: *Op. cit., supra,* nota 11, pp. 261-266.
[59] García Pelayo, Manuel: *Op. cit., supra,* nota 1, p. 430.

c) Constitución Francesa de 1793

Finalmente, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, sancionada por la Convención Nacional de Francia del 29 de mayo de 1793, aporta una gran novedad en materia de derechos humanos al establecer la garantía social; el artículo primero estableció que "Los derechos del hombre en sociedad son; la igualdad, la libertad, la propiedad, la *garantía social* y la resistencia a la opresión". En este sentido el artículo 25 de la mencionada constitución definía la garantía social como la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de los derechos.

Asimismo, resulta importante destacar que la actual Constitución francesa de la V República de 1958, en su preámbulo confirma la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en los siguientes términos:

> El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946.

De esta manera se puede apreciar el gran mérito de la declaración francesa de 1789, la cual en la actualidad es contemplada por la Constitución francesa en vigencia.

LAS RELACIONES ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL CONGRESO DE LA UNION: EL TRABAJO LEGISLATIVO, EL CONTROL POLITICO Y LA PLANEACION LEGISLATIVA

JOSÉ FRANCISCO RUIZ MASSIEU

1. El derecho mexicano —sobre todo, el público y dentro de éste, el derecho político— se caracteriza por dar privilegio a la legislación y, correlativamente, por el escaso relieve del resto de las fuentes formales y, en particular, de la jurisprudencia.

La Revolución Mexicana es la gran fuente real del derecho mexicano. La Revolución como movimiento ideológico y como proceso de transformación social, ha requerido de cambios jurídicos para elevar sus reclamos a la jerarquía de instituciones.

La Revolución Mexicana no habría sido tal si no hubiera transformado el orden jurídico y cambiado los fines del Estado. Los conflictos sociales y el traspaso del poder público no son revoluciones si no dan lugar a un nuevo derecho y a un nuevo Estado: nuestra Revolución generó el Estado Social de Derecho y un derecho revolucionario.

Ese cambio mereció acerbas y caudalosas críticas entre los juristas del viejo régimen. Así, Jorge Vera Estañol, en su obra "Al margen de la Constitución de 1917", no dudó en señalar que "La Constitución de 1917 es ilegítima desde el triple punto de vista jurídico, político y revolucionario".[1]

Años más tarde —en 1945— don Antonio Carrillo Flores, en ocasión del vigésimo aniversario de su generación de abogados, recordaría las resistencias que se dieron para admitir el giro radical que la Revolución había dado a nuestro sistema jurídico: "cuál de nosotros, al dejar la Escuela de Derecho, tenía por la Constitución mexicana una sombra siquiera del respeto, para no hablar ya del amor, que un joven de los Estados Unidos, pongamos por caso, profesa por la suya?; ¿cómo, si el más ilustre de los constitucionalistas, maestro nuestro (Emilio Rabasa) a través del libro, ya que no en presencia, escribiendo cuando llevaba dos años de vigencia, se permitía ignorarla?".[2]

La Revolución, propiamente desde la etapa carrancista, ha sido un movimiento legislador. En su viva actividad legislativa descansó, a no dudar, mucho del triunfo de don Venustiano Carranza, quien expidió ordenamien-

[1] Wayside Press. Los Angeles, 1919. p. 3.
[2] *Homenajes y Testimonios*. Edición particular, 1967, p. 167.

tos y aun reformas a la Constitución de 1857, que atendieron demandas sentidas y le generaron adhesión popular.[3]

La vocación legisladora de la Revolución respondía al hecho de que la ley porfiriana había sido instrumento predilecto de injusticia social. Antonio Manero, distinguido carrancista, en un folleto que circulara en 1915, señaló: "el estado de nuestra legislación, tanto constitucional como civil y penal, es causa también que sostiene el movimiento revolucionario".[4]

2. La intensa actividad legislativa y la hegemonía que ejerce el derecho legislado en nuestro país, es motivo de recurrente censura por parte de quienes han abrevado de la cultura jurídica anglosajona, o no han profundizado en la ideología jurídica de la Revolución, o bien no han sabido calar en la naturaleza y peculiaridades del sistema político y, concretamente, en las relaciones entre los poderes públicos y el partido mayoritario.

Las críticas, que por cierto, no son nuevas, se solazan en la abundancia de las enmiendas constitucionales, en la llamada precariedad de las leyes y en su supuesta reducida positividad. Asimismo, se condena el elevado número de iniciativas que elabora el Ejecutivo y el papel marginal que desempeña la jurisprudencia.

Aquí, se apunta, Charles Evans Hughes, ex Presidente de la Corte Suprema norteamericana, nunca habría pronunciado su ya célebre sentencia ("vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es").

En 1937, don Luis Cabrera, furibundo anticardenista, aun cuando se refería sólo a los cambios constitucionales, hacía suyas las críticas que se enderezaban a la legislación revolucionaria: "en la mayor parte de los casos todas estas reformas son hijas de la precipitación, de la impaciencia, de la ignorancia y de la arbitrariedad innata en nuestros funcionarios".[5]

A menudo los críticos ignoran que el activismo legislativo responde a dos hechos que le dan sustento y explican su función política: la transformación que han sufrido las leyes y la confianza del pueblo en ellas. Las leyes han dejado de ser un cuerpo sistemático de normas jurídicas perfectas (que prescriben una conducta y previenen una sanción), para convertirse en documentos que añaden a esas normas jurídicas perfectas, normas impropias de naturaleza programática, que contienen lineamientos de acción para los poderes públicos.[6] En ese sentido, la ley (el derecho), siguiendo a Georges Burdeau, es una representación del futuro; es creador del futuro.

La Constitución, dijo Miguel de la Madrid hace cerca de cinco lustros, es un programa a cumplir.[7]

[3] Entre los primeros ordenamientos y enmiendas preconstitucionales pueden mencionarse las relativas al Municipio Libre, Divorcio y a la restitución y dotación de ejidos.

[4] *Qué es la Revolución.* Tipografía "La Heroica", Veracruz, 1915. p. 86.

[5] *Luis Cabrera, Obras Completas, Obra Jurídica.* T. I. p. 67.

[6] Biscaretti di Ruffia, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional Comparado, 1975. pp. 321-322.

[7] *El pensamiento económico en la Constitución Mexicana* de 1957. Porrúa, 1982 (reedición.)

El carácter programático del derecho revolucionario transforma la naturaleza y los fines del Estado, para convertirlo en un Estado Social de Derecho responsable del desarrollo y de la justicia social. Para que el Ejecutivo responda a esa tarea, la representación popular, a partir de las prescripciones programáticas de la Constitución, desenvuelve los lineamientos de acción que deberá observar el poder administrativo.

La Constitución y el orden jurídico secundario sólo parcialmente son reflejo de la realidad; son, sobre todo, instrumento de generación de la realidad bajo la guía de las aspiraciones populares.

El programa que contiene la Constitución tiene que ser históricamente viable para que no quede encajado en la tierra de la utopía, pero tampoco debe estar tan próximo a la realidad social, que se congele el proceso de cambio de la sociedad. Ponciano Arriaga había advertido en el Constituyente del 57 la función transformadora del derecho cuando se preguntó en plena asamblea: "¿Debería proponer (la Comisión) una Constitución puramente política sin considerar en el fondo los males profundos de nuestro estado social, sin acometer ninguna de las radicales reformas que la triste situación del pueblo mexicano reclama como necesarias y aún vigentes?".

Hacer buenas leyes es lo que recomendó el Nigromante al decir: "sujétense pues, los pueblos a las leyes, y las leyes a las necesidades y circunstancias de los pueblos".

La confianza en el papel transformador de las leyes estuvo presente en el folleto en el que Palavicini planteaba la necesidad de un congreso constituyente "durante los cuatro años que duró la Convención militar, no resolvió ningún problema, *y los dos meses* que el llamado Provisional de esa Convención ocupó el Palacio Nacional, *no expidió ni una sola ley* consecuente con los propósitos perseguidos por los constitucionalistas y ansiados vivamente por el pueblo desde hace más de cuatro años".[8]

¡Por no emitir ninguna ley en sólo 60 días, el destacado carrancista condenaba a los hombres de la Convención!

Los mexicanos, contra lo que se sostiene corrientemente, creen en las leyes. Con frecuencia se plantean leyes insólitas, ingenuas y demagógicas, porque se considera que una decisión o un programa es precario y carece de fijeza si no se consagra en un cuerpo legal.

Esa confianza en la norma legislada lleva también con mucha frecuencia a que se reclame que tal o cual demanda sea constitucionalizada, y no se abandone a los ordenamientos secundarios como recomendaría un sano manejo de la técnica legislativa.

En la misma Asamblea de Querétaro irrumpió la confianza en la nueva carta fundamental que se estaba formulando. Son de todos conocidos los argumentos técnicos que se esgrimieron para que la Constitución revolucionaria no alojara las garantías que a la sazón contendría el artículo 123 y que llevó a que don Heriberto Jara manifestara que "los jurisconsultos, los

[8] Palavicini, Félix F. Un nuevo Congreso Constituyente Imp. de la Secretaría de I.P. y B.A., Veracruz, 1915. p. 7.

tratadistas, las eminencias en general en materia de legislación, probablemente encuentran hasta ridícula esta proposición: ¿Cómo va a consagrarse en una Constitución la jornada máxima de trabajo?".

Valadés, al repasar las enmiendas a nuestra carta fundamental, penetra en la cultura jurídica del mexicano y en párrafo certero concluye que "La Constitución es reformada porque se cree en ella; porque se presume que la respetan no sólo los destinatarios del poder, sino los detentadores; porque se supone que al agotar casuísticamente todas las posibles incidencias de la vida del Estado, se obtiene la garantía de que esa vida transcurrirá conforme a los cánones legales; porque, en fin, es el último reducto en el que se puede refugiar la conciencia cívica —mucha o poca— que exista y que no encuentra ningún otro instrumento para hacerse valer".[9]

El mexicano, en verdad, confía más en sus leyes y en sus instituciones, que en sus hombres. Esa convicción —esa intuición— ha conducido a que los grandes movimientos sociales y políticos del México del XIX y de buena parte del XX, hayan encontrado en las violaciones constitucionales el detonante principal.

3. Hemos concluido en que nuestras leyes poseen una dimensión programática, porque responden a las demandas populares y hemos concluido, además, en que la ciudadanía confía en sus leyes más que en los hombres que las aplican. Conviene ahora repasar cuál es el papel —nominal y real— que les corresponde a los poderes públicos en la tarea de hacer esas leyes.

La Constitución de 1917 modifica las relaciones de poder que entre el Ejecutivo y el Congreso había establecido la Constitución de 1857 y que en alta medida se habían conservado, a pesar de las distintas reformas y adiciones de que fue objeto: se depositó en el Presidente de la República un papel protagónico. Más aún, la Carta de Querétaro, durante sus primeras décadas de vigencia, fue enmendada varias veces para acentuar el protagonismo del Presidente de la República.

En el ánimo de la Asamblea de Querétaro, en mi opinión, pesaron dos elementos. El primero, constituido por las críticas de Emilio Rabasa a los excesos congresionales de la Constitución de 1857, y el segundo, por la necesidad de que el programa revolucionario tuviera unidad de mando y hubiera celeridad en la toma de las decisiones.

El constitucionalista del viejo régimen sostenía que "la preponderancia del Legislativo sobre el Ejecutivo conducirá a cualquiera de los extremos con que se resuelve la omnipotencia del Congreso: la sumisión del Ejecutivo, que establece la dictadura de una asamblea o el golpe de Estado, que entroniza la dictadura del Presidente".[10] Así, podía interpretarse que la Constitución de 1857 había empujado a la dictadura.

Carranza analizó largamente en su mensaje al Constituyente los inconvenientes del parlamentarismo, señalando que "el Poder Legislativo, que por naturaleza propia de sus funciones, tiende a intervenir en las de los otros,

[9] Valadés, Diego. *Los Derechos del Pueblo Mexicano.* Manuel Porrúa, S.A., T. XII. p. 18.
[10] *La Constitución y la Dictadura.* Porrúa.

estaba dotado en la Constitución de 1857 de facultades que le permitían estorbar o hacer embarazosa y difícil la marcha del Poder Ejecutivo, o bien sujetarlo a la voluntad caprichosa de una mayoría fácil de formar en las épocas de agitación, en que regularmente predominan las malas pasiones y los intereses bastardos".[11]

Carranza y el Constituyente se inclinaron por una fórmula presidencialista dentro de un sistema de estado de derecho, de democracia representativa y de división de poderes.

No obstante, la simpatía por el régimen parlamentario —que el Primer Jefe había advertido— no desapareció y a los nueve meses de entrada en vigor la Constitución revolucionaria, poco más de medio centenar de diputados, entre los cuales figuraban Aarón Sáenz y Jacinto B. Treviño, presentaron al Congreso Ordinario una iniciativa de reformas y adiciones a 35 artículos constitucionales para cambiar la fórmula presidencialista por la parlamentaria. En la exposición de motivos los legisladores se planteaban preguntas de la mayor entidad: "¿Las condiciones políticas creadas por las revoluciones acaecidas después de la Constitución de 1857, por los gobiernos dictatoriales y, por último, por las luchas cuyos programas trató de consagrar la Constitución de Querétaro, reclaman un régimen más avanzado que el presidencial, o por el contrario, han creado en el ánimo del pueblo la idea de acrecentar los recursos del Poder Ejecutivo, en relación con los otros dos Poderes? ¿Las condiciones políticas del pueblo mexicano reclaman el régimen parlamentario y éste resuelve los problemas vigentes planteados en la actualidad?".[12] La iniciativa fue desechada.

Por otro lado, cabe recordar que el Constituyente se desenvolvió tras cinco años de dañoso faccionalismo del que ni siquiera pudo sustraerse la propia asamblea, y que aún estaba distante la creación de un partido que coagulara las tendencias revolucionarias.

Lo cierto es que el sistema constitucional mexicano estructuró un Presidente fuerte capaz de conducir el proceso transformador postulado por el programa revolucionario.

Al Congreso de la Unión, la carta fundamental otorga dos tareas básicas: legislar, por un extremo, y ejercer control sobre el Ejecutivo, por otro. Ese control es político, financiero, contable y administrativo.

A la Cámara de Diputados se confía, sobre todo, el control que se expresa en la aprobación del presupuesto de egresos, en el conocimiento de la cuenta pública y en la aprobación, junto con el Senado, de las leyes de ingresos. El control que tiene a su cargo el Senado es fundamentalmente político: aprobación de designaciones, evaluación de la política exterior, aprobación de ciertos actos de política exterior, desaparición de poderes locales.

[11] *50 Discursos doctrinales en el Congreso Constituyente de la Revolución Mexicana 1916-1917.* Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. pp. 32-33.
[12] *XXVII Congreso de la Unión. Cámara de Diputados, Apéndice al Diario de los Debates. Síntesis de su labor.* Abril a diciembre 1917, 1918, pp. 113-114.

4. Las relaciones entre el Congreso y el Ejecutivo han venido evolucionando con motivo de enmiendas constitucionales y de cambios en nuestro sistema político.

En ese particular, merece destacarse el papel que desempeña el Partido Revolucionario Institucional quien conserva la mayoría en la Cámara de Diputados, obtiene la totalidad de los escaños en la de Senadores y ha triunfado en todas las elecciones presidenciales.

Ese fenómeno político introduce al cuadro de relaciones entre los dos poderes un doble ingrediente que deja sentir su impacto en las funciones nominales del Congreso: la disciplina del partido y la solidaridad entre los funcionarios priístas aunque pertenezcan a poderes distintos.

Así, los priístas, implícitamente, han celebrado un pacto no escrito para que sea el Ejecutivo quien elabore el mayor número de iniciativas, en tanto que los legisladores se reservan, en el terreno específico de la tarea legislativa, la responsabilidad de perfeccionar los proyectos presidenciales, sobre todo, a la luz de factores políticos,[13] y de presentar, por excepción, iniciativas que recojan grandes demandas sociales que el aparato administrativo no ha hecho suyas con oportunidad.[14]

Ello se explica más claramente si se considera que tanto la Declaración de Principios como el Programa de Acción del Partido Revolucionario Institucional, previenen que sus militantes deben pugnar por la plataforma ideológica de la Revolución. Así, en la Declaración se previene que "el PRI sostiene que los funcionarios surgidos de sus filas, tienen el compromiso ineludible de cuidar que sus decisiones políticas y sus actos consecuentes sean en todos los casos congruentes con los principios y los programas del Partido".

En el dictamen de la comisión del Partido Nacional Revolucionario designada para conocer el proyecto del Plan Sexenal 1934-1939, se reconocieron los vínculos que unen al Ejecutivo y al Partido: éste "es el órgano mediante el cual la Revolución se manifiesta en acción política y social, para asumir el poder público y mantenerse en él mediante su actuación en la lucha democrática, y para transformar el régimen de convivencia social y el Gobierno, mientras se halle en manos del partido revolucionario, es el órgano de gestión pública a través del cual la Revolución realiza sus finalidades".

La disciplina y la solidaridad de partido se completan con la vigilancia que debe ejercer el partido mayoritario sobre los funcionarios priístas, a efecto de que se asegure la congruencia entre el ejercicio del poder público y la plataforma partidaria (La Declaración de Principios establece que el Partido "impugnará las tendencias o prácticas que lleguen a manifestarse en

[13] Puede mencionarse el perfeccionamiento de la iniciativa de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal, en el Primer Periodo ordinario de sesiones de la LII Legislatura.

[14] Es el caso de la adición al artículo 4o. constitucional del derecho a la vivienda en el primer periodo ordinario de la LII Legislatura.

el funcionamiento del aparato estatal que puedan conducir a la obstrucción del ejercicio revolucionario del poder o pretendan extraviarlo hacia objetivos contrarios a los intereses del pueblo y de la Nación, a los principios del Partido o a los ordenamientos de la Constitución").

Un factor que contribuye a la participación activa que corresponde al Ejecutivo en la tarea legislativa, es el relativo al dinamismo de la vida social y al cada vez mayor contenido técnico de la legislación que rige el proceso de desarrollo, lo que milita para que sean los cuadros técnicos y las oficinas jurídicas de la Administración los que posean mayores recursos para elaborar iniciativas de ley.

Otro aspecto de la tarea legislativa que merece no quedar olvidado, concierne a la evolución que ha sufrido el uso de las facultades extraordinarias por parte del Ejecutivo.

Desde la República Restaurada hasta la década de los cuarenta del presente siglo, el Presidente de la República obtuvo y usó con liberalidad facultades extraordinarias para legislar, mermando con ello el principio de división de poderes y consiguientemente, el mecanismo de pesos y contrapesos que recomienda el constitucionalismo clásico.

Fue el presidente Cárdenas quien promovió en 1938[15] que en el artículo 49 constitucional se agregara un párrafo final, que si bien técnicamente se antoja innecesario, denota el propósito de limitar el otorgamiento de esas facultades: "en ningún otro caso (además del contemplado en el artículo 29) se otorgarán al Ejecutivo facultades para legislar". En 1951 se exceptuó también el caso prevenido por el artículo 131 de la Carta Fundamental relativo al comercio exterior.[16]

Por no ser relevante para este trabajo no traemos a colación la opinión de quienes se han ocupado de este tema (Martínez, Báez, Herrera y Lasso, Valadés, Ríos Elizondo y Burgoa, entre otros).

Puede afirmarse que en la actualidad factores de índole política y una doctrina más sólida, impedirían que el Presidente de la República promoviera que el Congreso de la Unión le otorgara facultades para legislar como se estilaba en otras épocas.

5. La otra porción de la competencia del Congreso —el control sobre el Ejecutivo— debe ser discriminada a fin de no extender en exceso este trabajo. Sólo nos ocuparemos del control político, para dejar a otra ocasión el examen de los controles de naturaleza contable, financiera y aun administrativa.

Asimismo, no nos referiremos al control en materia de política exterior, guardia nacional y desaparición de poderes locales.

En suma, nos interesa contribuir a la revaluación del artículo 93 constitucional y de los otros mecanismos que previenen la Ley Orgánica del Congreso General y el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso

[15] Adiciones publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación del 12 de agosto de ese año.

[16] Adiciones publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación del 28 de marzo de 1951.

General, vinculados a las relaciones que guardan entre sí los dos poderes políticos.

El artículo 93 ha ampliado el espectro del control político sobre el Ejecutivo a través de dos enmiendas que todavía no han sido suficientemente utilizadas en nuestra vida parlamentaria: la obligación de los directores de las entidades paraestatales de comparecer ante el Congreso cuando éste los requiera[17] y el establecimiento de comisiones parlamentarias que investiguen el funcionamiento de esas entidades,[18] se añaden esos dispositivos a las obligaciones que ese precepto imponía a los Secretarios de Estado y Jefes de Departamento Administrativo (comparecer, proporcionar informes, y rendir una memoria anual).

El artículo 93 no otorga al Congreso la facultad de emitir un voto de censura que lleve, a la usanza parlamentaria, a la remoción de funcionarios del Ejecutivo.

Si bien los actos del Congreso que se funden en ese precepto no tienen efectos vinculantes, cabe insistir en que el 93, crecientemente, ha ido elevando su eficacia política: contribuye cada día más a una mejor colaboración entre los dos poderes, y los funcionarios del Ejecutivo atienden con mayor reponsabilidad a los requerimientos del Legislativo.

Debe señalarse que en 1983, por primera ocasión en mucho tiempo, las Secretarías y Departamentos hicieron llegar al Congreso las memorias de labores que previene el primer párrafo del artículo multicitado.

Por el contratrio, la facultad congresional de formar comisiones de investigación del funcionamiento de las entidades paraestatales todavía no ha sido usada, a pesar de que empujaría el mejoramiento de su gestión.

La Ley Orgánica del Congreso General en su artículo 101, complementa los mecanismos de relación entre los dos poderes y que hemos identificado como ámbitos del control político que ejerce el Legislativo: las Comisiones —ya no las cámaras en pleno— podrán solicitar a la Administración Pública la información y los documentos que requieran. En caso de no atenderse las solicitudes, las comisiones podrán dirigirse en queja a los titulares de las dependencias o al propio Jefe del Ejecutivo.

La facultad que otorga a las comisiones el ordenamiento orgánico citado, es congruente con el papel que se les asigna en nuestra vida parlamentaria, en el sentido de que se constituyan —a excepción de las jurisdiccionales y de investigación— en cuerpos permanentes, que estudien las iniciativas pendientes, los asuntos de interés que se presenten, así como los planteamientos que les haga llegar la ciudadanía.

El viejo Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General —data de 1934— también coadyuva al estrechamiento de las relaciones entre los poderes. Los presidentes de las Cámaras están obligados, según el artículo 21, en su fracción XI, a ordenar se dé aviso a las Secretarías de Estado, siempre que se vaya a tratar algún asunto que sea de su competencia.

[17] Adiciones publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de enero de 1974.
[18] Adiciones publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación del 6 de diciembre de 1977.

Ese reglamento, además, contempla que los Secretarios, Jefes de Departamento y Directores de entidades paraestatales podrán "asistir, cuando quisieren, a las sesiones y, si se discute un asunto de su dependencia, tomar parte en el debate".

Se ha interpretado y con razón, que el principio de división de poderes, que desempeña fundamentalmente una función equilibradora, no entra en colisión con fórmulas de coordinación y colaboración y, mucho menos, de comunicación entre los poderes tendientes a hacer más fluida y eficaz la marcha de los asuntos públicos.

Por otra parte, en los últimos tiempos han prosperado nuevos expedientes de control político y de colaboración. Destacan en ese respecto las comparecencias de Titulares, Subsecretarios de estado y directores de entidades paraestatales a comisiones congresionales, y las visitas que éstas realizan a dependencias públicas y a distintas regiones del país.

Esos expedientes tienen ventajas de doble vía: permiten que quienes conocen las iniciativas se compenetren de los problemas de aplicación, y, al mismo tiempo, que quienes elaboran gran parte de esas iniciativas, adviertan los ingredientes políticos e ideológicos del trabajo legislativo. Esos intercambios no sólo no lesionan la división de poderes sino que representan una nueva expresión de ese principio clásico de la democracia occidental.

El quehacer institucional de los días que corren se ha enriquecido también por la responsabilidad que el nuevo régimen legal de la planeación del desarrollo deposita en el Legislativo. La Ley de Planeación dispone que el Presidente de la República remitirá el Plan Nacional de Desarrollo al Congreso de la Unión, para su examen y opinión, y que éste formulará las observaciones que estime pertinentes durante la ejecución, revisión y adecuaciones del propio plan.

Se convendrá que esas facultades acrecientan de manera formidable el poder político que ejerce el Legislativo, si se advierte que los presupuestos de egresos, las leyes de ingresos, las iniciativas de ley (que elabore el Ejecutivo), los informes anuales, las memorias del ramo y las cuentas públicas deberán elaborarse a partir del instrumento disciplinario que representa el Plan Nacional de Desarrollo y que al Congreso toca cuidar esa congruencia en el uso de sus atribuciones constitucionales.

Además, el Congreso, a lo largo del proceso de planeación, deberá hacer llegar al Presidente de la República, observaciones encaminadas a que el Plan se ajuste a los lineamientos programáticos y a la ideología revolucionaria que contiene la Constitución. Los congresistas que militen en el partido mayoritario, asimismo, a través de éste están obligados a velar por la congruencia entre plan y Declaración de Principios priísta.

Puede verse con optimismo el ensanchamiento del control político del Congreso si se reconoce que en los últimos años el Congreso de la Unión ha elevado su legitimidad a ojos de la ciudadanía. Cada día con mayor vigor los ciudadanos acuden a sus representantes, a las Grandes Comisiones de las Cámaras o a las comisiones para plantear una demanda, hacer una denuncia o solicitar una gestión.

Ese nuevo ingrediente es síntoma de que nuestra democracia representativa se está completando con fórmulas de democracia participativa, con fórmulas que equilibren a la sociedad política con la sociedad civil y que permitan que el pueblo participe directamente en procesos públicos y en la gestión administrativa.

Por otro lado, ese cambio está vinculado al nuevo artículo 26 constitucional que señala que la planeación será democrática y que "mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlos al plan y los programas de desarrollo".

El Congreso de la Unión viene desempeñando, de manera creciente, funciones de intermediación que enriquecen el carácter democrático de nuestro sistema y elevan la participación popular en el funcionamiento del aparato público. Esa intermediación ha conducido a que algunos juristas distinguidos propongan que los diputados y senadores funjan como "ombudsmen".

6. La planeación legislativa es un medio para que el proceso legislativo, en el que participan tanto el Congreso como el Ejecutivo, se desenvuelva más eficientemente: que el Congreso estudie, modifique y apruebe con mayores elementos técnicos las iniciativas que remita el Ejecutivo; que la ciudadanía, sin perjuicio de nuestro sistema representativo, tenga oportunidad de manifestarse en torno a iniciativas de especial trascendencia y que los legisladores puedan cotejar las iniciativas con las plataformas ideológicas de sus partidos y con el Plan Nacional de Desarrollo.

La planeación legislativa puede mirarse con una doble perspectiva: como la instrumentación jurídica de los planes y como el proceso ordenado y calendarizado de elaboración y remisión de iniciativas.

La primera se clarifica repasándose el artículo 26 constitucional, que prescribe que "los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación". La planeación —como lo advirtió Miguel de la Madrid, cuando promovió la obra "Aspectos Jurídicos de la Planeación" en 1981[19] —no puede concebirse sólo como un ejercicio técnico o una cadena de actos materiales únicamente.

La planeación es un proceso político montado en una plataforma ideológica, que requiere una infraestructura jurídica sin la cual los planes y programas no rebasan el linde de la burocracia, del manejo de recursos y de la toma de decisiones meramente administrativas.

La dimensión jurídica de la planeación[20] se ha rescatado en esta década al expedirse el Plan Global 1980-1982 y el Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, mediante sendos decretos y no a través de un simple acto burocrático.

[19] Porrúa, 1981.

[20] Ruiz Massieu, José Francisco. *Los efectos jurídicos de los planes gubernamentales.* Academia Nacional de Derecho Administrativo y de Administración Pública. 1980.

Para asegurar la vinculación entre planeación y norma legislada, el artículo 10 de la Ley de Planeación dispone que "los proyectos de iniciativas de leyes y los reglamentos, decretos y acuerdos que formule el Ejecutivo Federal, señalarán las relaciones que, en su caso, existan entre el proyecto de que se trate y el plan y los programas respectivos".

La secuencia es evidente: la constitución contiene el proyecto nacional y las leyes y programas estatales son medios para llevarlo a cabo. La normatización jurídica de la planeación avanzó con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, quienes podrán incurrir en responsabilidad si violan grave o sistemáticamente los programas y presupuestos a su cargo.

La otra perspectiva no es menos relevante. Planear la actividad legislativa es prever, ordenar y pausar la elaboración y remisión de las iniciativas.

Esa planeación legislativa debe determinarse en función de los objetivos de la planeación del desarrollo, la cual, ya lo hemos dicho, recoge el programa revolucionario de la Constitución. Así lo expresó el Segundo Plan Sexenal (1941-1946): "ello supone, necesariamente, la revisión del orden jurídico dentro de un programa previsor, informando en propósitos claros, en principios congruentes y en perspectivas abiertas hacia las consecuencias lógicas de nuestra doctrina revolucionaria".

Ese plan, como lo hizo el cardenista y lo hace el Plan Nacional de Desarrollo, previno los cambios legislativos que promovería. El mismo Programa de Gobierno, que el Presidente Rodríguez expidió[21] para 1934, contempló un amplio paquete de reformas legales.

La planeación legislativa exige la ordenación de la actividad jurídica del Ejecutivo y su robustecimiento, dado el papel principal que desempeña en la tarea de elaboración de iniciativas.

Esa ordenación históricamente no ha sido sencilla, dadas las disímbolas funciones jurídicas que el derecho revolucionario ha confiado al Procurador General de la República —abogado del Estado, representante de la sociedad y vigilante del cumplimiento de las leyes— como se destacó en la célebre polémica que sostuvieron en los treintas don Luis Cabrera y don Emilio Portes Gil, quien a la sazón fungía en ese cargo, y el rezago que han sufrido las oficinas jurídicas.

El Presidente Ortiz Rubio creó la Comisión Jurídica del Poder Ejecutivo Federal,[22] la cual tenía por objeto "la unificación del criterio de los diversos órganos de la administración y la elaboración adecuada de las leyes, decretos, reglamentos y circulares que el Ejecutivo formule, dictaminando sobre el aspecto jurídico de técnica legal de ellos". La comisión era presidida por el Procurador General de la República y estaba integrada por los jefes de los jurídicos de la dependencias centralizadas.

Para la formación de la Comisión —que dicho sea de paso tuvo modesto y efímero funcionamiento— el Ejecutivo consideró que en la elaboración de

[21] Publicado en el *Diario Oficial* del 10 de abril de ese año.

[22] El decreto de creación se publicó en el *Diario Oficial* el 18 de diciembre de 1931.

proyectos se advierte "falta de unidad de criterios y de un sistema congruente de ideas así como de una técnica jurídica uniforme", según se expresó en los considerandos del decreto mencionado.

Más recientemente, la oficina jurídica de la extinta Secretaría de la Presidencia intervenía en la conformación de los proyectos de ley, que de acuerdo con la ya abrogada Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, elaboraban esas dependencias federales, y el Procurador General de la República coordinaba las reuniones de los directores generales de asuntos jurídicos tendientes a definir criterios de técnica legislativa.

En la pasada administración se instituyó la unidad de asuntos jurídicos de la Presidencia de la República, a fin de que asumiera las funciones que venían ejerciendo la Procuraduría y la mencionada oficina de la Secretaría de la Presidencia.

No obstante esos esfuerzos, los resultados fueron insuficientes y el panorama del trabajo legislativo no registró modificaciones de importancia. Es oportuno identificar los elementos básicos de ese problema: descoordinación entre los distintos proyectos legislativos, desvinculación entre éstos y los programas de desarrollo, y congestionamiento de iniciativas en el Congreso de la Unión, además de un sinnúmero de defectos técnicos que no es el caso inventariar.

El régimen actual ha llevado a cabo tres acciones que están coadyuvando a que el proceso de planeación legislativa se instituya y avance: a) Se estructuró la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, encargándosele la coordinación y apoyo del cumplimiento de los programas de normatividad jurídica que apruebe el Ejecutivo Federal;[23] b) Se creó la Comisión de Estudios Jurídicos, integrada por los directores jurídicos de las dependencias centralizadas como instancia de apoyo a la coordinación de la actividad jurídica, y c) Se señaló un término (30 de junio) para la presentación de proyectos de iniciativas a la Presidencia y el objetivo de remitir éstas al Congreso de la Unión a más tardar a la apertura de sesiones ordinarias (1o. de septiembre).

Por otra parte, la Procuraduría General de la República ha recibido la encomienda de coordinar el programa de reformas legales en materia de administración de justicia, que ya ha empezado a dar frutos valiosos a partir del pasado periodo ordinario de sesiones del H. Congreso de la Unión.

Por lo que se refiere a los mencionados plazos, el Jefe del Ejecutivo Federal tuvo en cuenta, según hacen constar los Considerandos del acuerdo respectivo, "que la actuación de la Administración Pública se debe subordinar estrictamente al principio de legalidad y atender a criterios de previsión y orden y conducirse de manera organizada, para lo cual se requiere programar adecuadamente el ejercicio de la facultad de iniciar leyes o decretos". Para lograr ese objetivo, a principios de este año la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, solicitó que las dependencias dieran a conocer oficialmente qué proyectos se proponían elevar a consideración del Jefe del Ejecutivo, los cuales, como ya se ha dicho, deberán hacerse llegar antes del 30 de junio próximo.

[23] El acuerdo de creación se publicó en el *Diario Oficial* del 19 de enero de 1983.

Además de esas acciones conviene subrayar que desde 1982 los trabajos de reformas legislativas han tomado en cuenta las aportaciones de la consulta popular que se llevó a cabo durante la campaña presidencial de Miguel de la Madrid, así como las aportaciones del Partido Revolucionario Institucional. Al efecto, se instituyó en el seno del PRI la Comisión de Estudios Jurídicos con alrededor de 50 abogados de ese instituto político, y cuya coordinación recayó en los licenciados José Gamas Torruco y José Francisco Ruiz Massieu. La Comisión sistematizó las demandas de reforma legal y elaboró estudios que han venido apoyando las distintas iniciativas que ha elaborado el Ejecutivo Federal.

Ese mecanismo denota el papel que debe corresponder a los miembros del Partido Revolucionario Institucional en la tarea de elaboración de proyectos legislativos, tanto en el seno del grupo parlamentario como del propio Ejecutivo.

La planeación legislativa ordenará y dará previsión a la elaboración y presentación de iniciativas y a la vez que permitirá que sean objeto de análisis más reposado, hará posible que se compulsen con la Declaración de Principios del Partido mayoritario.

7. Para concluir este trabajo conviene repasar las conclusiones más salientes que se contienen a lo largo de nuestra exposición:

- El derecho revolucionario es esencialmente un derecho legislado;
- La confianza del pueblo de México en sus leyes impulsa el activismo legislativo;
- El papel protagónico del Ejecutivo en la elaboración de iniciativas, se explica por la responsabilidad que se le asigna en nuestro sistema político y en nuestro régimen constitucional, así como por factores de orden técnico;
- El protagonismo del Ejecutivo en el trabajo legislativo, es congruente con los principios de disciplina de partido y solidaridad entre los funcionarios priístas;
- Al Partido Revolucionario Institucional corresponde cotejar la congruencia entre las iniciativas de ley y su Declaración de Principios y Programa de Acción;
- El Congreso perfecciona las iniciativas del Ejecutivo y elabora las prioritarias cuando aquél no las presente;
- El control político que ejercen el Congreso y sus comisiones sobre el aparato administrativo es cada día mayor;
- La planeación del desarrollo exige un esfuerzo sistemático y programado de instrumentación jurídica;
- La planeación legislativa asegurará las vinculaciones entre planes de desarrollo y cambios legales y al mismo tiempo contribuirá a la

elaboración de mejores iniciativas y a su análisis y trámite más detenido.

8. El estudio de la planeación legislativa en el marco de las relaciones entre los dos poderes políticos hace ver, como lo ha manifestado recientemente el Presidente de la Gran Comisión del H. Senado, que México se halla en una etapa más que de creación de instituciones, de perfeccionamiento y revaluación de las que nos ha dotado nuestra vida política y nuestro desarrollo constitucional.

LAS REFORMAS DEMOLITORIAS DE LA CONSTITUCION

RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL

El individuo y el poder público son los dos grandes temas de nuestra Constitución y a ellos están dedicadas las dos partes en que se encuentra dividida. En la primera parte, a manera de postulados indiscutibles, se enumeran, definen y delimitan las garantías del individuo y de ahí su nombre de *parte dogmática* de la Constitución. A su vez, en la segunda parte se divide, se organiza y se fijan las atribuciones del poder público y de ahí también su nombre de *parte orgánica* de la Constitución. Esta bipolar estructura de la Constitución tiene la primordial finalidad de mantener a la autoridad del poder público dentro de los límites del derecho y hacer así posible la libertad del individuo en la sociedad, al igual que la misión fundamental del Derecho civil en su acepción amplia es mantener la libertad del individuo dentro de los límites del derecho y hacer así posible la autoridad del poder público en la sociedad.

Esta concepción panorámica del orden jurídico total había sido ya proclamada en una bella metáfora por el eminente constitucionalista Manuel Herrera y Lasso:

"El Derecho Constitucional —decía— representa dentro de la vida social la recia estructura que sostiene y unifica el organismo —*«nerva et ossa»*—; pero el torrente circulatorio, la corriente perenne de la vida, está regulada por el Derecho civil."

De acuerdo con esta visión dualista del orden jurídico, que conjuga y coordina la libertad y la autoridad, las demás ramas del Derecho vienen a ser derivaciones y aplicaciones, o del Derecho Constitucional o del Derecho Civil en su sentido amplio.

En este doble marco jurídico ha de desarrollarse la actuación del individuo y la actuación del poder público para que exista un verdadero *Estado de Derecho*, pero sin que esta doble necesidad equivalga a mantener indefinidamente una misma situación estática no susceptible de modificación alguna.

Es aquí donde surge la cuestión fundamental para determinar cuáles son los cambios que pueden introducirse en el Derecho y qué otros cambios no pueden adoptarse en el mismo.

Este problema del cambio ha cobrado extraordinaria gravedad en estos últimos tiempos en que se ha propagado en el mundo *la manía de legislar*.

Uno de los grandes tratadistas de Derecho Civil de mayor renombre actualmente en Francia, Jean Carbonnier, señala que "hay gentes que están

locas de Derecho o a quienes el Derecho vuelve locas" y que "si existen hombres que tienen delirio de legislar, hay otros que deliran y que, por añadidura, legislan".

Para convencerse de esta observación, expresa que hay que estudiar "algunas fichas de hospital" y a continuación analiza varios casos de la historia. "Entre las testas coronadas, escribe este autor, se encuentran ejemplos de *manía legislativa*. Todo el mundo conoce el trágico destino de Maximiliano el efímero Emperador de México. Menos conocida es, sin embargo, la locura que lo devoraba, probablemente desde la época en que sólo era archiduque austriaco. Legislador introvertido y reprimido estaba predispuesto a sucumbir a la tentación del poder no por sed de autoridad, sino por la pasión morbosa de legislar. En el escaso tiempo en que tuvo algo parecido a un gobierno, compuso siete volúmenes de textos legislativos. Sobre el papel abolió el peonaje, semiesclavitud que sólo muy lentamente pudo extirparse de las costumbres mexicanas. Reorganizó la enseñanza de punta a cabo, tomando como modelo las universidades alemanas. Un abismo, sin embargo, separaba a aquéllas de su realización práctica.

"Es claro que al autor le era completamente indiferente esta realización práctica. Su interés se centraba únicamente en la ley como fenómeno abstracto. Su obra maestra fue la legislación sobre la marina. Sólo que México no tenía marina." (Jean Carbonnier, *Derecho Flexible*, Traducción, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 297 a 300).

La cita anterior de Carbonnier se publicó apenas unos años antes del gobierno de los últimos Presidentes que hemos tenido en México y por ello, no pudo su autor aprovechar para sus observaciones la asombrosa sobreproducción legislativa en toda clase de campos y de materias de nuestros recientes gobernantes, sólo la del fugaz emperador Maximiliano de Habsburgo, a pesar de que un material más fecundo que éste se encuentra en la legislación proliferante de don Luis Echeverría a quien Augusto Gómez Villanueva llamé con emoción *"el Presidente Legislador"* y, más aún, de don José López Portillo a quien otro panegirista más inspirado glorificó con el nombre de *"el Licurgo mexicano"*.

Pero por encima de esta desorbitada vorágine de cambios legislativos, es indudable que deben existir principios de tal solidez y trascendencia que no puedan ser modificados, debiendo considerarse como el más importante la salvaguarda de la libertad del individuo, de acuerdo con la sabia sentencia romana *"hominis causa jus constitutum esse"*, todo el derecho ha sido instituido para beneficio del hombre.

A este respecto, Venustiano Carranza en su convocatoria de 14 de septiembre de 1916 para la reunión del Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de Querétaro de 1917, señaló con toda claridad lo siguiente:

"Siendo el objeto de todo gobierno *el amparo y protección del individuo*, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social, es incuestionable que el primer requisito que debe llenar la Constitución Política tiene que ser la protección otorgada, con cuanta precisión y claridad sea dable, a *la libertad humana*, en todas las manifestaciones que de ella deriven de una manera directa y necesaria, como constitutivos de la personalidad del hombre".

Asimismo, en el dictamen de la Comisión de Constitución sobre el artículo 1o. de la misma, Comisión que presidía el General Francisco J. Múgica, se expresó también que: "el pueblo reconoce *los derechos naturales del hombre*, y por eso encomienda al poder público que los proteja, como que son *la base de las instituciones sociales*".

El postulado ineludible de reconocer y de garantizar en sus diversas manifestaciones la libertad del individuo, que constituyen *los derechos humanos* de nuestros días, pero sin perjuicio de introducir las adecuaciones y las enmiendas que las nuevas necesidades ameriten en la sociedad, plantea el problema del procedimiento y de los límites para la reforma de la Constitución de 1917.

Esta doble cuestión fue prevista y resuelta en dos artículos de nuestra Ley Fundamental.

En el artículo 135 se crea y se organiza el *"poder revisor"* de la Constitución, a base del voto favorable de dos tercios de los miembros del Congreso de la Unión y de la mayoría de las Legislaturas de los Estados.

A su vez en el artículo 136 se proclama *la inviolabilidad de la Constitución* y rotundamente se establece que *los principios sancionados en ella*, que no son sino las *"decisiones políticas fundamentales"*, no podrán dejar de observarse en ningún caso, ni siquiera a causa de una rebelión o de cualquier trastorno público, o sea, que ni mucho menos, con mayor razón, por el voto fragmentado y disperso de asambleas parciales como lo son las dos Cámaras del Congreso de la Unión y las 31 Legislaturas de los Estados.

Durante el presente siglo sólo un Congreso Constituyente ha habido en México, la Asamblea Nacional que por el mencionado Decreto de 14 de septiembre de 1916 convocó Venustiano Carranza en su carácter de jefe principal de la revolución entonces triunfante y cuya Asamblea se reunió en la ciudad de Querétaro y estuvo sesionando del 1o. de diciembre de 1916 hasta el 31 de enero de 1917.

Dicha Asamblea tuvo el carácter de Congreso Constituyente por muy variados motivos.

En primer lugar, los Diputados que formaron parte de ella, se reunieron en un mismo sitio, en el entonces Teatro Iturbide de la ciudad de Querétaro, para estudiar, discutir y aprobar juntos todos ellos y no en forma dispersa, los diversos preceptos de la nueva Ley Fundamental del país.

Aunque en el seno de dicha asamblea se enfrentaron y chocaron dos tendencias opuestas bien definidas, el sector radical alentado por el General Alvaro Obregón y compuesto principalmente por recientes combatientes en los campos de batalla y encabezado por Francisco J. Múgica, Luis G. Monzón, Esteban Vaca Calderón y Juan de Dios Bojórquez, y el ala moderada adicta a Venustiano Carranza que representaban los abogados José Natividad Macías, Luis Manuel Rojas y Fernando Lizardi y el ingeniero Félix F. Palavicini; sin embargo, se conservó el carácter *unitario* e *indivisible* de la

asamblea para que al fragor de las deliberaciones conjuntas se forjara el voto mayoritario en cada decisión, y no hubo, por tanto, fragmentación del Congreso en varios subgrupos o asambleas parciales que comprometieran de antemano el voto de sus integrantes al margen de la Asamblea General y antes de los debates de todos los congresistas.

A este respecto, es oportuno mencionar que aun dentro del régimen de las sociedades mercantiles se ha considerado con razón que es contraria a la libertad de voto la existencia de los llamados *"sindicatos de accionistas"*, que prejuzgan y prefabrican el voto de sus miembros en conciliábulos parciales, sin haber conocido ni podido tomar en cuenta las deliberaciones posteriores de todo los demás socios.

Por falta evidente de este primer carácter unitario e indivisible, no puede llamarse asamblea o congreso constituyente a la dispersa y fragmentada actuación del *poder revisor* de la Constitución previsto en el artículo 135 de su texto, porque primero delibera y vota una de las Cámaras del Congreso de la Unión, después hace lo mismo la otra de ellas, y en seguida se disgrega lo aprobado en cada una de las mismas, para que deliberen y voten por separado cada una de las 31 Legislaturas locales de los Estados de la República, de tal manera que el mencionado *poder revisor* de la Constitución resulta carente de unidad e indivisibilidad, y es sólo la yuxtaposición de lo acordado por separado en treinta y tres subgrupos o miniasambleas en cuyo seno sólo se toman en cuenta las opiniones vertidas por sus respectivos integrantes.

En segundo término, la asamblea que sesionó en Querétaro a lo largo del último mes de 1916 y del primer mes de 1917, no se atuvo ni se sujetó a ninguna norma para su integración y funcionamiento, porque expresa y deliberadamente hizo a un lado el artículo 127 de la entonces vigente Constitución de 1857 que instituía el *poder revisor* de ésta y proclamó en su lugar que su único fundamento era la soberana e ilimitada voluntad del pueblo para ejercer su facultad constituyente por otros procedimientos.

Por ausencia de este segundo requisito, no puede tampoco llamarse poder constituyente al *poder revisor* de la Constitución instituido en su artículo 135, porque para la integración y actuación del mismo tiene que sujetarse por fuerza a dicho precepto fundamental y de ahí que su nombre y su esencia sea ni más ni menos que un poder *constituido* por dicho artículo 135 de la Constitución y *nunca una asamblea independiente y soberana en cuanto a la forma de constituirse* como lo fue, en cambio, el Congreso que se reunió en Querétaro a fines de 1916 y principios de 1917 y que actuó en estado de naturaleza, sin estar vinculado a formas jurídicas, ni a procedimientos preexistentes.

En tercer lugar, la única razón de ser y el verdadero motivo que tuvo el Decreto de 14 de septiembre de 1916 de Venustiano Carranza como primer jefe de la revolución para convocar a un congreso constituyente, fue llevar a cabo varios cambios en algunas de las *"decisiones políticas fundamentales"* de la Constitución de 1857, cambios que pueden reducirse a tres en razón de su importancia.

El abandono de la concepción individualista y clásica de la Constitución de 1857, para incorporar y reconocer los *derechos sociales* de los campesinos y de los obreros en los artículos 27 y 123 de la Constitución de 1917, como lo destaca don Miguel de la Madrid Hurtado en su estudio *"El Congreso Constituyente de 1916-1917"* publicado en la colección *"Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones"* (Tomo II, págs. 595 a 620).

Asimismo, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo, mediante diversas cortapisas impuestas a las sesiones del Congreso de la Unión y la consolidación del veto del Presidente de la República en el proceso de elaboración de las leyes, y posteriormente la facultad concedida al mismo para la designación de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según lo puso de manifiesto don Felipe Tena Ramírez a propósito de la *"Evolución del Derecho Mexicano* (1912-1942)" en el capítulo *"Derecho Constitucional"* (Tomo I, págs. 19 a 44, Editorial Jus, México, 1943), donde analiza la influencia que sobre el particular tuvo en el Constituyente de Querétaro el pensamiento de don Emilio Rabasa a través de su obra *"La Constitución y la Dictadura"*.

Y al lado de estos dos cambios, el más debatido fue sin duda el que se encuentra en los artículos 3o., 24, 27 y 130 de la Constitución de 1917, mediante los cuales se implantó el laicismo obligatorio en todas las escuelas primarias del país, se proclamó la libertad de conciencia, y se privó de toda clase de derechos a las entidades religiosas y a sus ministros.

Por último, el Congreso Constituyente de Querétaro no sólo no actuó con sujeción a ninguna norma jurídica, sino que tampoco se inclinó *de hecho* a las pretensiones a veces autoritarias de Venustiano Carranza, encargado a la sazón del Poder Ejecutivo Federal, puesto que dicho Congreso cambió radicalmente algunos de los preceptos del proyecto de Constitución que bajo la supervisión y por instrucciones del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista habían redactado los abogados José Natividad Macías y Luis Manuel Rojas.

Esta independencia de criterio y de todo sometimiento a otra voluntad que no fuera la de los propios constituyentes, se manifestó, sobre todo, a propósito del artículo 3o. dedicado a la educación.

Venustiano Carranza tuvo el propósito de impedir que se aboliera en nuestro país la libertad de enseñanza, evitando que el laicismo obligatorio, ya existente para las escuelas oficiales, se impusiera también para las escuelas particulares. La razón fundamental de su oposición en esta materia, era que consideraba que en un país como México, carente de suficientes establecimientos de cultura, debía promoverse ampliamente la apertura del mayor número posible de centros docentes, sin importar el carácter o investidura de quienes lo hicieran, para difundir así las luces en todo el territorio nacional.

De acuerdo con tales intenciones, propuso Carranza en su proyecto de Constitución presentado al Congreso Constituyente de Querétaro, que el artículo 3o. quedara redactado así: "Habrá plena libertad de enseñanza; será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, y gratuita la

enseñanza primaria superior y elemental, que se imparta en los mismos establecimientos". Como se ve, mantenía Carranza, por un lado, la libertad de enseñanza consagrada por la primera parte del artículo 3o. de la Constitución de 1857; y, por otro lado también, reiteraba la prohibición de instrucción religiosa en todas las escuelas oficiales del país, introducida en 1874 durante el régimen del Presidente Lerdo de Tejada.

Para apoyar la aprobación de semejante proyecto del artículo 3o. constitucional y comprometer con su presencia a los Diputados constituyentes a que no lo modificaran, Carranza hizo lo que no pensaba hacer con los demás preceptos constitucionales proyectados por él. Anunció al Congreso Constituyente la mañana del 13 de diciembre de 1916 que tendría "la satisfacción de concurrir cuando se trate de discutir el artículo 3o. del referido proyecto"; y asistió al efecto a las deliberaciones respectivas que tuvieron lugar desde la tarde de ese mismo día hasta la noche del 16 del propio mes de diciembre. Sin embargo, su mencionada proposición pareció inadmisible a la mayoría de Diputados constituyentes, alentados en su jacobinismo principalmente por Francisco J. Múgica, y fue al fin rechazado el mencionado proyecto por el voto de una mayoría de noventa y nueve contra cincuenta y ocho diputados, para quedar redactado así en definitiva el mencionado artículo 3o. constitucional:

"La enseñanza es libre, pero será laica la que se dé en los establecimientos oficiales de educación, lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa, ni ministro de algún culto, podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial. En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria."

Como dato curioso que pone de manifiesto el celo de los diputados constituyentes de substraerse *de hecho* a toda clase de instrucciones o directivas, por nimias que éstas fueran, cabe mencionar que en la junta preparatoria del 27 de noviembre de 1916, discutieron y decidieron no acatar la prohibición reglamentaria de fumar en el desarrollo de las sesiones del Congreso que se iban a iniciar.

En claro contraste con esta actitud de absoluta independencia del Congreso Constituyente de 1917 frente al Ejecutivo Federal, puede constatarse que el *poder revisor* de la Constitución previsto en el artículo 135 de ella, que ha reformado su texto original más de 300 veces en 83 de sus 136 artículos, no se ha sustraído de hecho a la voluntad de los Presidentes de la República, quienes han sido de ordinario los autores de las respectivas iniciativas de esas múltiples reformas desde las primeras en el año de 1921 hasta las últimas en el año de 1983.

Para entender el significado de esta larga cadena de reformas es muy útil acudir al Derecho civil donde se encuentra la figura del *"contrato de adhesión"* a que se refiere el artículo 63 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Llámanse *"contratos de adhesión"* a aquellos en que una sola de las partes elabora el clausulado total de ellos y la otra parte, sin entrar a discutir ni modificar tales estipulaciones, se concreta a aceptarlas.

En esta moderna figura contractual podría inspirarse el Derecho Constitucional Mexicano para calificar como verdaderas *leyes de adhesión* por parte del *poder revisor* de la Constitución a las citadas reformas a la Constitución, en las cuales la iniciativa correspondiente de los Presidentes de la República ha sido aprobada sin mayor discusión ni importantes retoques por las dos Cámaras del Congreso de la Unión y por las Legislaturas de los Estados.

El artículo 127 de la Constitución de 1857 estableció el poder revisor de ella, en una forma idéntica a la del artículo 135 de la Constitución de 1917.

Ahora bien, si el mencionado *poder revisor* previsto en el artículo 127 de la Constitución de 1857 hubiera tenido facultades bastantes para cambiar algunas de las *decisiones políticas fundamentales* de esa misma Constitución, no hubiera sido necesario que Venustiano Carranza convocara al Congreso Constituyente de 1917, ni que éste se hubiera reunido para hacerlo en la ciudad de Querétaro, sino que habría bastado que dicho *poder revisor* se hubiera integrado y hubiera actuado a través del voto de las dos Cámaras del Congreso de la Unión y de las Legislaturas de los Estados, cosa que no se hizo, lo cual confirma que tampoco el *poder revisor* establecido en el artículo 135 de la Constitución tiene facultades para cambiar de ésta las decisiones políticas fundamentales.

No se me escapa el carácter puramente doctrinario de esta observación, porque en el terreno de los hechos, ciertamente no hubo elecciones populares de los llamados "Diputados constituyentes" en los escasos dos meses comprendidos de mediados de septiembre a mediados de noviembre de 1916, sino escueta designación superior en favor de cabecillas o de líderes de entre las huestes carrancistas que eran a la sazón uno de los distintos bandos en lucha por el poder en medio de una guerra civil.

En suma, el *poder revisor* de la Constitución que instituye el artículo 135 de ella, no es por ningún concepto un poder constituyente, porque dicho *poder revisor* no es una asamblea nacional, unitaria e indivisible, sino una serie de subasambleas parciales, o sea es sólo la resultante de la actuación por separado de cada una de las dos Cámaras del Congreso de la Unión y de las 31 Legislaturas de los Estados; no es tampoco una asamblea que se constituya como ella lo decida, sino ajustándose siempre a la forma y al procedimiento que le marca imperativamente el artículo 135 de la Constitución; no es asimismo un *poder autárquico de derecho*, porque debe respetar las *"decisiones políticas fundamentales"*, es decir, los principios sancionados en la propia Constitución de acuerdo con el artículo 136 de la misma; y finalmente no ha sido *de hecho* un poder autárquico, dada la sumisión que históricamente ha asumido frente a las iniciativas formuladas por el Presidente de la República para la reforma de la Constitución.

Si por las cuatro evidentes razones antes indicadas no puede llamarse *poder constituyente* al *poder revisor* de la Constitución previsto en el artícu-

lo 135, menos aún puede llamársele un *poder permanente*, ya que la integración y funcionamiento del mismo no es continuo, sino esporádico. Históricamente se ha constituido sólo de cuando en cuando, es decir, cuando el Presidente de la República ha presentado iniciativas para reformar la Constitución. Puede al respecto afirmarse que desde 1917 hasta ahora se ha integrado y funcionado 87 veces, o sea otras tantas veces en que se ha reformado la Constitución, no habiéndose integrado ni funcionado en los intervalos entre una y otra de tales reformas. Sería disparatado, por ejemplo, afirmar que la asamblea de una sociedad anónima es un órgano permanente, como también resulta un verdadero disparate afirmar que el poder revisor de la Constitución es un poder *permanente*.

En conclusión, el *poder revisor* de la Constitución que prevé el artículo 135 de ella, no es un *poder constituyente permanente*, puesto que no es ni poder constituyente ni tampoco poder permanente, y, en cambio, el Congreso convocado por Venustiano Carranza el 14 de septiembre de 1916 y que sesionó en el entonces Teatro Iturbide del 1º de diciembre de 1916 al 31 de enero de 1917, fue en verdad un poder constituyente que al aprobar la Constitución de Querétaro de 5 de febrero de 1917 se disolvió y dejó de existir. Llamar *"Constituyente Permanente"* al Poder Revisor de la Constitución no es una simple equivocación de nombres. Significa en México abogar, consciente o inconscientemente, por una dictadura. No la dictadura de las dos Cámaras y de las 31 Legislaturas de los Estados en unánime adhesión a las iniciativas del Ejecutivo, sino la dictadura del autor único y absoluto de tales iniciativas.

Ahora bien, no obstante las irrestrictas y omnímodas facultades que el Constituyente de 1917 tuvo en sus sesenta y siete sesiones por espacio de dos meses, se abstuvo de arrasar con todas las *"decisiones políticas fundamentales"* de la Constitución de 1857 y respetó sobre todo, entre ellas, para no citar otras, a ésta de trascendental importancia: la prohibición general de monopolios de Estado contenida en el artículo 28 de su texto, para hacer así posible la libertad de industria y de comercio.

Con todo, lo que la Asamblea de Querétaro reunida en 1917 no hizo con las más importantes *"decisiones políticas fundamentales"* de la Constitución de 1857, lo ha venido haciendo, sin facultades, a través de los años el mencionado *"poder revisor"* de la Constitución previsto en el citado artículo 135, según se pone de manifiesto a continuación.

El 15 de enero de 1927 se reformó el artículo 83 de la Constitución para permitir nada menos que la reelección del Presidente de la República, a pesar de que el principio de la *"no reelección"* había sido el postulado político de mayor importancia que esgrimió la revolución de 1910. Afortunadamente, vino poco después la contrarreforma, el 29 de abril de 1933, para proscribir de nuevo la reelección del Ejecutivo Federal, sólo por el temor de que volviera a repetirse en el futuro el magnicidio de La Bombilla.

Asimismo, el 9 de enero de 1934 se suprimió en la fracción XIV del artículo 27 Constitucional el juicio de amparo para negar a los particulares que pudieran defenderse de las resoluciones de dotación o de ampliación de

ejidos, y a su vez el 12 de diciembre de 1934 se abolió también en la fracción IV del artículo 3o. constitucional el juicio de amparo contra las resoluciones que revocaran o denegaran a los particulares las autorizaciones del Estado para impartir enseñanza en diversos grados, haciendo, por tanto, que prevaleciera como única norma obligatoria en el Estado mexicano, no la Constitución de 1917, sino la omnímoda e ilimitada voluntad de los gobernantes en turno.

Sobre este tema, hubo después sólo una contrarreforma parcial, el 18 de enero de 1947 en lo que respecta a la materia agraria, para permitir a los pequeños propietarios de predios agrícolas o ganaderos en explotación y con certificado de inafectabilidad, el acceso al juicio de amparo para la defensa de sus derechos.

Con todo, hasta el día de hoy subsiste inexplicablemente en el texto del artículo 3o. constitucional la supresión del juicio de amparo en materia educativa en abierta contradicción con la *"decisión política fundamental"* de las Constituciones de 1857 y de 1917 de someter al control de la Ley Fundamental los actos de todas las autoridades del país a través del juicio de amparo, razón por la cual es de recordar ahora que en el Seminario sobre Derechos Humanos organizado en esta capital por las Naciones Unidas, el entonces Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación don Mariano Azuela declaró el 18 de agosto de 1961, ante el asombro de los Delegados internacionales a ese evento, lo siguiente:

"El artículo 3o. constitucional no es sino la intromisión de la dictadura en el campo de la enseñanza. En México se vive bajo un régimen precario de libertad de enseñanza. No se puede establecer una escuela primaria sino con autorización oficial que se otorga al capricho de la autoridad y debe ajustarse a los programas oficiales del Gobierno, el que reserva su derecho de clausurarla, sin que sirva el juicio de amparo como remedio para impedirlo. En opinión de varios autores, entre ellos el Dr. Luis Garrido de renombre internacional, estas disposiciones son contrarias a la voluntad del pueblo mexicano por injustas."

Finalmente, el 17 de noviembre de 1982 mediante una primera reforma al artículo 28 constitucional, se creó el monopolio estatal de la Banca y con él se suprimió de hecho la correlativa libertad de comercio e industria consagrada en el hoy artículo 5o. constitucional, y, después, el 3 de febrero de 1983 a virtud de una segunda reforma al mismo artículo 28 de la Constitución, se fingió respetar de palabra la prohibición general de monopolios, pero en realidad se abrieron las puertas a toda clase de monopolios de Estado, aboliendo para ello el *régimen de facultades expresas* e invistiendo al Congreso de la Unión de una irrestricta facultad en blanco que puede llenarla a su soberano arbitrio y crear de esta manera cuantos monopolios estatales quiera con la consiguiente supresión absoluta de la libre concurrencia. Es esto, en efecto, lo que en verdad significa la llamada *"rectoría económica del Estado"*, merced a la cual puede el Estado reservarse *"de manera exclusiva"* las áreas estratégicas *"que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión"*. Así desaparece por completo la limitación termi-

nante y expresa que en materia de monopolios de Estado quiso establecer la Asamblea Constituyente de 1917, al permitir, sólo por vía de excepción, únicamente los cinco monopolios de Estado que señalaba el original artículo 28 Constitucional.

Es hoy día de gran actualidad y trascendencia examinar el tema de los monopolios de Estado, dado que este asunto fue realmente el contenido de una de las *decisiones políticas fundamentales* del Constituyente de 1917, como lo precisaron con toda claridad, tanto Venustiano Carranza en el discurso de apertura del Congreso Constituyente de Querétaro, al proponer su proyecto de Constitución, como Francisco J. Múgica al razonar la comisión presidida por él, su dictamen sobre el artículo 28 del mencionado proyecto.

"Con estas reformas al artículo 27, dijo entonces Carranza, con la que se consulta para el artículo 28 a fin de *combatir eficazmente los monopolios* y asegurar *en todos los ramos de la actividad humana la libre concurrencia*, la que es indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos. . . con todas estas reformas, repito, espera fundamentalmente el gobierno de mi cargo que las instituciones políticas del país responderán satisfactoriamente a las necesidades sociales."

"La prohibición relativa a todo lo que significa monopolio, agregó a su vez Múgica, comprende que esto es *odioso* en un país como el nuestro en el que debe dejarse *el mayor campo de libertad posible al comercio y a la industria* y, solamente como medida de orden para garantizar debidamente los derechos tanto de las personas como de la Nación misma, se reserva a ésta los relativos a la acuñación de moneda, correos, telégrafos y radiotelegrafía y a los autores y artistas el privilegio de reproducir sus obras por determinado tiempo. . ."

Fue así como en esta materia concordaron plenamente la convocatoria del Constituyente y el vocero mayoritario de este último, en consonancia con el siguiente precepto de dicha convocatoria:

"Artículo 11. El Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, concurrirá al acto solemne de la instalación del Congreso Constituyente y en él presentará el proyecto de *Constitución Reformada*, pronunciando *un discurso en que delineará el carácter de las reformas y su verdadero espíritu.*"

Sobre este mismo artículo 28 de la Constitución de 1917, resulta muy oportuno y útil su comparación con el también artículo 28 de la Constitución de 1857 que establecía lo siguiente:

"Artículo 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, concede la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora."

También aquí son de recordar las palabras de Guillermo Prieto que pronunciara el 14 de agosto de 1856, al debatirse en el Congreso Constituyente de ese año, el texto del precepto de referencia. *"La cuestión de monopolios,*

dijo entonces, *es tan grave* que, para librar al pueblo de vejaciones fiscales, *debe ser resuelta por la Constitución"*, con lo cual puso de manifiesto que el problema relativo a los monopolios de Estado era ya desde entonces una cuestión de tanta importancia que, por tratarse de una *"decisión política fundamental"*, debía quedar reservada siempre a un Congreso Constituyente, y no delegarse siquiera al *poder revisor* de la Constitución, como se procedió sin facultades en la citada reforma de 17 de noviembre de 1982 al artículo 28 constitucional que creó el monopolio estatal de la banca, ni mucho menos para dejarse al arbitrio del Congreso de la Unión, como se hizo indebidamente en la reforma de 3 de febrero de 1983 que creó la llamada *"rectoría económica del Estado"*.

Como puede comprobarse a continuación, el artículo 28 de la Constitución de 1917 reiteró substancialmente la anterior disposición fundamental de 1857 en los términos siguientes:

"Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos *no habrá monopolios* ni estancos de ninguna clase, ni exención de impuestos ni prohibiciones a título de protección a la industria; *exceptuándose únicamente* los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo banco que controlará el gobierno federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se conceda a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorgan a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora. . ."

La diferencia en la parte que interesa consiste en que la Constitución de 1917 agregó a los dos únicos monopolios de Estado que admitió la Constitución de 1857 otros tres más, a saber: dos monopolios de Estado que los adelantos técnicos introdujeron, a saber, el de los telégrafos y el de radiotelegrafía, y el otro monopolio, que se hizo necesario implantar para poner orden a la anarquía que reinaba antes de la Revolución por la multiplicidad de papel moneda que lanzaban entonces a la circulación los diversos bancos privados existentes a la sazón, creándose en su lugar el monopolio de la emisión de billetes por un solo banco controlado por el Estado.

No obstan, por tanto, dichas adiciones para que continúen siendo oportunos y vigentes los sabios comentarios sobre el artículo 28 de 1857 de José María Lozano en su clásico *"Tratado de los Derechos del Hombre"*.

"Puédese definir el monopolio, diciendo que consiste en el derecho exclusivo que alguno pretende haber adquirido para vender, o fabricar determinadas mercancías o efectos. Este derecho puede fundarse en la ley o en la concesión de la autoridad pública. En ambos casos lo prohíbe nuestro artículo; y en consecuencia, de ninguna manera es legalmente posible. *Establecida en el artículo 4o. la libertad que todo hombre tiene para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode y para aprovecharse sus productos, era consecuente, natural y preciso de esta garantía la que consagra el artículo 28. No es un efecto compatible con aquella libertad la existencia de monopolios concedida por la ley o por la autoridad pública. . .* prohíbe

también nuestro artículo los estancos, es decir, el monopolio ejercido, no por los particulares sino por el Fisco. *En esta materia el gobierno colonial nos dejó abundantes precedentes que sólo lenta y trabajosamente han ido desapareciendo de nuestras leyes al par que las instituciones se han ido mejorando, haciéndose práctico el principio de libertad humana.* El tabaco, la sal, la nieve, los naipes y otros varios artículos estuvieron por mucho tiempo estancados; sólo el gobierno podía especular en ellos y era un delito contravenir a la prohibición. Ha sido obra de mucho tiempo desterrar definitivamente de nuestras leyes estos abusos y es curioso observar la lucha entre las tradiciones antiguas y la libertad naciente. Tomando, por ejemplo, el tabaco, nuestra legislación patria nos presenta frecuentes y repetidas vicisitudes. . . En el día los intereses creados a la sombra bienhechora de la libertad, hacen de hecho imposible el restablecimiento de este estanco: nuestra Constitución en el artículo 28 que examinamos y en el artículo 4o. con que tan íntimamente se relaciona, elevan a aquella imposibilidad de hecho a la categoría de una imposibilidad legal" (José María Lozano, *Tratado de los Derechos del Hombre*, México, 1876, págs. 392 a 396).

De todo lo que acaba de exponerse, resultan evidentes estas conclusiones:

a) Que Venustiano Carranza, en su mensaje de 1o. de diciembre de 1916, reconoció a manera de exposición de motivos del artículo 28 de la Constitución de 1917, que en nuestro país "debe dejarse el mayor campo de libertad posible al comercio y a la industria", y que hay que "asegurar en todos los ramos de la actividad humana la libre concurrencia, la que es indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos".

b) Que en el dictamen relativo al mismo artículo 28 de la Comisión presidida por Francisco J. Múgica, se convocó con toda firmeza y decisión a "combatir eficazmente los monopolios", porque "todo lo que significa monopolio es odioso en un país como el nuestro".

c) Que en el texto del propio artículo 28 se remarcó hasta con pleonasmo que no habría más de los cinco monopolios de Estado admitidos en ese precepto, usando para ello una redundante expresión: *"exceptuándose únicamente"*, con lo cual se quiso cerrar la posibilidad de que en el futuro se implantara un nuevo monopolio de Estado.

d) Que tanto para el Congreso Constituyente de 1857, como para el de 1917, tuvo el rango indiscutible de *"decisión política fundamental"* la prohibición general de monopolios de Estado y la prohibición especial de crear nuevas excepciones a aquella prohibición general.

Este carácter de *"decisión política fundamental"* del artículo 28 de la Constitución de 1917, no es un mero calificativo de honor. Su verdadero significado y alcance se encuentran en la más autorizada doctrina nacional y extranjera.

Fue autor de tan feliz expresión, en el año de 1914, el tratadista alemán Karl Schmitt, quien al igual que su coterráneo Karl Loewenstein, proclamaba que en toda Constitución hay principios y pronunciamientos establecidos por el originario poder constituyente que no pueden alterarse, ni mucho menos suprimirse por el poder revisor o reformador de la Constitución. Se trata de aquellas *"disposiciones intangibles"* que actúan como *"límites de la reforma constitucional"* y que "se producen por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a una Constitución".

Asimismo, en la reciente obra sobre *"Derecho Constitucional Comparado"* del tratadista italiano Vergottini que se elaboró en 1981 teniendo a la vista las Constituciones de casi todos los países del mundo, se llega a la conclusión de que las variaciones o modificaciones a toda Constitución siempre deben reconocer *"la permanencia del núcleo esencial de la Constitución modificada"*, puesto que "toda Constitución, rígida o flexible, tiene límites en cuanto a su modificación", y estos límites pueden ser también implícitos y substanciales, en cuanto que ningún ordenamiento, mientras subsista, puede consentir en la supresión de aquellas instituciones esenciales para su propia supervivencia (Giuseppe de Vergottini, *"Diritto Constituzionale Comparato"*, Padova, CEDAM, 1981, pp. 102 y 107 y 108).

Tres grandes constitucionalistas mexicanos se anticiparon a sustentar y a fundar el mismo pensamiento en nuestra patria.

En su famoso voto particular de *1847* que sirvió para reimplantar en México el régimen federal, advirtió Mariano Otero:

"Declarar como lo hicieron las Bases Orgánicas, que toda la Constitución puede reformarse cualquier día, si es cosa sin peligro hablándose de una Constitución tan sólida como la de Inglaterra, *sería proclamar entre nosotros que el país debe permanecer eternamente inconstituido, que la mudanza de los primeros principios de la sociedad debe ser la materia de discusión y el trabajo constante de los mexicanos; y con este supuesto la paz es imposible."*

Años después, el que fuera Diputado constituyente en 1857, José María Castillo Velasco, escribiría en *1871:*

"Pero *las adiciones y reformas no podrán nunca ser para limitar o destruir los derechos del hombre* ni los derechos de la sociedad, ni la soberanía del pueblo y las consecuencias de ella. Y nunca podrán ser de otra manera, porque esos derechos y la soberanía del pueblo son naturales, proceden de la naturaleza del hombre, *son condiciones indispensables de su vida y de su desarrollo: porque la libertad y el derecho no son concesiones de la ley, ni del gobernante, sino verdades eternas e inmutables que el gobernante y la ley deben respetar siempre, proclamar siempre y siempre también defender y asegurar"* (José María del Castillo Velasco, *Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1871, pág. 251).

Finalmente, ya en este siglo, publicó en *1912* Emilio Rabasa su primera edición de *"La Constitución y la Dictadura"*, donde sostuvo que el poder reformador de la Constitución podía efectuar adiciones y reformas al texto constitucional, pero *no la destrucción constitucional de la Constitución*, porque esto sería contrario al sentido común y al antes mencionado artículo 127, hoy 135, de la Constitución *(La Constitución y la Dictadura. Estudio sobre la Organización Política de México*, México, Tip. de "Revista de Revistas" 1912, pág. 320).

Aún ahora, ya durante la vigencia de la Constitución de 1917, destacados tratadistas de la materia han seguido en México la misma línea de pensamiento.

Don Felipe Tena Ramírez, a pesar de ser el más decidido defensor del llamado "Constituyente Permanente", acabó al fin por adherirse a la tesis en cuestión con esta frase que aplicó al *poder revisor* de la Constitución:

"Por vía de reforma o de adición, nada escapa a su competencia, *con tal de que subsista el régimen constitucional, que aparece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución*" (Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, 19a. edición, Porrúa, México, 1983, pág. 58).

En otras palabras, sólo cambió este ilustre autor el nombre de *"decisiones políticas fundamentales"* por el de "principios históricos esenciales".

Innegable supresión de uno de esos *"principios históricos esenciales"* o *"decisiones políticas fundamentales"* de la Constitución de 1917, lo fue la reforma del 17 de noviembre de 1982 al artículo 28 de ella que creó el nuevo monopolio estatal de la banca, reforma que como lo reconoce expresamente el mismo don Felipe Tena Ramírez suprimió "el más que *centenario principio* de la prohibición de monopolios de Estado como regla general, con excepción única y exclusiva en materia bancaria la tocante al banco de emisión".

Más claro y directo sobre este tema fue, sin duda, Mario de la Cueva en su mencionada obra póstuma, al analizar la competencia del poder reformador o revisor de la Constitución:

"La tesis de la ilimitabilidad de sus atribuciones rompe el principio de la seguridad jurídica y el sistema del control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, pues si el poder reformador puede hacerlo todo, si puede suprimir o cambiar los principios fundamentales de la Constitución, podría suprimir nuestro juicio de amparo y la jerarquía de las normas consignada en el artículo 133. . .

"El poder reformador puede adicionar o reformar los preceptos que consignan los derechos humanos individuales y sociales, pero lo que no puede hacer es *derogarlos totalmente, ni podría tampoco nulificarlos a pretexto de adiciones o reformas*. Pero *será la Suprema Corte de Justicia quien deba decidir en cada ocasión sobre la legitimidad de sus actos*" (Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, Porrúa, 1982, pp. 172 y 173).

Sin embargo, con este último sueño se fue su autor a la tumba, ya que con motivo de la creación del monopolio estatal de la banca, un Tribunal Colegiado de Circuito, cuya resolución se negó a revisar y a contradecir el Pleno de la Suprema Corte en la indecorosa sesión del 22 de noviembre de 1983, concedió un extraño *"derecho de asilo"*, aquel que obtenían los delincuentes que lograban refugiarse en los monasterios de la Edad Media, en favor de toda clase de reformas a la Constitución, porque una vez que cualquier reforma lograba aposentarse en el texto de la Constitución, gozaba ella de una sagrada inmunidad y se convertía en intocable como la Constitución misma, razón por la cual los tribunales federales deberían sin más,

abstenerse de entrar a examinar la constitucionalidad de toda clase de reformas, aún de las reformas destructoras de garantías individuales y de las reformas demolitorias de otras decisiones políticas fundamentales. Fue así como la Corte se negó injustificadamente a conocer y resolver el primer amparo que se ha presentado en México contra una reforma demolitoria de la Constitución, que *suprimió de nuestro derecho* la garantía individual de prohibición de nuevos monopolios de Estado y que *suprimió de hecho* la correlativa garantía individual de libertad de industria y de comercio.

Hace un siglo tuvo lugar un parecido incidente en la historia del tradicional sometimiento de los demás Poderes a la voluntad, expresa o adivinada, del Ejecutivo Federal.

Discutíase entonces en el Congreso el monto de la Deuda Inglesa y ante la pretensión del Ministerio de Hacienda del Presidente Manuel González, para que a todo trance se aprobara un proyecto en el que no sólo se inflaba la cuantía de tal adeudo, sino que se autorizaba la disposición de un sustancioso excedente de varios millones de libras esterlinas para "gastos y comisiones", se opuso con irrefutables argumentos una minoría de Diputados que encabezaba el poeta Díaz Mirón.

Sucumbió entonces esa independiente minoría bajo el triste lema que hizo famoso al Presidente González: *"contra razones, votos"*; al igual que ahora en el mencionado Pleno de la Corte los irrebatibles argumentos de los Ministros Alfonso López Aparicio y Atanasio González Martínez sucumbieron también al golpe del viejo lema Gonzaliano: *"contra razones, votos"*.

La expresada resolución del Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa que dio motivo a la revisión que se negó a tramitar primero el Presidente de la Corte y después el referido Pleno de la misma, invocó la existencia del llamado *"Constituyente Permanente"* y afirmó que "el juicio de amparo constituye un medio de defensa, el más eficaz, de nuestra Constitución Política, por lo cual resulta absurdo y contra toda lógica jurídica que se pretenda utilizar ese medio de defensa para impugnar, y en su caso destruir, la Constitución, *de la cual forma parte la adición* señalada como acto reclamado".

A través de esta renovada fidelidad al dogma oficial del *"Constituyente Permanente"* pretendieron nuestros Tribunales Federales dejar manos libres al Poder Revisor para que haga mangas y capirotes de la Constitución de Querétaro, y sólo hicieron la salvedad de que la destrucción y aniquilación de la Constitución se lleve a cabo con apego al procedimiento formal que ella misma establece en su artículo 135, como si a un condenado a muerte se le concediera a manera de última gracia que escogiera él mismo el procedimiento o el arma para victimarlo. Pero aún este último reducto concedido por gracia a la Constitución de Querétaro ha sido ya asaltado y destruido por la hidra insaciable del *"Constituyente Permanente"*, porque con apego al propio artículo 135 y conforme a la última reforma de 1983 al artículo 28, se ha facultado al Congreso de la Unión para crear en lo futuro cuantos monopolios de Estado estime convenientes, lo que significa que ya no se quedó el llamado *"Constituyente Permanente"* con la facultad de ser él el

único y exclusivo facultado para reformar la Constitución de Querétaro, sino que traspasó dicha facultad al Congreso de la Unión para que éste, ya sin apego alguno al artículo 135, reforme el artículo 28 de la Constitución de Querétaro cuantas veces quiera, creando más y más monopolios de Estado sin limitación alguna.

El argumento de que cualquier reforma a la Constitución con sujeción al procedimiento formal del artículo 135, hace que tal reforma sea ya parte integrante de la propia Constitución, y no pueda la Constitución ir contra ella misma, es un razonamiento mutilante e insostenible.

Es mutilante, como lo hace notar el tratadista Mario de la Cueva, al señalar que quienes apelan sólo al artículo 135 de la Constitución, para preconizar la omnipotencia del Poder Revisor de la Constitución, desconocen que existe también el artículo 136 de la Constitución que declara inviolable a ésta y que prohíbe de manera terminante y sin excepción alguna, la destrucción o aniquilamiento de los principios sancionados en la propia Constitución, que no son otros sino las *"decisiones políticas fundamentales"* tantas veces invocadas.

"Los constitucionalistas de nuestro siglo —dice De la Cueva— han olvidado la existencia del artículo 128, título octavo de la Constitución de 1857, que llevaba por rubro: De la inviolabilidad de la Constitución, y que pasó a ser el artículo 136 del título noveno de la Constitución de Querétaro. Y el olvido es grave, porque ahí se expresó con máxima claridad el sentimiento de la Asamblea Constituyente del siglo anterior, y porque creemos que contiene una manifestación expresa de la concepción limitacionista" (Obra citada, pág. 171)

Es, además, insostenible, porque de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución podría destruirse el propio artículo 135, como ya ocurrió de hecho con la reforma de febrero de 1983 al artículo 28 de la Constitución, ya que mediante esta reforma ya no se seguirá en el futuro el procedimiento del artículo 135 de la Constitución para reformar a ésta, puesto que el solo Congreso de la Unión, sin necesidad de la mayoría calificada del voto de dos tercios de sus miembros y sin el concurso de las Legislaturas de los Estados, es el órgano único que puede reformar a su arbitrio la Constitución de Querétaro en lo tocante al original artículo 28 de la misma.

A los testimonios doctrinales anteriores, es muy oportuno y significativo agregar el que proviene del entonces catedrático universitario y hoy Presidente de la República, cuando en su monografía sobre *"El Congreso Constituyente de 1916-1917"* invoca varias veces, llamándolas por su específico e inconfundible nombre, la existencia de *"decisiones políticas fundamentales"* en nuestro Derecho Constitucional Mexicano.

La interposición y el infundado desechamiento del primer amparo contra una reforma a la Constitución, provocó una interesante polémica entre dos estudiosos del Derecho Constitucional.

Porfirio Piña en su artículo *"La Reforma de la Constitución"* (págs. 389 y 390, de la Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 7, Número 7, México, 1983) sostiene que el primer tope o barrera

infranqueable ante la cual debe detenerse toda reforma a la Constitución, vienen a ser los derechos del hombre, las garantías individuales, ya que "estos derechos constituyen un mínimo que puede ampliarse; pero nunca disminuirse. . . abatir esos derechos, en beneficio de las llamadas garantías sociales, no tiene razón de ser si atendemos a que el grupo organizado sólo es tal frente a los que no lo integran, porque dentro del grupo el valor protegido sigue siendo el individuo, la persona sujeto del derecho", y agrega que "la apreciación de los límites de la potestad reformadora, corresponde hacerla, más que a la doctrina, a aquel poder que tiene por función crear el derecho del caso concreto: el poder judicial, en la sentencia del amparo contra la reforma que se estime inconstitucional", y termina haciendo notar que "no puede aceptarse que un amparo contra una reforma de ese tipo sea un amparo contra la propia Constitución, porque una reforma no integra la Constitución sino hasta que es definitiva; y no es tal mientras puede ser impugnada en amparo porque no ha transcurrido el término para interponerlo y, hecho esto, mientras el amparo no sea resuelto".

En contra del criterio anterior, Elisur Arteaga Nava en su estudio sobre *"Las Reformas Constitucionales"* (en la misma Revista, págs. 403 y 404) sostiene que, "el constituyente mexicano se ha inclinado por el punto de vista de que el supremo poder nacional establecido en la Constitución como competente para hacer modificaciones a la misma, lo puede hacer sin limitación alguna", y arguye que "negar tal posibilidad, al no existir otra vía, sólo quedarían dos alternativas: la inamovilidad o la violencia; ninguna de ellas va con un sistema jurídico serio.— El único límite a la actividad reformadora que se obtiene del 135 es que la carta magna responda en términos generales a las relaciones de poder que existen, de otra manera es rebasada o desconocida".

Esta gaseosa fórmula de que toda reforma debe responder *"en términos generales a las relaciones de poder que existen"* constituye una velada referencia y un disimulado acatamiento a las *"decisiones políticas fundamentales"*, puesto que el mismo autor sostiene que si el grupo gobernante en alguna modificación "no corresponde a las relaciones de poder que se dan en determinado momento, puede suceder o que se haga un derecho ideal que es desconocido repetidamente o propicia intranquilidad y violencia.— Que se toquen o no los derechos individuales más que depender de prohibiciones jurídicas, dependerá de la posibilidad de descontento o violencia que pudiera propiciar".

Frases como éstas constituyen el reconocimiento de que una reforma atentatoria de los derechos individuales incuba una revolución o prepara una rebelión, la cual puede evitarse precisamente a través del control de la constitucionalidad de la reforma por medio del juicio de amparo.

Por último, hace notar este autor que "en México, al igual que en los Estados Unidos, el poder judicial ha declinado el tener que pronunciarse respecto de una reforma política; ha evitado convertirse en supremo poder conservador. Propiciaría un enfrentamiento directo en el que el judicial carecería de sustento político. No podría hacer efectiva su determinación".

Inconsistente resulta este argumento, pues en toda sentencia de amparo que concede al quejoso la protección de la Justicia Federal, se produce un inocuo enfrentamiento directo entre el poder judicial y aquellos poderes que como autoridades responsables han emitido el acto reclamado, y esto mismo puede ocurrir también sin temor alguno en el caso de las reformas constitucionales demolitorias de garantías individuales, pues como lo admite el propio Elisur Arteaga Nava, carece de unidad orgánica el poder reformador de la Constitución, ya que "los autores del artículo 135 han ocurrido a órganos constituidos, que se atienen, salvo disposición expresa en contrario, a los principios generales que regulan su funcionamiento". No cabe aquí, por tanto, la reminiscencia del Supremo Poder Conservador aplicado al poder judicial que mediante una sentencia de amparo se limita a proteger a un determinado quejoso en el caso especial planteado por él, sino la reminiscencia a *"Su Alteza Serenísima"* aplicada con toda exactitud al Ejecutivo Federal que sin límites de ninguna especie y sin control de ninguna naturaleza puede obtener toda clase de reformas a la Constitución.

El esclarecimiento de la naturaleza y de las facultades del *"poder revisor"* de la Constitución, *constituido* en la forma del artículo 135, y expresamente *limitado* por no estar facultado para cambiar los *principios inviolables* de ella según el artículo 136, no es un bizantismo jurídico, ni un tema meramente académico de interés exclusivo para los especialistas de la materia.

Se está en presencia, por el contrario, de una cuestión vital para la subsistencia de la propia Constitución y para la existencia de un verdadero *Estado de Derecho.*

En la sesión solemne de clausura del Congreso Constituyente de Querétaro el día 31 de enero de 1917, se pronunciaron los 414 Diputados constituyentes por voz de Venustiano Carranza y de Hilario Medina para que se respetara *la estabilidad de la Constitución* que acababa de ser aprobada y *su duración fuera defendida por todos.*

En efecto, al recibir el texto de la Constitución recién aprobado y antes de protestar el cumplimiento de la misma, Venustiano Carranza expresó la convicción que tenía de que sería una realidad y no una quimera *la permanencia de los principios fundamentales* contenidos en ese Código Político.

"Sean cuales fueren —dijo entonces— los defectos que por deficiencia o exceso pudiera tener la obra a que dais cima en estos momentos, hay en ella *una prenda que asegurará su estabilidad,* ya que siendo la expresión genuina de necesidades seculares y correspondiendo a los deseos ingentes de la Nación, no se verá en lo sucesivo como un sueño de difícil e imposible realización, sino algo que es fácil de entrar en sus usos y costumbres nacionales."

Y a su vez, en el discurso de contestación a las palabras anteriores, arengó a todos los diputados constituyentes y a nombre de ellos, Hilario Medina en los términos siguientes:

"Señores diputados, que esa obra viva, que esa obra *perdure,* que esa obra sea *duradera,* que *se haga vieja;* que esa obra *la defendamos todos* y cada uno de nosotros."

En contra de este unánime voto de Venustiano Carranza y de todos los Diputados Constituyentes de Querétaro, la obra que dejaron ha sido erosionada de manera constante e ininterrumpida mediante una cadena de numerosas y substanciales modificaciones.

Al efecto, sólo durante los primeros cuatro años, de 1917 a 1921, estuvo adormecido el poder revisor de la Constitución y se abstuvo de tocar a ésta, pero a partir de 1921 tuvo un activísimo despertar, porque en el periodo comprendido de 1921 a 1983 se integró 87 veces y de ellas fueron nada menos que 14 veces en el fecundo periodo de 1977 a 1983, para llegar a reformar 83 de sus artículos en un número total de más de 300 textos.

Así las cosas, bien puede aplicarse a la Constitución de México el calificativo de *"Constitución nominal"* a que se refiere el tratadista alemán Loewenstein:

"El carácter normativo de una Constitución, dice este autor, no debe ser tomado como un hecho dado y sobreentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una Constitución podrá ser jurídicamente válida pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha Constitución de *nominal"* (obra citada, pág. 218).

La más palpable y reciente demostración de que la Constitución de 1917 ha sido para nuestros gobernantes sólo una *Constitución nominal* o de *puro nombre* nos la ofrecen las dos últimas reformas al artículo 28 constitucional.

Un día después de que el Presidente José López Portillo había expedido el Decreto expropiatorio de la banca, anunció con asombroso cinismo en su residencia de Los Pinos a los principales banqueros afectados, que para impedir que dicho Decreto pudiera ser revocado o anulado, procedería a reformar la Constitución y fue así como el 17 de noviembre de 1982 se cumplió su ominosa amenaza y obtuvo con inaudita celeridad y sin dificultad alguna, la primera reforma al artículo 28 constitucional para erigir como sexto monopolio de Estado el de la banca y del crédito.

Don Felipe Tena Ramírez, a pesar de su adhesión al "Constituyente Permanente", dedica los más duros comentarios a semejante atropello del Presidente López Portillo, expresando al efecto que no estaba éste autorizado "en manera alguna a otorgar tratamiento despectivo a un precepto de rango constitucional que como el artículo 28, es acreedor por lo menos a los funerales en cierto modo solemnes, previstos para la alteración de todo precepto de la Ley Suprema por el artículo 135 de la misma", agregando que dicho Presidente no pudo reformar el día 1º de septiembre de 1982 al citado artículo 28 constitucional, "pero bajo su personal autoridad y dentro de la trascendental zona de la ejecución, dispuso y llevó a cabo simultáneamente la supresión de la banca privada concesionada y la incorporación total de la materia respectiva al monopolio del Estado. Fue desconocido así en la práctica, aunque permaneció admonitorio e impotente en lo alto de la Constitución, el más que centenario principio de la prohibición de los monopolios de Estado como regla general, con excepción única y exclusiva en materia bancaria la tocante al banco de emisión. . . Fue un agravio solemne, ocu-

rrido en las circunstancias antes descritas, que vulneró irreparablemente la norma que desde su supremacía inaccesible confiere a México, dentro de la comunidad internacional, la dignidad de un Estado de derecho" (obra citada, pág. 635).

Cuando el General Obregón quiso sustraerse a la Constitución de Querétaro, primero obtuvo la reforma del artículo 83 de ella y hasta después impuso su reelección para Presidente de la República; cuando el licenciado López Portillo quiso sustraerse a la Constitución de Querétaro, siguió un procedimiento inverso al del General Obregón, primero confiscó los bancos privados enmedio de una desencadenada tormenta de anatemas y después impuso la reforma al artículo 28 constitucional para declarar al Estado propietario único, exclusivo y para siempre de todos los bancos.

¡Ningún Presidente había hecho mayor befa y escarnio de la Constitución de Querétaro que la que hizo el Presidente López Portillo en el año de 1982!

Por otra parte, cuando nuestros constituyentes de 1857 y de 1917 aprobaron el respectivo artículo 28 de una y otra Carta Magna y condenaron y prohibieron como principio general todos los monopolios, se refirieron precisa y directamente a los monopolios de Estado, a los cuales en Querétaro calificó Carranza de contrarios a la libre concurrencia y rechazó Múgica por odiosos en un país como el nuestro "en el que debe dejarse el mayor campo de libertad posible al comercio y a la industria".

Por ello, el artículo 28 aparece dentro del capítulo de *"garantías individuales"*, es decir, dentro de los límites impuestos por la Constitución al poder público, para hacer así posible la libertad de industria y de comercio y la libre concurrencia garantizada en el hoy artículo 5º, antes artículo 4º de la Constitución. Justamente también por este único motivo, al establecerse las excepciones a la citada prohibición general de monopolios, se mencionaron dos monopolios de Estado en la Constitución de 1857, el de correos y el de acuñación de moneda, y tres más monopolios de Estado en la Constitución de 1917, el de telégrafos, el de radiotelefonía y el de emisión de billetes por un solo Banco controlado por el Estado.

Con el fin de abolir la prohibición general de monopolios de Estado contenida en el artículo 28 Constitucional, Vicente Lombardo Toledano y su Partido Popular Socialista presentaron una tajante iniciativa el 5 de octubre de 1965 para que lisa y llanamente se derogara dicho precepto fundamental y a ello se opusieron con razón los demás miembros de la XLVI Legislatura del Congreso de la Unión mediante dictamen de 18 de diciembre de 1965 de las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos que suscribieron representantes del Partido Revolucionario Institucional, como Alfonso Martínez Domínguez y Gonzalo Martínez Corvalá, y también por el Partido Acción Nacional el licenciado Miguel Estrada Iturbide.

Con todo, sólo hubo de esperar hasta el año de 1983 para llevar a cabo una supresión ya no escueta y directa, sino sofisticada del mismo artículo 28 constitucional.

Al efecto, mediante una segunda reforma, el 3 de febrero de 1983, se reitera en un primer párrafo del nuevo precepto la prohibición y la condena de los Constituyentes de 1857 y de 1917 con esta declaración solemne: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios", pero a continuación, en un cuarto párrafo, se establece completamente lo contrario y se proclama que *"No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco. . . y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión"*.

En pocas palabras, la nueva fórmula es el razonamiento siguiente: quedan estrictamente prohibidos los monopolios; pero como los monopolios de Estado no son monopolios; luego no están prohibidos los monopolios de Estado y pueden multiplicarse sin límites. Este singular raciocinio bien podría equipararse a este otro: en la República Mexicana queda terminantemente prohibida la reelección; pero como la reelección del Presidente no es reelección, sino solo renovación del cargo de Presidente; luego la reelección del Presidente está permitida cuantas veces éste lo quiera. Así paralelamente podría reformarse ahora otra vez el artículo 83, ya no en la forma directa y escueta como lo hizo el General Obregón, sino de una manera sofisticada para dar nacimiento a la *"rectoría política del Presidente"* y se repetiría la historia de los Presidentes que en el pasado se perpetuaron en el poder, como don Benito Juárez hasta que la muerte le salió al paso o como don Porfirio Díaz hasta que una revolución le hizo dimitir.

Asimismo, con la mencionada reforma de 1983 al artículo 28 constitucional se repite la historia y se retrocede a los atrasados tiempos de la Colonia donde proliferaron con abundancia los monopolios de la Corona y los numerosos estancos de que en 1876 hablaba José María Lozano en la cita antes transcrita.

Pero no fue éste el único ni el más grave enfrentamiento de esta segunda reforma en contra del texto original del artículo 28 constitucional. Además de negar que son monopolios los monopolios de Estado y que, por tanto, no son monopolios los cinco monopolios de Estado que eximió de la prohibición general de monopolios el Constituyente de Querétaro, agrega dicha reforma al final que tampoco son monopolios todos los monopolios de Estado que a su arbitrio llegue a establecer en el futuro, ya no el poder revisor de la Constitución, sino el solo Congreso de la Unión. Con esta coletilla final al artículo 28 constitucional se le convierte en una especie de *"cajón de sastre"* para que en él puedan caber en el futuro todos aquellos monopolios de Estado que el Congreso de la Unión amontone a su arbitrio, ejercitando para ello la facultad abierta que le deja en blanco el nuevo precepto.

A la vista de todo lo expuesto y a manera de conclusiones, puede afirmarse que la tendencia de los cambios que se han hecho hasta ahora a la Constitución de 1917, se reducen a las seis proposiciones siguientes:

Primero. Se ha mixtificado la naturaleza y las facultades del *"poder revisor"* de la Constitución, tratando de convertirlo infundadamente en un *"poder constituyente"*, no sujeto a límites de ninguna especie.

Segundo. Se ha convertido a la Constitución de 1917 en un mero *"proyecto de Constitución"*, menos afortunado que el que sometió Carranza a los Constituyentes de Querétaro, o, mejor dicho, se le ha reducido a una *"Constitución nominal"*, por la enorme y frecuente cantidad de reformas que se han introducido a su texto y, sobre todo, a las *"decisiones políticas fundamentales"* del mismo.

Tercero. La enmienda de 3 de febrero de 1983 al artículo 28 constitucional, no fue una reforma *conservatoria*, que dejara subsistentes la garantía individual de prohibición general de monopolios de Estado y la correlativa garantía individual de libertad de comercio y de industria, sino que fue una reforma *demolitoria*, porque aniquiló e hizo desaparecer a una y otra de dichas garantías individuales.

Cuarto. El aglutinamiento del voto de los dos tercios de los miembros del Congreso de la Unión y de los votos de la mayoría de las 31 Legislaturas de los Estados que exigía para su reforma el artículo 135 de la Constitución, fue el único baluarte que los partidarios del "Constituyente Permanente" dejaron a la Constitución de Querétaro para la defensa de sus preceptos, pero este último y exclusivo reducto fue batido ya el 3 de febrero de 1983 por medio de la reforma al artículo 28 constitucional, que transformó el carácter originario y permanente de *"Constitución rígida"* que hasta entonces había tenido la Constitución de 1917, para convertirla ahora en una *"Constitución flexible"*, al permitir que el solo Congreso de la Unión pueda establecer a su arbitrio toda clase de monopolios de Estado, hasta la extinción total de la libertad de industria y de comercio.

Quinto. Se ha transformado radicalmente el capítulo económico de la Constitución de 1917, que ya no es hoy día la expresión de un *Estado de derecho*, sino la expresión del *derecho del Estado*, por cuanto que éste no queda ya sujeto a un régimen de *facultades expresas*, ni encuentra límites infranqueables en *las desaparecidas garantías individuales*, a saber, la prohibición de monopolios y la correlativa libertad de industria y de comercio, sino que aparece dotado de un derecho absoluto e irrestricto en materia económica.

Sexto. Con las últimas reformas al artículo 28 constitucional se ha invertido el *orden natural* de la intervención del Estado en el campo de la economía. En lugar de que en principio tal intervención sea *supletoria* de la actuación de los particulares, a saber, cuando ésta falte o sea deficiente y con las solas salvedades de aquellas contadas y excepcionales materias que generen un enorme poder económico y que, por ello, deba reservarse al Estado; se ha dispuesto ahora que la actuación de los particulares en la economía sea puramente provisional o supletoria, es decir, sólo en tanto que el Estado no haya tomado posesión todavía de la totalidad de la actividad económica que por principio le corresponde a él en forma absoluta e irrestricta. Queda así el hombre al servicio del Estado y no el Estado al servicio del hombre.

Lo que no hicieron reunidos los Constituyentes de Querétaro en pleno vendaval revolucionario, lo hicieron los fragmentados integrantes del poder revisor en estos tiempos de renovación moral, *"quod non fecerunt barbari, fecerunt Barberini"*.

DERECHO CONSTITUCIONAL

LA CARENCIA DE DERECHOS POLITICOS EN EL DISTRITO FEDERAL

EDUARDO CARRILLO DÍAZ

La problemática del Distrito Federal es muy compleja, toda vez que en todos los ámbitos de la vida de sus habitantes se presentan obstáculos para el desarrollo de una correcta vida comunitaria, pero el problema fundamental del que se derivan todos los demás, se da en el campo jurídico-político, puesto que ahí se gestan las decisiones que impulsan o detienen la marcha de la comunidad. Dentro de este campo, el problema más agudo se centra en la carencia de derechos políticos de los ciudadanos del Distrito Federal, ya que no existe una participación de todos en la voluntad del Estado, ni la nota característica es la autodominación mediante la elección popular de sus gobernantes.

Sabido es que la libertad queda limitada y restringida en aquellos sistemas en los que el pueblo no se le proporcionan cauces adecuados para manifestar su voluntad, y que la soberanía que reside originariamente en el pueblo, queda burlada y arrebatada cuando le son impuestos ordenamientos legales injustos por un cuerpo legislativo compuesto por miembros ajenos a la propia colectividad.

La democracia descrita es nuestra Constitución Política como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, evidentemente no coincide con la praxis política, en virtud de que el propio régimen político dominante impide la elección libre y sincera de los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo locales, emanados de la voluntad popular, sujetando así a los ciudadanos a una "capitis diminutio" en lo tocante a sus derechos políticos. Surge entonces imperiosamente lo que Don Manuel Herrera y Lasso y Don Rafael Preciado Hernández llamaron la tarea de "cubrir la necesidad de buscar a la democracia caminos menos estrechos y ámbitos más amplios", y el derecho como instrumento al servicio del hombre y como medio para la mejor convivencia humana debe procurar el desarrollo armónico de las instituciones democráticas para lograr el bien común, ese conjunto de condiciones políticas, económicas y sociales, que permiten el desarrollo integral de la persona humana; por las razones anteriormente apuntadas, debe reformarse nuestra Constitución Política, en lo que impida el cabal ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos del Distrito Federal, como por ejemplo es el establecer el poder legislativo local un órgano compuesto en su mayoría por miembros residentes fuera de su territorio, y como Poder Ejecutivo, todo un sistema burocrá-

tico basado en la imposición de funcionarios por parte del titular del Poder Ejecutivo Federal.

No podemos abordar el tema que nos ocupa sin establecer un marco histórico de referencia, el cual parte desde el Constituyente de 1857; cuando se establecieron dos corrientes: una que negaba los derechos políticos para la capital del país, y la otra encabezada por los diputados Zarco, Prieto y Ramírez, quienes reconocían el incuestionable derecho del pueblo del Distrito a tener un gobierno propio y en consecuencia apoyaban la erección del Estado del Valle de México, el cual hubiera sido el estado modelo de la federación, porque ningún otro tendría tantos elementos de prosperidad y de civilización, estas razones fortalecieron la idea de que no debía consumarse el despojo de ese derecho ni privar a los habitantes de esta entidad federativa de elegir gobernador y congreso locales, es decir, trataban de que no estuviera bajo la tutela del Congreso general, puesto que era un cuerpo que no eligieron y que no puede estar al tanto de sus necesidades. Finalmente se le otorgaron facultades al Congreso para el arreglo interior del Distrito pero subsistiendo los municipios electos popularmente, y se aprobó la erección del Estado del Valle de México, sujeta a la condición de que los poderes federales se trasladaran a otro lugar (supuesto que nunca ocurrió).

Durante las sesiones del constituyente de 1917 volvió a debatirse prolongadamente la cuestión que nos ocupa y ante el proyecto que sustraía a la municipalidad de México del régimen establecido para las demás municipalidades, alegando la imposibilidad de la coexistencia de los poderes federales y el gobierno local del Distrito de la Ciudad de México, se levantó una corriente encabezada por los diputados Heriberto Jara, Martínez de Escobar y Luis Espinoza, entre otros, que sostenía que esa era una decisión injusta, pues si esto se admitiera, en las capitales de los estados tendría que desaparecer el Ayuntamiento de la ciudad o formarse por designación del Ejecutivo local, que por otra parte, el funcionamiento administrativo de la municipalidad en comentario, sería mucho mejor dependiendo de un Ayuntamiento libremente elegido y no de un cuerpo de empleados designados por el Ejecutivo, desconocedores del medio, independientemente de que no había por qué temer la existencia de un conflicto, pues éste sólo existiría cuando concurrieran tanto la intransigencia de parte de los munícipes, y una tendencia marcada de parte del Ejecutivo para invadir las funciones del poder municipal. Podemos afirmar que el deseo de centralizar, hizo que la Ciudad de México, fuera perdiendo paulatinamente su autonomía como municipio libre, y que en realidad, la razón para que no existiera un Ayuntamiento fue de tipo político; y así como consecuencia del espíritu del constituyente, se desechó la excepción que estigmatizaba a la Ciudad de México, y quedó patente el deseo de respetar a sus habitantes el derecho de elegir a sus autoridades locales, aunque quedó establecido que el gobierno local quedaba a cargo de un gobernador nombrado y removido libremente por el Presidente de la República; posteriormente, mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 20 de agosto de 1928 se suprimió el régimen municipal, estableciéndose que el gobierno del Distrito

Federal quedaba a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercería por conducto del órgano u órganos que determinara la ley respectiva.

Don Manuel Herrera y Lasso resume utilizando el método dialéctico, las discusiones y los resultados de éstas, plasmados en la Constitución de 1857 de la siguiente forma:

Tesis. Ante el derecho de los habitantes de la Ciudad de México de tener gobierno propio, se acuerda la erección del Estado del Valle de México.

Antitesis. Ante la imposibilidad de existir en el mismo sitio los poderes federales y los poderes locales, se aplaza la erección del Estado del Valle hasta la salida de los primeros.

Síntesis. Ante la imposibilidad de la salida del gobierno federal y por lo tanto de la erección del Estado del Valle, se debe mantener el *status quo*, transitoriamente, pero respetando los derechos de los habitantes para elegir a las autoridades políticas, judiciales y municipales, estando facultado el Congreso de la Unión para el arreglo interior del Distrito Federal y para fijar y variar la residencia de los Supremos Poderes. Al referirse al ejemplo de Washington D.C., citado por Venustiano Carranza, afirmó que la Constitución Norteamericana atribuyó al Congreso de la Unión la facultad de aceptar una pequeña porción de territorio, cedida por uno o varios estados para establecer el asiento de los poderes federales, y legislar sobre todas las materias que a tal entidad conciernan, y así los ciudadanos de Columbia, quedaron privados del derecho de estar representados en el Senado, de tener delegados en la Cámara de Representantes y del derecho de votar en las elecciones de Presidente y Vicepresidente, también les privaron del derecho que tenían originalmente, de tener un Ayuntamiento de elección popular; y esto fue consecuencia de que los estados por medio de sus representantes en Filadelfia, aceptaron virtualmente la pérdida de todo derecho político para los habitantes del territorio que se formaría con la cesión de uno o más Estados; en cambio, los habitantes de la Ciudad de México que defendieron y conservaron sus derechos al gobierno propio en la Constitución de 1857, no los enajenaron en beneficio de la federación, los diputados de la Ciudad de México aceptaron que de ser esta ciudad la designada para residencia de los poderes federales, sería su legislador el Congreso de la Unión, pero sin admitir merma fundamental en sus derechos políticos, que ninguna ley podía autorizar. El maestro Herrera y Lasso impulsó en todos los foros la idea de que el Distrito Federal deje de ser "el paria de la federación", y que sea cual fuere la organización política en que vivan los ciudadanos, se les garantice el derecho de nombrar popularmente a sus funcionarios y de mantener independiente la hacienda particular de las localidades.

Por lo que se refiere a la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, ésta tiene su antecedente más remoto en la Ley Orgánica, Política y Municipal del Distrito Federal, expedida por Porfirio Díaz en 1903, por medio de la cual se restringió la vida política en el Distrito Federal al concentrar todo el control en el Poder Ejecutivo Federal, a través de un Consejo Superior de Gobierno; en la municipalidad de México se mantuvo la organización del Ayuntamiento, pero con facultades sumamente limita-

das, de tipo meramente consultivo y de vigilancia, sin personalidad ni patrimonio propios, de esta forma su importancia fue secundaria y dependiente de trece prefectos políticos.

En 1915, Venustiano Carranza, expidió la Ley del Municipio Libre, en la que se respetó la organización municipal, en el Distrito Federal misma que se vio modificada en 1928 con la reforma constitucional que suprimió los ayuntamientos en esta entidad y con la expedición de la Ley Orgánica del Distrito y Territorios Federales creada para sustituir al Gobernador del Distrito y a los Presidentes Municipales por un ente denominado Departamento del Distrito Federal a cargo de un jefe y auxiliado por 13 delegados; la ley estableció los Consejos Consultivos con facultades de iniciativa y vigilancia, se adoptó un sistema de "democracia corporativa" en virtud del cual, los miembros de los Consejos Consultivos serían designados por las asociaciones y agrupaciones en su mayoría campesinas y sindicales, todo ello en detrimento del sistema de democracia popular y atentando en contra del derecho que tiene el pueblo de elegir directamente a sus autoridades. El jefe del Departamento tenía la obligación de oír al Consejo Consultivo cuando se planeaba la "municipalización" de algún servicio público, es. decir se hablaba de municipalización cuando ya no existía municipio, a este grado de absurdo se llegó en dicha ley. En el año de 1941, fue reformada la ley de 1928, con la supresión de los inútiles Consejos delegacionales, conservando solamente el central con facultades únicamente consultivas, sin intervención política y con funciones protocolarias en actos cívicos y fiestas populares.

El 27 de diciembre de 1970, las comisiones unidas del Distrito Federal y de Estudios Legislativos, sector administrativo de la Cámara de Diputados, presentaron un dictamen con proyecto de Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal en el que propusieron la instalación de Juntas de Vecinos, con atribuciones de información, de colaboración y de proposición, integradas por residentes en sus respectivas delegaciones, interesadas en el progreso de ellas; la ley otorgó a las juntas, facultades para hacer notar la falta o deficiencia de servicios públicos y para proponer su mejoramiento; este "hacer notar" se redujo a su inoperatividad manifiesta durante el tiempo en que estuvo vigente esta ley. Como lo apuntaba la exposición de motivos del dictamen en cuestión, las juntas podrían únicamente sugerir la reforma, expedición o derogación de reglamentos, participarían en "ceremonias cívicas" y en actividades de colaboración ciudadana y de ayuda social. En el debate de esta iniciativa, los argumentos en contra se basaban, fundamentalmente, en que había que modificar la iniciativa para que las declaraciones líricas de democracia coincidieran con lo que establecía la ley y que para que las Juntas de Vecinos realmente representaran un adelanto democrático y no una mera apariencia, deberían llenar todos los requisitos de libertad, autonomía y democracia que es necesario que tengan los organismos autónomos, y para eso solamente existe el camino del voto popular directo, es decir, los miembros de las Juntas de Vecinos deberían ser electos directamente por el pueblo y no quedar sujetos al capricho del ejecutivo.

En resumen, la Ley de 1970 acabó con las funciones de gobierno del consejo, confiriéndole únicamente facultades de expositor de opiniones, de proposiciones y de puntos de vista que pueden o no ser tomados en cuenta por el Jefe del Departamento del Distrito Federal, a quien se le quitó la obligación de oír al Consejo; por otra parte, su calidad de órgano decorativo ocasionó su total ineficacia y su falta de funcionamiento práctico, actuando solamente en ceremonias protocolarias inútiles y superficiales.

La ley vigente promulgada el 27 de diciembre de 1978, en su capítulo quinto, se refiere a los órganos de colaboración vecinal y ciudadana, introduciendo novedades como los Comités de Manzana y las Asociaciones de Residentes, independientemente de la inclusión de órganos que ya existían como el Consejo Consultivo y las Juntas de Vecinos. De tal forma que por disposición de la ley en cada manzana habrá un Comité de Ciudadanos que designarán en forma directa al Jefe de Manzana; en cada colonia, pueblo, barrio, o unidad habitacional, los Comités de Manzana integrarán la sociedad de residentes, que conjuntamente con las demás integrarán la Junta de Vecinos de su delegación correspondiente, finalmente, los presidentes de las Juntas de Vecinos formarán el Consejo Consultivo. Las atribuciones y obligaciones de los Comités de Manzana y las Asociaciones de Residentes las remite a sus reglamentos respectivos, y por lo que se refiere a las Juntas de Vecinos, el artículo 47 establece sus atribuciones y obligaciones, mismas que se circunscriben a actividades irrelevantes como son las de opinar y proponer soluciones sobre los servicios educativos, públicos o privados, dar opinión sobre las medidas administrativas delegacionales, informar al Consejo Consultivo sobre los problemas que no se hayan resuelto, etcétera.

Las atribuciones del Consejo Consultivo están redactadas en una forma ambigua y demasiado general como por ejemplo, la de colaborar con el Jefe del Departamento del Distrito Federal para la debida administración pública y para la eficaz prestación de los servicios generales en la forma que fijen las leyes y reglamentos aplicables; pero ¿cómo va el Consejo Consultivo a colaborar con el llamado Regente, si sólo tiene facultades de opinión, proposición e información? Teóricamente a lo más que puede aspirar el Consejo es a recibir contestación por escrito y explicación suficiente en relación con lo que haya opinado y propuesto. De la simple lectura de la ley se desprende que ésta fue fruto de un trabajo irreflexivo y apresurado, llegando a la situación absurda e ilógica de repetir casi textualmente en el artículo 46, lo que se había ya establecido en el artículo 44, mismos que transcribimos a continuación:

ARTICULO 44. Los Comités de Manzana, las Asociaciones de Residentes, las Juntas de Vecinos y el Consejo Consultivo del Distrito Federal son órganos de colaboración vecinal y ciudadana que prestarán su concurso mediante el ejercicio de las atribuciones y cumplimiento de las obligaciones señaladas en esta ley y en los reglamentos respectivos.

ARTICULO 46. Los Comités de Manzana y las Asociaciones de Residentes, prestarán su concurso mediante el ejercicio de las atribuciones y

cumplimiento de las obligaciones que les señalen los reglamentos respectivos.

El Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal, establece la constitución de los Comités de Manzana, Asociaciones de Residentes, Juntas de Vecinos y del Comité Consultivo de una manera pobre e incompleta, y en algunos casos repite casi textualmente algunas disposiciones de la Ley Orgánica en lugar de desarrollar sus conceptos.

Podemos afirmar que las funciones conferidas a los llamados "Organos de Colaboración Vecinal y Ciudadana" por la Ley Orgánica del D.F., y su Reglamento, no son suficientes ni en una mínima parte para que los habitantes del Distrito Federal puedan participar más activa y democráticamente en el gobierno de dicha entidad; y que la implantación de este sistema de organización ciudadana constituye únicamente una medida demagógica para dar una apariencia democrática a las estructuras político-jurídicas profundamente injustas y atentatorias contra la eminente dignidad de la persona humana que existen en el Distrito Federal.

El 8 de noviembre de 1983 al discutirse en la Cámara de Diputados la iniciativa de reformas a la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal enviada por el Ejecutivo, se replanteó la necesidad de la elección popular de Regente o Gobernador, de la existencia de un Congreso local y de un régimen municipal, y se manifestó que los ciudadanos de la capital de la República son la paradoja viviente del sistema político, puesto que si bien los habitantes son la sangre y vida de los poderes políticos que se asientan en la ciudad, ellos mismos carecen de derechos políticos locales. Por otra parte, al referirse a la "consulta popular" mencionada por el presidente Miguel de la Madrid, para definir cuál será el régimen fundamental para el Distrito Federal, algunos diputados expresaron su rechazo a esa técnica empleada para conocer supuestamente cuál es la voluntad del pueblo, toda vez que de todas las ponencias presentadas, ya están previamente elegidas 5 o 6 para ser las únicas tomadas en cuenta y las conclusiones del "Foro de Consulta Popular" también estaban redactadas de antemano, es decir, antes de concluir el evento, por éstas y otras razones votaron en contra de las reformas que según la exposición de motivos permitían un avance hacia la democratización del D.F., ya que no es con leyes orgánicas sino con voluntad política como se consigue la democracia.

Según Kelsen, en el proceso legislativo se debe combinar el principio de la democracia directa con el de la indirecta, y esa combinación está constituida por la institución de la iniciativa popular en la que el parlamento resuelve acerca de proyectos e iniciativas suscritos por cierto número de ciudadanos; otra manera de combinar los dos tipos de democracia es el referéndum, por el cual ciertos proyectos aprobados por el parlamento tienen que ser sometidos a la aprobación popular para tener fuerza de ley, y concluye afirmando que mientras más se utilicen estas instituciones, mayor será la aproximación al ideal de democracia. Estos instrumentos perfeccionadores de la democracia fueron incorporados a nuestro sistema por la iniciativa de reformas y adiciones constitucionales presentada por el Ejecutivo el 6 de octubre de 1977 ante la Cámara de Diputados, que en su exposición de motivos expresaba que a través de las reformas se buscaba vigorizar la presencia del pueblo en las decisiones que le afecten para que éste disponga de amplias opciones que le permitan valorar y decidir libremente; dentro de otros buenos propósitos contenidos en la iniciativa estaba el del mejoramiento de la vida política en el Distrito Federal por medio del referéndum y de la iniciativa popular, los cuales buscan el consenso y la expresión popular en los actos de gobierno, y así alentar las actividades cívicas y políticas de los habitantes del D.F., de tal forma que tanto en la aprobación de los diversos ordenamientos que les atañen, puedan intervenir de manera directa y hacer valer por estas vías sus aspiraciones. Con estos razonamientos se reformó el artículo 73 para introducir el referéndum y la iniciativa popular respecto de ordenamientos legales y reglamentos que en la ley de la materia se determinen y conforme al procedimiento que en la misma se señale; de esta forma la L.O.D.D.F., en su capítulo VI, establece las formas de ejercicio de los derechos derivados del referéndum, el cual está definido como el método de integración directa de la voluntad de los ciudadanos del Distrito Federal, para aprobar o rechazar la formación, modificación, derogación o abrogación de ordenamientos legales y reglamentos relativos a esa entidad federativa; también define a la iniciativa popular como el método de participación directa de los ciudadanos del D.F., para proponer la formación, modificación o derogación de ordenamientos legales y reglamentos relativos a esa entidad federativa.

Por lo que se refiere al referéndum sobre ordenamientos legales, corresponde iniciarlo al Presidente de la República y al Congreso de la Unión; en caso de reglamentos únicamente al titular del Ejecutivo. Según la propia Ley Orgánica, el referéndum puede ser obligatorio o facultativo para los Poderes Ejecutivo y Legislativo; es obligatorio cuando los reglamentos u ordenamientos legales en proceso puedan afectar a la totalidad de los habitantes del Distrito Federal y tiendan a satisfacer necesidades sociales de carácter general; es facultativo cuando los reglamentos u ordenamientos legales no tengan las características anteriormente citadas.

Una disposición que no deja de llamarnos la atención por hacer prácticamente irrealizable el ejercicio del referéndum es el párrafo cuarto del artículo 58, toda vez que establece que al ocurrir los supuestos requeridos para el referéndum obligatorio, los poderes Ejecutivo y Legislativo, pueden determinar los casos de notoria inconveniencia del despacho de un referéndum tomando en cuenta las razones de tipo jurídico, económico y social que funden su negativa, es decir, al referéndum obligatorio lo convierten en facultativo, dejando al arbitrio de los Poderes Legislativo y Ejecutivo su despacho, así el pueblo del D.F., queda fuera de la aprobación o rechazo de ordenamientos legales y reglamentos, por esta razón, entre otras, el referéndum como "instrumento perfeccionador de la democracia" se convirtió en letra muerta en nuestra Constitución Política. Finalmente, quedan expresamente excluidos del referéndum obligatorio las leyes y reglamentos correspondientes a la hacienda pública y a la materia fiscal del Departamento del

Distrito Federal; los procedimientos de referéndum se iniciarán previa información y difusión con un mínimo de dos meses anteriores a la fecha de su instalación formal, del contenido de las disposiciones objeto de referéndum, además deberán entregarse simultáneamente las formas de votación y el texto íntegro del ordenamiento legal o del reglamento, de sus modificaciones o las razones de su derogación.

La iniciativa popular corresponde a los ciudadanos del Distrito Federal, pero para su trámite se requieren ciertas condiciones que la hacen ineficaz en la práctica, por ejemplo, se necesita que la autoridad compruebe "fehacientemente" que la iniciativa se encuentra apoyada por un mínimo de 100,000 ciudadanos, de los cuales por lo menos 5,000 deben residir en cada una de las 16 Delegaciones Políticas. Una vez satisfechos los requisitos, la iniciativa popular se substanciará como cualquier ley ordinaria, de conformidad con el artículo 27 constitucional; en caso de reglamentos se substanciará por el Ejecutivo de acuerdo con el procedimiento que fije la ley; pero observemos que esta ley que debería regular los procesos de referéndum e iniciativa popular, y que señalaría la forma para verificar la existencia de los múltiples requisitos que exige la Ley Orgánica del Distrito Federal, no ha sido promulgada, razón por la cual los ciudadanos del Distrito Federal, no disponen de los medios necesarios para ejercitar los derechos establecidos en dichos ordenamientos, lo que origina que se conviertan en un mero enunciado sin vigencia real; el único intento para expedir la ley reglamentaria fue la iniciativa de ley sobre referéndum e iniciativa popular presentada por el Ejecutivo el 26 de julio de 1979 ante la Cámara de Diputados, que en la parte relativa a la exposición de motivos indicaba que se pretendía establecer una tesis propia de acuerdo con las especiales condiciones y circunstancias del orden jurídico-político que rige al Distrito Federal y no tienen coincidencia exacta con las características doctrinales aceptadas para esos procesos, ni las características de aplicación en otros países.

Al iniciarse la discusión en lo general de la iniciativa en cuestión, hubo una proposición que fue aceptada para que fuera sometida a una "consulta popular", misma que se inició el 26 de diciembre de 1979, con la asistencia de los partidos políticos registrados, los que naturalmente, con excepción del Partido Revolucionario Institucional, expresaron su rechazo a la iniciativa sometida a la mencionada consulta popular. El Partido Acción Nacional, por conducto del Lic. Bernardo Bátiz Vázquez, señaló que la iniciativa popular y el referéndum como tales, son afinaciones y adelantos de un sistema democrático, sin embargo en nuestro país, por principio no está funcionando la democracia en su forma más sencilla y rudimentaria, al impedir el gobierno y su partido el ejercicio pleno del sufragio efectivo en las elecciones, y además para que la democracia se pueda perfeccionar, es necesario primero que ésta exista; el Partido Popular Socialista manifestó que la iniciativa adolece de limitaciones tales que será inoperante en la práctica, el referéndum, en los términos en los que se instrumenta, su operatividad quedaría en una simple simulación y todo amenaza con restringirse en su valor a un referéndum ficción; y en ese mismo orden de ideas, los

partidos políticos restantes desaprobaron la iniciativa en comentario por considerarla contraria a los intereses del pueblo del Distrito Federal.

Sin dejar de reconocer el valor propio que tienen los instrumentos perfeccionadores de la democracia, sostenemos que su implantación en nuestro sistema no es una solución al complejo problema derivado de la falta de derechos políticos de los ciudadanos del Distrito Federal, por ser inoperantes en la práctica; la reforma efectuada fue una solución parcial al gran problema, fue un intento tímido y tibio; por lo tanto, insuficiente y desproporcionado con la magnitud de los conflictos originados por la carencia de estructuras democráticas en el Distrito Federal, no se necesitan sustitutos de la democracia, se necesita la participación real de las personas en las actividades colectivas que les afectan directamente, se necesita hacer de la democracia un modo de vida y sistema de convivencia en el que se respeten por igual los derechos fundamentales de la persona humana, tales como el derecho a intervenir en los asuntos públicos de la comunidad política de la que forma parte, la solución requiere cambios estructurales de fondo, puesto que sólo reconociendo y garantizando los derechos políticos de los habitantes del Distrito Federal, sin mengua de la unidad de decisiones que requiere la administración para toda la entidad federativa, es posible restituirles a éstos su calidad de ciudadanos en un país democrático. La Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, de dos instituciones valiosas en sí, hizo un procedimiento inútil costoso y cuyos efectos han, sido sin duda, desalentadores para el pueblo, tanto el referéndum como la iniciativa popular no se pueden llevar a cabo en la práctica por falta de una ley reglamentaria que especifique claramente el procedimiento para la verificación de los requisitos contenidos en la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, y por la forma en que están reglamentados puesto que los hacen inoperantes, y son sumamente restringidos en cuanto a su campo de aplicación.

Consideramos que la democracia como modo de vida y sistema de convivencia implica también la promoción y garantía de los derechos ciudadanos para intervenir en el proceso de integración de su gobierno y para formar parte de él, a través de procedimientos electorales suficientes, imparciales y objetivos, y que el hombre sólo es políticamente libre cuando se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. En un régimen democrático se debe respetar la igualdad esencial de todos los ciudadanos y una manifestación del respeto a esa igualdad, es permitir la intervención del pueblo en la formación de un gobierno que sea expresión auténtica de la colectividad, toda vez que los electores tienen que participar más efectivamente en la confección de la voluntad del propio Estado y más eficazmente en las actividades colectivas que condicionan su propio destino personal. En el Distrito Federal, no se respetan los derechos políticos de sus ciudadanos al permitir nuestro ordenamiento jurídico que la autoridad no se ejerza rectamente sino al capricho de un grupo minoritario, y los ciudadanos no tienen, en términos de la Constitución, sino el derecho de participar exclusivamente en las elecciones federales para elegir Diputados, Senadores

y Presidente, pero no para elegir autoridades locales, son los electores más disminuidos del país, viven en una situación de inferioridad democrática al tener escasas oportunidades de ejercicio electoral con relación al resto de las entidades federativas. El cuerpo de leyes de esta entidad está elaborado por el Congreso de la Unión, es decir, por un cuerpo colegiado cuyos integrantes son en su mayoría residentes en el interior de la República y por lo tanto no han sufrido los problemas que aquejan al Distrito Federal, en consecuencia, no han pensado siquiera en las posibles soluciones que se pueden implementar a través de la legislación, y se limitan tan sólo a aprobar servilmente cualquier iniciativa proveniente del Ejecutivo Federal, por ilógica o inconstitucional que ésta sea.

Por otra parte, los Organos de Colaboración Vecinal y Ciudadana, han sido un fracaso y un desplante demagógico, toda vez que sus logros, cualitativa y cuantitativamente, son de ínfima importancia, limitándose tan sólo a ser órganos superficiales decorativos e inútiles, cuando su función debería ser de representación ciudadana, investidos de funciones ejecutivas y decisorias, de vigilancia para la eficaz prestación de los servicios públicos y para exigir responsabilidades cuando las autoridades delegacionales no cumplan con su función.

Por lo que se refiere a los Delegados Políticos, es de sobra conocido que en la gran mayoría de los casos no son residentes de sus Delegaciones y no existe ningún nexo que los pueda ligar con los habitantes de la demarcación territorial que supuestamente están gobernando, originando con ello una deficiencia cuando no carencia de servicios públicos adecuados a la medida de la persona humana. El pueblo no conoce, no designa a sus Funcionarios delegacionales, no hay comunidad de vida, no tiene participación en la vida comunitaria.

El espíritu del Constituyente al elaborar la fracción VI del artículo 73, fue que el Distrito se dividiera en municipalidades, que cada una de ellas estuviera a cargo de un Ayuntamiento de elección popular, y consideró al Municipio Libre como la base de la división territorial y de la organización política, ya que la lucha por la autonomía local fue en un principio una lucha por la democracia en el seno de un estado autocrático; la sociedad civil se organizó en primer término bajo la forma de un Municipio con autonomía y autodominación, cuando la organización familiar no bastó para prestar a sus miembros los servicios básicos ni para garantizar la preservación de los valores de la convivencia interna; el Municipio debe contener las características de autonomía política y financiera, ser fuente y apoyo de la libertad, integrarse democráticamente, quedando sujeto con carácter de permanencia a la vigencia y control de los individuos miembros de la organización municipal, para evitar la invasión de sus esferas competenciales por los Poderes Federales o por los Ejecutivos Locales.

No podemos seguir tomando modelos ejenos a nuestras raíces y a nuestra historia, Washington no debe ser el ideal a seguir, porque su origen fue muy diverso al de nuestro Distrito Federal, aquél fue producto de la cesión territorial de varios Estados con el propósito expreso de convertirlo en sede de los

Poderes Federales; la ciudad de México no fue creada para eso, sino que existió desde tiempos del Imperio Azteca como su centro, de la Nueva España también fue capital y antes de que se pensara siquiera en la existencia del sistema federal era la ciudad más poblada, con más elementos de cultura y civilización y el centro económico de primera importancia, lo que la diferencia entre otras muchas cosas del Distrito de Columbia en los Estados Unidos de América.

Por todo lo anterior, necesitamos buscar caminos y sistemas especiales para su régimen interior de gobierno, que sin romper con el sistema federal, permita el ejercicio de los derechos políticos de sus habitantes; estos caminos podrían ser en primer término, la elección popular del gobernador del Distrito Federal, que no tuviera compromisos adquiridos con el Ejecutivo Federal como ocurre actualmente por el hecho de su designación, y que al ser elegido libremente por el titular de la soberanía se encargaría de proteger los intereses de sus gobernados y no los intereses partidarios o de una casta privilegiada.

Es imprescindible el establecimiento de una legislatura local compuesta por miembros residentes en el Distrito Federal, este Cuerpo Legislativo para el Distrito Federal, electo popularmente tendría como requisito fundamental que sus miembros residieran en el Distrito Electoral por el que fueran postulados, evitando así el turismo electoral, teniendo en cambio la ventaja de que serían conocedores del medio, y en consecuencia, legislarían en materia local para el Distrito Federal, buscando prevenir y resolver los problemas inherentes a una entidad de la magnitud de ésta; por otra parte, se podría implementar un sistema de representación proporcional, para que, con la idea de fomentar el pluralismo político, estén representadas todas las corrientes ideológicas y políticas afines a cierto número de ciudadanos, es decir, tendríamos un amplio mosaico ideológico con pluralidad de enfoques, ideas y soluciones.

Otra ventaja que tendría el cuerpo legislativo, es que al ser un órgano especializado no desarrollaría otras actividades que lo distraerían de su función única, y en consecuencia tendría amplia disponibilidad de tiempo para analizar y discutir a conciencia las iniciativas de ley, y el resultado final sería un dictamen razonado y leyes justas que redundarían en beneficio de la colectividad. El cuerpo legislativo para el Distrito Federal, no tendría facultades absolutas, pues su función quedaría reducida únicamente al ámbito local, como cualquier legislatura de los estados miembros de la federación, y estaría limitado en su espera de acción por la reserva establecida en el artículo 124 Constitucional al legislar en materias que no están expresamente concedidas al Congreso de la Unión, desapareciendo de esta forma la posibilidad de choques o colisiones.

Los miembros del Cuerpo Legislativo del Distrito Federal, serían electos únicamente por los ciudadanos de esa entidad federativa, puesto que los electores de todo el país no tienen conocimientos acerca de la problemática del D.F., y malamente podrían decidir acerca de quiénes serían las personas más adecuadas para legislar en materia local para el D.F. No encontraría-

mos rompimiento en cuanto a nuestro sistema se refiere porque la propia constitución general establecería la creación (previas reformas) del Cuerpo Legislativo; el poder judicial sería nombrado por el Gobernador del D.F., con aprobación de este cuerpo. El Distrito Federal, carece de autonomía al no poder darse su propia constitución, no obstante esto, el Cuerpo Legislativo, mediante una ley que de él emane dotaría de facultades a los poderes locales, además expediría las leyes ordinarias necesarias para la buena marcha de la entidad, diferenciándose dos tipos de normas, las propiamente federales que se aplican en todo el territorio nacional expedidas por el Congreso de la Unión, y las locales para el Distrito Federal, que se aplicarían estrictamente dentro del medio espacial de validez de esta entidad, coexistiendo territorialmente, pero excluyéndose por razón de la materia como viene ocurriendo en la actualidad. Es indispensable el restablecimiento del régimen municipal en el Distrito Federal, para cubrir la necesidad de descentralizar eficazmente la administración pública, de tal suerte que ésta pueda ejercer sus atribuciones en beneficio de los habitantes. Las 16 Delegaciones Políticas que existen actualmente se deben transformar en Municipios cuyos ayuntamientos serán formados por personas elegidas democráticamente, esto implica el funcionamiento de una Institución descentralizada de los servicios públicos con cierto grado de autonomía en la esfera administrativa, es decir, sólo administrarán su patrimonio y los servicios públicos, respetando en todo momento, las directrices, intereses y metas generales de la Federación. El funcionamiento administrativo del Distrito Federal, se verá beneficiado dependiendo de ayuntamientos compuestos por ciudadanos capaces, libremente elegidos por el pueblo y no por delegados impuestos sin ánimo ni conocimientos para desarrollar una buena administración y sin arraigo entre sus conciudadanos.

De ninguna manera podemos aceptar que las disposiciones municipales afecten o lesionen a alguno de los poderes federales, porque de ser así, ocurriría la misma situación cuando coexisten municipio y poderes locales en algún Estado de la Federación, siguiendo el mismo razonamiento, el Municipio a través de alguna disposición podría poner en peligro a los Poderes Estatales, lo que es inadmisible, pues ¿cómo los ayuntamientos que existen dentro de un Estado sí pueden coexistir con los Poderes Locales?

Es injusto privar al Distrito Federal de una organización municipal que vele por los intereses de sus habitantes, de una Institución que es sinónimo de libertad, esa libertad que se ha visto consagrada en la historia de nuestro país, puesto que el Municipio; ha existido desde hace muchísimos años; es necesaria la comunidad del Estado con la Nación y del hombre con el Municipio es preciso que el pueblo ejercite su soberanía; aún en la época de Porfirio Díaz, existió el Municipio aunque con facultades sumamente restringidas.

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, se deben modificar los siguientes artículos constitucionales:

44, 50, 89, 115, 117, 119, 121 y 122, con la finalidad de permitir a los ciudadanos del Distrito Federal, el ejercicio pleno de sus derechos políticos,

que actualmente no le son reconocidos por nuestro sistema jurídico-político, ya que sólo así nos acercamos a la vigencia de la democracia considerada no sólo como una técnica para contar votos y obtener promedios para las tomas de decisiones, sino como una forma de gobierno y un modo de vida y convivencia en el que se acepte el concepto real de la naturaleza y dignidad humana y su destino, la noción de la necesidad de la vida social, una jerarquía de valores que subordine lo inferior a lo superior y el imperio de la ley moral sobre la ley positiva, el Estado y la misma Sociedad.

FUENTES DE INFORMACION

A) CUERPOS LEGALES

Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824.
Bases Constitucionales, expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835.
Bases Orgánicas de Organización Política de la República Mexicana del 12 de junio de 1843.
Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812.
Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos sancionada por el Congreso General Constituyente, el 4 de octubre de 1824.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada el 5 de febrero de 1857.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada el 5 de febrero de 1917.
Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.
Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana del 15 de mayo de 1856.
Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, promulgado el 27 de diciembre de 1978.
Plan de Ayutla del 1º de marzo de 1854.
Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana del 16 de mayo de 1823.
Proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza el 1º de diciembre de 1916.
Proyectos de Constitución del 25 de agosto y del 3 de noviembre de 1842.
Proyecto de Reforma del 30 de junio de 1840.
Reglamento Interior del Departamento del Distrito Federal, expedido el 29 de enero de 1979.
Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 18 de diciembre de 1822.
Tratados de Córdova del 24 de agosto de 1821.

B) BIBLIOGRAFICAS

BISCARETTI DE RUFFIA, PAOLO: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado; las Formas del Estado y las Formas de Gobierno*, traducción de Héctor Fix Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, 373 pp.

CARPIZO, JORGE y MADRAZO, JORGE: *Introducción al Derecho Mexicano*, Vol. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1981, 95 pp.

FERNÁNDEZ, JOSÉ DIEGO: *La Constitución Federal de 1857: Sus Reformas*, México, Imprenta y Fototipia de la Secretaría de Fomento, 1914, 66 pp.

HAURIOU, MAURICE: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2a ed, Madrid, Ed. 1927, 587 pp.

HERRERA y LASSO MANUEL: *Crisis del Pensamiento Político*, Conferencia de Resumen y Comentario Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 1946 pp. 183-198.

_____: *Estudios de Derecho Constitucional*, Vol. II, s.e., México, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Ed. Polis, 1940, 265 pp.

KELSEN, HANS: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, ed, 3a, México, Textos Universitarios, 1969, 478 pp.

MARTÍNEZ, LÓPEZ, LUIS: *Leyes Constitucionales: La Constitución Federal de 1917 y sus Leyes Orgánicas Coleccionadas*, s.e., México, Imprenta Universal, 1927, 60 pp.

MONTAÑO, AGUSTÍN: *Manual de Administración Municipal*, 1a ed., México, Ed. Trillas, 1981, 196 pp.
TENA RAMÍREZ, FELIPE: *Derecho Constitucional Mexicano*, 14a. ed. México, Ed. Porrúa, 1976, 617 pp.
_____ : *Leyes Fundamentales de México*, (1808-1982) 11a ed., México, Ed. Porrúa, 1982, 1031 pp.
ZARCO, FRANCISCO: *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente*, 1856-1857, s.e. México, Ediciones de El Colegio de México, 1957, 1009 pp.
_____ : *Guía para Consultar la Historia del Congreso Constituyente* de 1856 a 1857, México, Impresión de Francisco Díaz de León, 1878, 65 pp.
_____ : *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Impresión I. Escalante, 1916, 1044 pp. 1a. Ed.
_____ : *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente* (1856-1857), México, Ediciones de El Colegio de México, 1956, 1421 pp.

TESIS PROFESIONALES

DOMÍNGUEZ RUIZ, CARLOS: *Confederación y Federación; El Régimen de Gobierno en el Distrito Federal*, México, Escuela Libre de Derecho, 1955, 69 pp.
MIRANDA DEL RASO, OLGA: *El Gobierno del Distrito Federal desde el punto de vista Constitucional y Administrativo*, México, Escuela Libre de Derecho, 1951, 47 pp.
QUIROGA RIVERA, LEOPOLDO ALBERTO: El Poder Legislativo del Distrito Federal, México, Escuela Libre de Derecho, 1969, 46 pp.

C) HEMEROGRAFICAS

BÁTIZ, BERNARDO: "Impugna la Oposición la iniciativa de ley de Referéndum para el Distrito Federal", *"El Universal"*, 27 de diciembre de 1979, 1a. secc., p. 4.
GUTIÉRREZ R., LUIS: "Los Reglamentos del Departamento del Distrito Federal, a referéndum", *"Uno más Uno"*, 31 de agosto de 1979, pp. 4-6.
MAGAÑA, JUAN MANUEL: "Reglamentar Referéndum e iniciativa Popular, demandan en el CEPES-D.F.", *"Uno más Uno"*, 14 de noviembre de 1979, p. 8.
PIMENTEL, GUILLERMO: "Opinar sí, elegir a los gobernantes del Distrito Federal, no: Hank", *"Uno más Uno"*, 17 de noviembre de 1979, p. 11.

FOLLETOS

BÁTIZ VÁZQUEZ BERNARDO: *Estudio de la Problemática del Distrito Federal desde el Punto de Vista Jurídico-Político*, México, diciembre de 1979.
C.P. DÍAZ ALONSO, ARTURO: Presidente del Consejo Consultivo del Distrito Federal: *Informe de Labores*, ciudad de México, 24 de junio de 1982.
_____: Discurso de Toma de posesión, XXXI Consejo Consultivo del Distrito Federal., México, 7 de junio de 1980.
PARTIDO ACCION NACIONAL: *Principios de Doctrina*, 1a. ed. México, Ed. Jus, 1973, 69 pp.
PARTIDO POPULAR SOCIALISTA: *Ponencia Sobre Referéndum e Iniciativa Popular*, México, diciembre de 1979.
PARTIDO SOCIALISTA DE LOS TRABAJADORES: *Ponencia Sobre Referéndum e Iniciativa Popular*, México, diciembre de 1979.

D) DOCUMENTALES

CONGRESO DE LA UNION, CAMARA DE DIPUTADOS, L' Legislatura: *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, Tomos V y VI, 2a ed., México, Ed. Porrúa, 1978. 862 y 888 pp.

CONGRESO DE LA UNION, CAMARA DE DIPUTADOS: *Diario de Debates*, año I. Tomo I. No. 53, México, D.F., diciembre 27 de 1970.
_____ : *Diario de Debates*, año II, Tomo II, No. 14, México, D.F. octubre 6 de 1977.
_____ : *Diario de Debates*, año II, Tomo II, No. 18, México, D.F., octubre 19, 1977.
_____ : *Diario de Debates*, año II. Tomo II. No. 21, México, D.F., octubre 24, 1977.
_____ : *Diario de Debates*, año III, Tomo III, No. 19, México, D.F., octubre 6, 1978.

E) ARCHIVO ADMINISTRATIVO

CAMARA DE DIPUTADOS, Centro de Información Computarizada "CADI", folio 0005: *"Reformas a la Fracción VI del Artículo 73 Constitucional"* México 15 de septiembre de 1982, 31 pp.

EL NUEVO "SUMARISIMO" DENTRO DEL AMPARO

JUVENTINO V. CASTRO

Muchos y muy desiguales aspectos presentan las recientes reformas de 1983 introducidas al proceso de amparo, vía modificaciones a las leyes Reglamentarias de los artículos 103 y 107 de la Constitución y la Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

No todas ellas resisten el poder unificarlas bajo un sistema que permita fácilmente precisar su sentido general, pero sí se pueden englobar todas afirmando que pretenden —y en nuestro concepto logran— una agilización de los procedimientos, una actualización de las normas y una eficaz preparación para una reforma más honda de nuestro juicio constitucional por excelencia. Una reforma de más esencia, aquella que cale en la consubstancialidad del instrumento procesal protector de las garantías constitucionales tendría que comenzar por reestructurar los artículos 103 y 107 constitucionales, pilares del amparo; y a su vez, la transformación de dichas disposiciones nos conduciría a una Nueva Ley de Amparo, y no digo un "nuevo amparo", porque lo que ha servido con eminencia destacada a un país —y a muchos otros que nos han imitado—, sería error tremendo alterarlo con una radicalidad incongruente que diera la espalda a nuestra razón histórica.

Varios temas de la reforma merecen comentarios destacados, tales como las que se refieren a las atribuciones otorgadas a las Salas de la Suprema Corte —ejercitables de oficio o a petición del Procurador General de la República—, para conocer *atrayendo* los negocios de entidad especial que de acuerdo con las reglas ordinarias de la competencia corresponden a los Tribunales Colegiados de Circuito, o por contra *rechazando*, o sea ordenando el envío a éstos de asuntos que son del área competencial de las Salas, para el efecto de dejar en mejor posibilidad a nuestro más Alto Tribunal de la República de dedicar toda su cuidadosa atención, y su alta función constitucional, a los amparos más destacados; o la creación de dos nuevos recursos de queja: uno de ellos contra el otorgamiento o la negativa de la suspensión provisional, que de alguna manera enriquece la defensa de los particulares contra los ataques a su libertad; o el mejor y más claro planteamiento y substanciación de los amparos directos que se enderezan contra leyes que se aleguen como inconstitucionales, y que fundan las sentencias o laudos definitivos, los cuales deben de señalarse como los únicos actos reclamados; o la vigorización de diversas disposiciones legales, incorporándoles criterios jurisprudenciales firmemente sostenidos por nuestra Corte Suprema sin interrupciones o modificaciones a través del tiempo; o la precisión de los órga-

nos ante los cuales —fuera de opciones— deben presentarse las demandas o los recursos; o el desaliento a las maniobras de los litigantes de mala fe que olvidando y traicionando la alteza de miras de nuestro proceso de amparo con cinismo lo utilizan para beneficio de ellos o de sus clientes, a quienes malaconsejan proponiéndoles o imponiéndoles tales manejos; y otras cuestiones de ese interesante nivel, que evidentemente deberíamos intentar comentar y difundir.

Sin embargo, quiero reducirme en este breve análisis a examinar al *sumarísmo* que acaba de crear la reforma de la Ley de Amparo, en sus artículos 156 y 182 bis. Lo denomino así (puesto que no es una terminología legal), tomando en cuenta que el proceso de amparo es en sí, y bajo su peculiar estructura, un juicio no sólo extraordinario sino igualmente sumario. Acostumbro designarlo —utilizando el término que introdujera el inolvidable Maestro y Ministro don Teófilo Olea y Leyva—, como un *proceso concentrado* de anulación, porque en efecto reúne todas las virtudes y las excelencias de un proceso que a la manera procesal contemporánea *concentra* con sencillez y eficacia el planteamiento de la controversia constitucional mediante el ejercicio de una acción que impugna actos de autoridad que en concepto del actor contradicen, ignoran o desconocen las garantías constitucionales; el contenido de la *litis contestatio* que se deriva de la propia acción y del informe con justificación, expreso o ficto; y que resuelve en una audiencia —sólo excepcionalmente transferible a nueva fecha— la declaratoria que corresponde a la Justicia de la Unión en cumplimiento de su deber jurisdiccional constitucional. Si pues el de amparo es un proceso *sumario*, el que lo comprime aún más no puede ser identificado en otra forma sino como *sumarísimo*.

Este *sumarísimo* se refiere a aquellos procesos instaurados mediante la interposición de una acción de amparo que alega que al actor-quejoso se le está aplicando, o pretende aplicársele una ley que la jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia ya declaró reiteradamente que es inconstitucional; y que lo ha hecho en ejecutorias en el número que la Ley especifica concretamente; por el número de votos que igualmente precisa esa Ley; y que son sucesivas, es decir que no están interrumpidas por otra en contrario, de manera que no están en entredicho respecto a su firmeza. Eso es lo que nuestro sistema constitucional y reglamentario llama *jurisprudencia firme*.

Nada podría entenderse cabalmente de este tipo de amparos si no hacemos el intento al menos de captar en su profundidad lo que se entiende por *amparo contra leyes*. Por eso intento clarificarlo, al menos para los que no lo reflexionan cuidadosamente por no constituir su especialidad.

Es bien claro que hay una gran diferencia —un abismo diría— entre plantear una acción de amparo contra un acto, judicial o administrativo, que siempre está dirigido y particularmente enderezado en contra de una persona, física o moral, perfectamente señalada, que en tal carácter de pasivamente legitimada reclama un acto concreto que a ella se le notifica, se le dirige, o que le sirve como contestación a una instancia o petición que previamente dirigió a una autoridad revestida de *imperium*, o sea que se

puede imponer inclusive por medio del uso de la fuerza pública; y otra acción de amparo que alega que una norma jurídica —la cual por su naturaleza es general, impersonal y abstracta—, contradice a la Constitución, la cual a su vez le reconoce garantías constitucionales. El acto jurisdiccional o administrativo es siempre particular, personal y concreto; la ley en cambio es general. La Constitución prohíbe, en su artículo 13, la expedición y aplicación de leyes privativas.

No es el caso aquí de examinar —pero lo apunto con profundo interés—, si debe entenderse que la ley inconstitucional es nula, de toda nulidad, o de nulidad relativa a partir de la declaratoria correspondiente; o si a la manera kelseniana debemos entender que una ley que contradice a la Constitución, simple y sencillamente no es ley, aunque tenga una apariencia formal de tal. Pero el tema es fundamental.

Lo que ocurre es que el amparo contra leyes —es decir que impugna a la ley en sí, y no su aplicación errónea—, no sólo es el de mayor entidad, en nuestro sistema de amparo, sino que es el que produce problemas de conceptuación y de consecuencias jurídicas más trascendentes, en forma tal que todo lo referente a este tipo de amparos es destacado y por ello destacable.

El amparo que impugna un acto de autoridad legislativa, o de cualquier otra autoridad pero que se fundamenta primitivamente en el acto legislativo que se juzga inconstitucional, es diverso totalmente al amparo que precisa un acto de autoridad judicial o administrativa respecto a la mera aplicación —incorrecta u omisa— de una ley que no se cuestiona.

Concreto es el acto de aplicación o de desaplicación. Genérico o abstracto es el acto legislativo. El primero siempre se refiere a una persona —física o moral; pública o privada—; el segundo es totalmente impersonal.

Por ello resulta perfectamente entendible que cuando al ejercitarse una acción de amparo por un quejoso, se ordene que la sentencia que se dicte sólo se refiera a la persona que interpuso la acción, y que lo resuelto en ese proceso no se extienda o influya a otras cuestiones semejantes, similares, análogas o inclusive idénticas, cualquiera entiende que es enunciar un efecto de dicha sentencia, congruente y lógico. Las sentencias sólo benefician o afectan a las personas que concurrieron o fueron legalmente llamadas al proceso donde se dictó la sentencia.

En cambio entramos en conflicto substancial cuando el acto reclamado se refiere a una disposición jurídica que no está dirigida a una persona, o a un grupo de personas perfectamente identificadas, y se cuestiona su validez como ordenamiento general, impersonal y abstracto, y al concluirse el análisis que plantea el actor en el proceso, se dispone que a él —gestor e impugnador de la ley—, no se le va a aplicar tal ordenamiento, porque el mismo es inconstitucional, pero que a todos los demás que no lo impugnaron en tiempo y cumpliendo los requisitos formales requeridos por las disposiciones reglamentarias, sí se les aplicará a pesar de su inconstitucionalidad declarada.

Y sin embargo esto es lo que sostiene el llamado "principio de la relatividad de las sentencias de amparo", que otros identifican —con deficiencia en

mi concepto—, como "fórmula de Otero", bajo una referencia al ilustre jurista jaliscience que con su voto particular dio vida al amparo en el Acta de Reformas de 1847.

Pero ésta es una vieja discusión que concluye nuestra fracción II del artículo 107 constitucional, cuando ordena: "La sentencia *(en amparo)* será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare".

Debo insistir aquí en una vieja posición que continuamente he publicitado con la mayor fuerza, en el sentido de que resulta totalmente equivocado y probablemente hasta parezca incongruente mencionar a la *fórmula de Otero* simplemente bajo el concepto anteriormente transcrito que ha llegado a nuestra Constitución actual, sin al propio tiempo mencionar un complemento, también ideado por Mariano Otero, y que en su conjunto sí podemos enunciar como una *fórmula*.

En efecto, Otero propuso en su Voto Particular un manejo de las leyes que pudieran apreciarse como inconstitucionales, no sólo en el artículo 19, que en términos genéricos proponía el juicio de amparo, sino también en los artículos 16, 17 y 18, que finalmente se convirtieron en el Acta de Reformas de 1847 en los artículos 22, 23, 24 y 25. En el numeral que finalmente se aprobó como 22, se estableció que toda ley de los estados que ataque la Constitución o las leyes generales será declarada nula por el Congreso; el mismo procedimiento de declaratoria de nulidad se establece en el artículo 23 respecto de una ley expedida por el Congreso General y que fuere reclamada como anticonstitucional; y en ambos artículos y en el 24 se precisó la forma de hacer valer la impugnación de inconstitucionalidad (que sólo podía ser planteada por órganos del poder), su forma de examen, y finalmente la votación que pudiera declarar la invalidez de la ley en caso de apreciarse como anticonstitucional.

Como se ve, la fórmula de Otero prevé dos formas de afrontar leyes que se aprecian como anticonstitucionales: la primera, mediante la intervención de órganos oficiales, que podía concluir en la anulación de la ley; y la segunda, mediante el ejercicio de la acción de amparo, promovida por cualquier habitante de la República, que en caso de tratarse de leyes se estableció que la declaratoria correspondiente no podía generalizarse en forma alguna. Normalmente solamente se hace referencia a esta última manera de manejar las leyes inconstitucionales, hasta el extremo de llegar a pensarse que la fórmula de Otero es equivalente a la relatividad de los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley; cuando hubo otros efectos absolutos en materia de esas declaratorias que también propuso Mariano Otero, y que se aprobaron al mismo tiempo que se daba cuerpo a la institución del amparo que nació así en el Acta de Reformas ya mencionada.

Pero insisto que ésta es una precisión histórica, que queda grabada en un pasado no tan remoto, y que ya no es actual, en virtud de que el Constituyente de 1856-1857 resolvió suprimir totalmente la anulación de leyes declaradas inconstitucionales. Si a esto último queremos referirnos, en puridad deberíamos hablar de la *fórmula de la Constitución de 1857*, y no de Otero.

En cualquier forma queda claro que la apreciación de una ley como inconstitucional no produce otro efecto que el de no aplicarla al quejoso concreto en un amparo, sin que persona distinta pueda alegar que la ley declarada inconstitucional no le es aplicable; si esta última no interpuso su acción de amparo y no obtuvo sentencia favorable, tendrá que sujetar su conducta a la ley inconstitucional.

Inútil ha resultado todo esfuerzo dirigido a intentar la reflexión de que si la ley es general e impersonal, en virtud de este tipo de amparos contra leyes, tal ley se transforma en particular y personal para el que obtuvo sentencia favorable, que se encuentra así excluido de sujetarse a la generalidad que es esencia y hondura de la norma jurídica. Inútil digo, porque la Constitución no se discute: se cumple.

Y no habría más que añadir a este examen, si no fuera porque nuestra Ley de Amparo también contiene disposiciones en materia de jurisprudencia que deben reflexionarse cuidadosamente. Tales disposiciones precisan que una resolución que contiene una tesis, reiterada en el número de veces, bajo el número de votos, y sin que exista ejecutoria intermedia que contradiga el criterio, constituye jurisprudencia firme que resulta obligatoria para todas las autoridades que las propias disposiciones a que hago referencia precisan. O sea: el criterio jurisprudencial ya no resulta *particular* sino *general*.

Es así como se plasma —respecto de las leyes que han sido objeto de este sutil manejo—, un sistema ambivalente que podríamos destacar diciendo que la apreciación de la inconstitucionalidad de las leyes constituyen un ciclo que se enuncia como: *generalidad-relatividad-regreso a la generalidad*.

Es bien claro el movimiento antes precisado, pero me empeño en confirmarlo bajo otro ángulo para que no quede la menor duda de que una sentencia de amparo que declare que una ley es inconstitucional, en virtud de lo dispuesto por la fracción II del artículo 107 constitucional tan sólo tiene efectos para el quejoso que en ese juicio planteó su acción de amparo, y la misma fue declarada procedente y fundada, y por ello dicha ley no puede serle aplicada. Pero por otra parte nadie puede reclamar que aquel efecto relativo de las sentencias, en función de los accionantes que plantearon la controversia de constitucionalidad de la ley, también deba extenderse a su propio caso, no planteado, no expuesto a los tribunales federales de amparo, pero que se desea que automáticamente les beneficie. Sin embargo, por un principio distinto que se refiere a los efectos de los criterios jurisprudenciales que por esta última característica tienen un carácter de generalidad, devienen favorables a aquellas diversas personas que pudieren ser objeto de aplicación de esas leyes declaradas inconstitucionales en juicios particulares y concretos, en forma tal que sí pueden reclamar el que las autoridades que se especifican en el artículo 192 no se han ajustado a la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia, y que por ello debe aplicarse el

criterio jurisprudencial no respetado, confirmándolo de esa manera para otros casos idénticos o similares.

En virtud de este tratamiento, las leyes no son declaradas nulas, anulables, inválidas o carentes de fuerza legal, pero en cualquier modo no deben ser aplicadas. Lo destacable en todo esto es que el procedimiento no puede ser reclamado si los agraviados no ocurren en tiempo a solicitar que aquella declaratoria de inconstitucionalidad que en un principio era beneficiosa solamente para los quejosos que impugnaron la ley, puede extenderse a estos nuevos impugnadores que actúen en tiempo, ya que si consienten la ley inconstitucional, ésta debe aplicárseles a pesar de su grave deficiencia constitucional.

Este problema prácticamente detectado desde que el derecho de amparo nace, jamás ha tenido solución satisfactoria a pesar de que periódicamente se replantea y provoca la misma división de opiniones que hasta la fecha no ha encontrado caminos de conclusión.

Los que quieren romper con el procedimiento alegan la incongruencia de tratar una ley general como si fuera norma particular, en caso de concesión del amparo. Sus contrarios sostienen alarmados que si el Poder Judicial puede anular la facultad creativa de normas jurídicas y disposiciones generales del Poder Legislativo, el caos respecto del orden jurídico nacional se produciría instantáneamente.

La última vez que esta problemática fue replanteada, ocurrió dentro de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, que patrocinó el Procurador General de la República a petición del Presidente de la República, y dentro de la cual se integró una Comisión de Amparo. Esta Comisión concluyó el 8 de agosto de 1983 con esta primera afirmación: "En primer lugar en varios de los citados trabajos se propone ampliar los efectos de la sentencia de amparo que declare la inconstitucionalidad de una ley, de tal manera que pudiera llegarse al sistema de declaración general, en virtud de que la llamada 'fórmula Otero', que fue de gran utilidad para la consolidación de nuestro juicio de amparo, ya cumplió su misión histórica y debe superarse para adaptar a nuestra máxima institución procesal a las circunstancias actuales, en las cuales se requiere tanto celeridad en la resolución de los problemas constitucionales como respeto al principio de la igualdad de los gobernados ante la ley".

Sin embargo, a la vista del hecho indubitable de que la fracción II del artículo 107 constitucional exigiría forzosamente su modificación para poder ejecutar la conclusión a que se llegó con la concurrencia de distinguidísimos miembros del foro y de la judicatura de nuestro país; y del hecho de que si se intenta la modificación del artículo 107 constitucional el cambio no puede circunscribirse únicamente a estos aspectos de los efectos que deben darse a las sentencias de amparo, circunstancia esta que debe meditarse con todo cuidado para evitar innovaciones que evidentemente son audaces y revolucionarias, la Comisión revisora de la Ley que se integró con representantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Procuraduría General de la República y de la Universidad Nacional Autónoma de

México, y que en su parte final contó con la cooperación de los representantes de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, tuvo que enfrentar soluciones circunstanciales que tomando en cuenta los viejos problemas que ahora hemos recordado, y el afán de no festinar reformas constitucionales que en alguna medida pudieran resultar precipitadas, llegó a conclusiones intermedias que en el fondo significan posiciones equidistantes entre dejar el amparo contra leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte en el estado que guardaban hasta fines de 1983, y el cambio total de toda esta sistematización que al menos tratándose de amparo contra leyes nulifique totalmente el principio de la relatividad de los efectos de las sentencias de amparo, para permitir que cuando el acto reclamado consista en la expedición de normas generales, los efectos de la sentencia de amparo tengan igualmente efectos generales *erga omnes*.

Es así como nos introducimos a las modificaciones al artículo 156, y a la creación del artículo 182 bis, en virtud de los cuales se introduce en los procedimientos de nuestro juicio de amparo ese proceso acelerado que hemos denominado *sumarísimo*, y que sin introducir ningún cambio en el ejercicio de la acción de amparo, en la forma de substanciar los amparos indirectos y directos, y por supuesto sin variar los efectos de las sentencias que se dicten concediendo la protección constitucional a aquellos quejosos que impugnen la expedición o la aplicación de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, simplemente acortan los términos en los cuales debe de concluirse totalmente la tramitación de ese tipo de procesos, en forma tal que en plazo breve se lleve a cabo una vez más la aplicación del criterio que consideró inconstitucional a una ley haciéndose la declaratoria jurisprudencial correspondiente en un nuevo caso.

Tratándose del artículo 156, se aprovechó la disposición que ya prevía ese *sumarísimo* en los casos a que se refiere el artículo 37 de la Ley. Esta última disposición —debemos recordarlo—, prevé la llamada "jurisdicción concurrente" según la cual los quejosos —en tratándose de la violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 de la Constitución (para estar a la ortodoxia de lo que dispone la fracción XII del artículo 107)—, pueden reclamar dicha violación ante el juez de Distrito que corresponda, o bien ante el superior del tribunal que haya cometido la violación, bien entendido que ante esta última autoridad se pretende la substanciación de un proceso de amparo, y no la interposición de un recurso ordinario de apelación.

Al aprovecharse este tratamiento *sui géneris* ya existente en el artículo 156 antes de su reforma, solamente se le adiciona —y en forma prioritaria—, con aquellos casos en que el quejoso impugne la aplicación por parte de la autoridad o autoridades responsables de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia decretada por la Suprema Corte de Justicia. En estos casos —el primitivo y el que ahora se introduce—, se prevé que la substanciación del juicio se sujetará a todas las disposiciones que rigen al amparo

indirecto, "excepto en lo relativo al término para la rendición del informe con justificación, el cual se reducirá a tres días improrrogables, y a la celebración de la audiencia, la que se señalará dentro de diez días contados desde el siguiente al de la admisión de la demanda".

Pero como este proceso de términos breves tan sólo puede hacer referencia a los amparos indirectos, se requirió adicionar a la Ley con un artículo 182 bis que dispone algo similar al nuevo 156 para aplicarlo a la impugnación de sentencias definitivas o laudos fundados en ley declarada inconstitucional en jurisprudencia decretada por la Suprema Corte de Justicia, disposición en la cual se establece que el procedimiento se sujetará a lo dispuesto con anterioridad para todos los amparos directos, excepción hecha de los plazos a que se refieren los artículos 180 (término para que el tercero perjudicado y el Ministerio Público que haya intervenido en el proceso en asuntos del orden penal, presenten sus alegaciones por escrito), 181 (término para que el Ministerio Público devuelva los autos), 182 (término para mandar turnar el expediente al Ministro relator, y para que se formule por escrito el proyecto de resolución redactado en forma de sentencia), y el 185 (término para celebrar la audiencia, computado desde el siguiente día al en que se haya distribuido el proyecto a que se refiere el artículo anterior), todos los cuales deberán ser reducidos a la midad.

En puridad eso significará que el *sumarísimo* en amparo indirecto debe tramitarse y concluirse con sentencia *dentro de los once días* —veinticuatro horas para admitir la demanda presentada, según el artículo 148, y diez días para que se lleve a cabo la audiencia, según lo dispone el artículo 156—, y el amparo directo en el término de *treinta y un días*, ya que a las veinticuatro horas para admitir las demandas se le deben añadir cinco días para las alegaciones del tercero perjudicado y el Ministerio Público, cinco días para turnárselo al Ponente, quince días para que éste formule el proyecto, y cinco días para que lleve a cabo la audiencia. Bajo el artículo 185 un aplazamiento no podría prorrogarse más allá de treinta días, razón por la cual el término máximo tendría que ser de *sesenta y un días*, y esto sólo en casos excepcionales.

No queremos pecar de ingenuos ni de optimistas irreflexivos. Estos términos reconocemos que en la práctica va a ser difícil que se cumplan en sus disposiciones estrictas. Pero no cabe la menor duda que la orden de acortar los procedimientos está claramente indicada, y que el artículo 157 establece que los jueces de Distrito cuidarán de que los juicios de amparo no queden paralizados, y se le impone al Ministerio Público cuidar del exacto cumplimiento de esta disposición, principalmente en los casos de aplicación de leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales; y que hay el firme propósito de que en lo sucesivo el Ministerio Público Federal intervenga con mayor energía en los juicios de amparo.

Para apreciar en justicia la celeridad dispuesta para el sumarísimo, y que evidentemente no debe comprometer la calidad del examen y la evaluación de un acto de autoridad que se reclama como violatorio de las garantías constitucionales, que debe ser hecho de manera que no signifique una resolución final no válida por haberse substanciado el proceso con excesiva rapidez, lo cual no se compadecería con la alta tarea de los tribunales constitucionales, me permito hacer algunas reflexiones elementales, pero indispensables, a estos respectos.

La materia del proceso de amparo es en el fondo simplista. Se limita a establecer —explícita o implícitamente—, si existe un acto de autoridad, y en declarar si tal acto está ajustado a la Constitución, o si por el contrario la contradice o al menos se aparta de sus disposiciones. Es muy conocida la tesis jurisprudencial según la cual si la autoridad responsable confiesa que es cierto el acto que se reclama, éste debe tenerse como plenamente probado, y entrarse a examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ese acto (tesis 114 de la Octava Parte de la Jurisprudencia 1917-1975); y además que en los términos del tercer párrafo del artículo 149 de la Ley, cuando la autoridad responsable no rinda su informe con justificación se presumirá cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso la comprobación de los hechos que determinen su inconstitucionalidad cuando dicho acto no sea violatorio de garantías en sí mismo.

Por todo ello es claro que el proceso de amparo se circunscribe a establecer: a) la existencia de un acto de autoridad que trata de aplicarse a una persona; b) el contradictorio de que dicho acto es o no inconstitucional, y c) la evaluación del juzgador en relación con esos dos extremos, para concluir en una sentencia que declare lo conducente respecto a la litis planteada. Por supuesto no hemos hecho la menor referencia a los elementos procesales —existentes o inexistentes—, cuyos contenidos podrían impedir la sentencia de fondo, y obligar a una declaratoria de sobreseimiento.

En materia de impugnación de leyes —o de aplicación de ellas—, declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Corte, los tres elementos anteriores fácilmente se ponen de manifiesto: las leyes tienen forma definida y obligatoria de publicitarse —y por ello de tenerlas por existentes—, y el criterio de inconstitucionalidad ya está dado por la Suprema Corte. La única duda es si la ley es autoaplicativa, o bien si ya se está en presencia del acto de aplicación. Lo demás está demostrado y valorado de antemano y con total certeza jurídica.

En tal forma los términos brevísimos que ahora se ordenan no pueden afectar a nadie, y la solución que se ha encontrado es equidistante de los dos criterios que hasta la fecha siguen colisionándose, sin que antes hubiere aparecido esfuerzo especial para disolver o resolver ese enfrentamiento en forma tal que algún provecho —además con hondura—, se obtuviere mediante un nuevo tratamiento.

Completo este panorama recordando que el nuevo segundo párrafo del artículo 76 de la Ley se dispone que cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte, los funcionarios que conozcan del amparo deberán suplir la deficiencia de la queja, ajustándose a los plazos que señalan los artículos 156 y 182 bis de la Ley. He afirmado que ésta es una modalidad de la suplencia de la queja deficiente que debe destacarse.

En efecto, siempre que se estudia la suplencia se toma conocimiento de que el momento procesal que corresponde a esa institución, es aquel en que se procede a dictar la sentencia, o sea la solución de la controversia. De sobra es conocido ese movimiento lógico de quien interviene como sentenciador en un amparo: en primer lugar examina los conceptos de violación alegados por el quejoso —y contradichos por las otras partes—, y si concluye que los mismos no son fundados ha llegado el momento de intentar el uso de la facultad de suplencia.

En primer lugar el sentenciador examina si en ese tipo de amparos cabe la suplencia; y en segundo lugar, suponiendo que la posibilidad existe, comprobando además que la queja tiene una deficiencia de tal naturaleza que si se hubiere incluido un concepto omitido lo habría obligado a conceder el amparo, procediendo ahora a declararlo así.

De todo lo anterior resulta claro que el momento procesal de la suplencia está en aquel en que el proceso ha concluido, y se está en el caso de sentenciar.

Bajo lo dipuesto ahora por el segundo párrafo del artículo 76, se nos coloca en una perspectiva distinta. En efecto, si se esperara al momento en que el juicio ha concluido ¿cómo sería posible aplicar los plazos que se refieren a la tramitación? Por ello sólo puede cumplirse la nueva obligación de suplir dentro de ciertos plazos haciéndose una apreciación preliminar por parte del juzgador de que el acto reclamado se funda en una ley declarada inconstitucional, y rápidamente ordenar el ajuste del procedimiento a los plazos cortos ordenados por el artículo 156, o por el 182 bis, según sea el caso.

Y en esta tarea la intervención de los agentes del Ministerio Público Federal —parte en todos los juicios de amparo— será no sólo indispensable sino sumamente valiosa. Y habrá así dos atentos vigilantes de la constitucionalidad y de la legalidad en el proceso —jueces y Ministerio Público—, en lo que toca a este aspecto de conocimiento de las declaratorias del tipo que examinamos; y lo que justifica con amplitud se haya expedido un nuevo artículo 194 bis que ordena la publicación en el Semanario Judicial de la Federación de las tesis jurisprudenciales, previamente aprobadas (y por lo tanto elaboradas cabalmente) por el Pleno, las Salas o los Tribunales Colegiados, así como aquellas que las interrumpan o las modifiquen. Esto favorece el sumarísimo.

Solamente debo lamentar que no se haya aprobado una final disposición congruente con el elevado planteamiento del sumarísimo, ya que la acción de amparo contra leyes declaradas inconstitucionales debió haber sido incluida en la fracción II del artículo 22, de manera que hubiere sido estructurada como no sujeta a término alguno para interponerse, y sin posibilidades de ser declarada extemporánea. Es notable comprobar cuántos simpatizantes (por decirlo en alguna forma respetuosa) tiene aquella posición que afirma se afectaría al orden jurídico nacional si se aplicaran en todas sus consecuencias las declaratorias de inconstitucionalidad de leyes. Resulta inadmisible que se pueda plantear con seriedad que si en cualquier tiempo se pudiera

reclamar la inconstitucionalidad declarada se crearía un caos, y no se aprecie en cambio como verdadera disolución social el preferir silenciar esa problemática, permitiéndose así las aplicaciones de leyes declaradas inconstitucionales, plasmándose este tratamiento contrario a un Estado de Derecho.

Es de desearse larga y eficaz vida al sumarísimo, e inclusive esperar su evolución hacia un sistema totalmente respetuoso de la invalidez de las leyes inconstitucionales.

Marzo de 1984.

ANALISIS DE LAS RECIENTES REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA ECONOMICA*

FAUZI HAMDAN AMAD

I. ADVERTENCIA

Antes de empezar el tema de esta charla quiero hacer a ustedes las siguientes aclaraciones:

1. En razón de que el tema a tratarse requeriría de varias sesiones de trabajo por la índole de su naturaleza, y dado que el tiempo asignado a esta charla es corto, haré una semblanza, somera y rápida, sobre el devenir-histórico-constitucional mexicano en lo referente a las atribuciones del Estado en materia económica, profundizando a partir de la Constitución de 1917 en que se inicia prácticamente una nueva etapa conocida como el estado social de derecho o estado de bienestar, rompiendo así con el esquema liberal con todas sus contradicciones económicas y aun políticas; haremos referencia a la evolución jurídica, paralela a la económica, a partir de los años treinta en que empieza a apreciarse una tendencia inequívoca de intervención del Estado en materia económica, no sólo a través de medidas de policía administrativa que en mayor o menor grado siempre han existido, sino como agente activo en la producción y prestación de bienes y servicios.

2. Tendremos oportunidad de apreciar que la evolución económica no ha sido paralela a la jurídica. En efecto, si bien en otras disciplinas jurídicas sucede con frecuencia que los fenómenos económicos, sociales y culturales se suceden con mayor dinamismo y cambio que las normas jurídicas que los captan o pretenden modificar, también esto sucede en el derecho constitucional, en especial en aquellos regímenes constitucionales, como el nuestro, que son rígidos, en que los hechos preceden a las normas, o más bien, que los mismos adquieren carácter normativo mediante el proceso de producción jurídica formal que la Constitución prevé, de suerte que una vez que los hechos tienen un arraigo en el contexto social y económico éstos son captados por el derecho para regularlos. Razones de oportunidad y la consideración de las condiciones específicas de los tiempos y circunstancias particulares, inducen con frecuencia a los órganos del poder público a no forjar

* Conferencia sustentada el 7 de junio de 1983 en la Escuela Libre de Derecho.

formalmente la norma o hacerlo, como sucede con frecuencia en nuestro devenir histórico, tardíamente.

3. Es pertinente también aclarar que desde luego no definiré o discutiré la existencia o no del derecho económico como una nueva disciplina jurídica, considerada por muchos en proceso de formación, ni tampoco aludiremos, porque rebasaría el objeto mismo de esta charla, a las múltiples y variadas relaciones económicas entre particulares, que bajo un concepto amplio podrían quizá quedar encuadradas en esta naciente disciplina jurídica, sino que concretaremos nuestro análisis a la parte de la ciencia jurídica, a nivel constitucional, que se refiere a la intervención del Estado en razón directa de la existencia de funciones económicas atribuidas a él.

4. Por razones obvias, dada la naturaleza básicamente jurídica de esta charla y por rebasar con mucho mi capacidad sobre la materia, desde luego no me aventuraré a expresar opinión o tendencia personal sobre la política económica actual del Gobierno, concentrándome al análisis y comportamiento básicamente comparativo de los fenómenos económicos regulados por nuestro ordenamiento supremo, destacando las reformas constitucionales que vinieron a introducir, casi pasando inadvertidas frente a la opinión pública en general, un cambio radical, substancial, en la actitud y comportamiento del Estado frente a los fenómenos económicos.

5. Por último, el análisis se concreta y limita a la norma de normas, o sea, a la Constitución, que constituye la expresión fundamental, institucional, instrumental y organizativa del Estado, la cual sintetiza y abraza los valores fundamentales del Estado adoptados en un tiempo y lugar determinados. Sin lugar a dudas que la atención analítica al ordenamiento supremo, es la más importante y la más valorativa, ya que ésta coordina y al mismo tiempo supedita las demás partes del ordenamiento estatal que encuentran en él los títulos de sus capítulos, según la expresión conocidísima de Pellegrino-Rossi.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

El derecho se presenta objetivamente como una serie de imperativos. Antes del derecho y fuera del mismo no hay verdadera libertad porque la simple posibilidad de obrar, a la que se puede contraponer un impedimento, no es libertad, sino arbitrio irregulado, y carece desde luego de todo valor. Quien se mueve dentro de los límites del derecho puede pretender no ser turbado por los demás mediante el ejercicio de su derecho subjetivo que encuentra su fundamento y base en el derecho objetivo.

Por otro lado, si el concepto de sociedad, por su generalidad, comprende en si toda especie de vínculos, hay una de particular importancia y de un carácter bien definido a saber: el vínculo jurídico por el cual los hombres se constituyen en Estado. El Estado es una forma de sociedad. Si el Estado no es el vínculo social más amplio, es, sin embargo, el más importante y más sólido al menos en sus manifestaciones concretas, porque modela más enérgicamente y determina de una manera más precisa las relaciones de convivencia.

Aparte del pueblo y el territorio, el vínculo jurídico constituye el elemento que verdaderamente da forma y carácter al Estado, ya que los otros dos son elementos materiales. Esta noción es muy necesaria para integrar las consideraciones sobre los caracteres de la norma jurídica, en especial la norma primaria fundamental que es la Constitución. El derecho implica siempre un mandato, un imperativo y corresponde, pues, al Estado, por conducto de sus órganos, cumplir con ese mandato por ser el centro del orden jurídico; de él emanan las normas jurídicas porque posee el poder supremo, esto es la soberanía; sin embargo, la soberanía es correlativa al Estado. Aun cuando hoy en día el concepto de soberanía se considera en crisis todavía pueden considerarse como sus elementos constitutivos y definitivos, uno de carácter externo, que es no estar sujeto a otro Estado y uno de carácter interno, cuando tiene un *imperium* sobre el territorio y sobre la población. En suma, el Estado es la síntesis de las voluntades y de los individuos en que convergen la expresión suprema del poder público.

El modo en el cual se organiza el poder supremo del Estado y regula su ejercicio se llama precisamente Constitución. En este sentido todo Estado tiene una Constitución. Pero esta palabra tiene una acepción más restringida, entendiéndose por Constitución aquel ordenamiento de los poderes públicos que contiene un cierto sistema de garantía de los derechos individuales.

Si consideramos las diversas teorías que se han venido desarrollando en torno a los fines del Estado pueden quedar reducidas básicamente en el devenir histórico a dos tendencias que se han registrado: una representada básicamente por la filosofía griega clásica para la cual el fin del Estado es ilimitado, omnicomprensivo, abarca el bien en todas sus formas y manifestaciones. Según esta teoría el Estado debe regular y vigilar la vida individual en todas sus manifestaciones de modo que no pueda existir una esfera de actividad independiente, ajena o al margen del propio Estado. Este concepto predominó en la edad clásica y continuó en cierto modo también en la edad media, en la cual el dominio o preponderancia del Estado aparece de manera casi absoluta. Igualmente en los primeros siglos de la edad moderna, si bien ya afirmándose en concepciones filosóficas distintas, continuó sosteniéndose el mismo principio, llegándose al llamado régimen paterno o estado providencia.

La otra tendencia se inició prácticamente en el Renacimiento como una contrarreacción de la conciencia individual y, por ende, una afirmación de la libertad; en primer lugar destaca la libertad religiosa y luego se extendió a los restantes llamados derechos del hombre. Es aquí donde empezó a investigarse y ponerse en tela de juicio el límite de la autoridad del Estado. Esta tendencia trata de poner una barrera a la omnipotencia del Estado reafirmando contra el mismo el valor del individuo, cuya tendencia filosófica tuvo expresiones concretas en las Revoluciones Inglesa, Americana y Francesa. Al mismo tiempo y en el mismo sentido el famoso filósofo Emmanuel

Kant formulaba su doctrina según la cual el Estado sólo tenía el fin de tutelar el derecho o sea garantizar la libertad. El Estado, según Kant, no puede ni debe ocuparse del bien en general, sino que tiene una misión negativa, debe ser sólo un custodio del orden jurídico.

Si bien estas dos tendencias no se han presentado de manera uniforme en la evolución histórica en los diferentes países, sí podemos considerar que dichas posiciones, en diferentes grados e intensidad, se han presentado en el proceso evolutivo de la formación de los Estados.

En el campo de la economía política, que es la que propiamente nos interesa para esta charla, se manifiestan tendencias análogas a las antes señaladas en el sentido de limitar o excluir la intervención del Estado dejando en libre juego las llamadas leyes naturales de la producción y esperando que una mano invisible, por efecto de dichas leyes, los individuos obtengan el mayor beneficio y satisfacción de sus necesidades bajo el principio de la libertad de mercado o libertad de concurrencia. Tal es la enseñanza de la llamada Escuela Liberal Clásica de Economía iniciada por Adam Smith, seguida por Malthus y David Ricardo, entre otros.

Frente a estas tendencias individualistas se formularon en la edad moderna otras tendencias que basándose más bien en la dirección de la filosofía griega clásica, quisieron atribuir al Estado una función mucho más vasta y amplia hasta llegar a conferirle la misión de promover la cultura en general e incluso la organización del trabajo. Tal es el caso, por ejemplo, del pensamiento de Fichte.

La necesidad de una intervención enérgica del Estado ha sido propugnada por la escuela llamada del socialismo de cátedra, apoyada y difundida por obras de connotados economistas y juristas.

De ambas tendencias no hay duda que la que hoy en día prevalece es la segunda, sin que esto contrarreste la formación de nuevas formas de organización y de relación del Estado con el individuo.

Es apreciable que el primer error que aparece en dichas tendencias es la contraposición absoluta del individuo frente al Estado, como si éste fuese algo extraño u hostil al hombre y no por el contrario el hombre tutelado en su propia naturaleza. El segundo error que se aprecia en el devenir histórico es atribuir funciones políticas a asociaciones y grupos económicos reduciendo así la vida del Estado a una auténtica lucha de clases que se expresa en las diferentes formas de organización de las fuerzas reales de poder.

Todo Gobierno que no se apoya en leyes, es un Gobierno despótico, llámese como se llame. Es innegable que hay un elemento fundamental en la organización estatal que es la existencia de un Estado de derecho, que en una u otra forma todas las doctrinas, básicamente las derivadas del constitucionalismo, aceptan hoy en día de manera unánime. También hoy en día se reconoce que el valor de la personalidad del individuo es valor supremo que debe ser respetado por el propio Estado, y decir "respeto a la personalidad" es impedir de una u otra forma se invada la conciencia del propio individuo con prohibiciones arbitrarias ni alterar la iniciativa ni la fecunda concurrencia de los particulares; ello no significa que el Estado permanezca inmóvil, pasivo, indiferente o extraño a los problemas que atañen el desarrollo integral del hombre en sociedad tanto en los aspectos económicos, sociales y culturales hasta inclusive de la misma vida moral; no es dable aceptar una renuncia a promover el bien de la sociedad que en última instancia constituye la causa final que justifica la existencia de la propia organización estatal. Las nuevas formas de la evolución de la civilización que han dado lugar a complejas y difíciles relaciones individuales trae como consecuencia, según se observa en el proceso evolutivo de los Estados, la intervención del Estado en diversos campos del quehacer del individuo. Tales circunstancias demuestran que el Estado contemporáneo, situación que se registra en la mayoría de los países, hoy en día ha aumentado su injerencia en nuevos y múltiples campos, incluso se puede afirmar que algunos de ellos, sobre todo el económico, su injerencia es excesiva y muchas veces devastadora.

Antes de entrar en materia quisiéramos enfatizar, aunque sea someramente, una de las notas teleológicas esenciales que define el Gobierno de las leyes o sistema constitucional, sistema que tiene por objeto fundamental garantizar la libertad del hombre; garantizarla no implica pasividad como hemos señalado, sino promoción o ayuda que verdaderamente haga el hombre libre en todas sus manifestaciones. De ahí que desde el punto de vista de la deontología del derecho únicamente a través de un gobierno constitucional es posible al hombre vivir como tal, independientemente de la tendencia o actitud filosófica en materia política, económica, social y cultural que se adopte.

La dignidad y libertad humanas deben entenderse en función del interés general y no sólo del interés individual. Si bien es cierto que el constitucionalismo nació bajo el signo del individualismo en la época que prevalecía el individualismo económico, no menos lo es que hoy en día la limitación de los poderes públicos y el principio democrático están instituidos y estructurados a fin de armonizar y lograr un equilibrio entre los derechos individuales y los llamados hoy en día derechos sociales; tal como lo afirma el Dr. Agustín A. Gordillo, "ni el absolutismo del individuo, que suele normalmente desembocar en el caos y la anarquía y en la explotación del hombre por el hombre, ni la omnipotencia del Estado, que no es más que el clima propicio para el totalitarismo y la eliminación gradual, o a veces súbita, de las libertades esenciales del hombre. En el terreno económico ni el dejar hacer y dejar pasar, esquema de la Escuela Liberal Clásica, a costa de la injusticia social, ni el bienestar económico al precio del sacrificio de la libertad individual".

III. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

Partiendo pues nuestro análisis a partir de la época colonial y conforme al criterio de colonia que la Nueva España tenía frente a la corona española, cuyo carácter de colonia fue suprimido por real cédula de 1809 para integrarla formando parte de la monarquía española, el principio fundamental de su relación frente a la metrópoli era de una supeditación absoluta, con-

forme al régimen monárquico absoluto y las concepciones filosóficas, políticas y aun religiosas imperantes en ese entonces, en donde el monarca tenía el derecho ilimitado de administrar y donde no se reconocía ninguna clase de derechos del individuo frente al soberano y, por lo mismo, la actitud absolutista se extendía a la materia económica, encausando y definiendo la actividad económica. Así, el soberano era el propietario libre, llano y absoluto con poder, autoridad y jurisdicción sobre todos los bienes correspondientes al ámbito territorial en donde ejercía sus actos de imperio. Conforme a la bula inter-caetera de Alejandro VI, que da supuesto fundamento a la propia España y Portugal para tener el derecho omnímodo sobre las tierras, islas y demás bienes que llegaran a descubrir, y conforme a la concepción de que en la persona del monarca se depositaba la soberanía, se dieron las bases jurídicas y políticas para la formación en todo caso de las propiedades privadas mediante título real.

En los casos en que el monarca otorgaba la propiedad mercedada para la explotación agrícola o minera, que en ese entonces eran las formas básicas de la actividad económica, no era una propiedad absoluta, marcándose una diferencia entre la legislación española y las legislaciones que aceptaban el concepto de la propiedad romana.

En esa época la propiedad se sujetaba siempre a condiciones consistentes en que el titular las poblara y cultivara, y hasta prohibiciones de enajenarlas como por ejemplo a iglesias, monasterios e inclusive a personas eclesiásticas. En materia minera su régimen se concretó en las disposiciones de las ordenanzas de Aranjuez de 1783 en que sin salir de su real patrimonio el soberano concedía su explotación a sus súbditos en propiedad condicionada sujeta a que se explotara y que parte del producto de la explotación se entregara al propio monarca. En cuanto al comercio internacional era exclusivo de la metrópoli y era reglamentado y ejercido por la Casa de Contratación de Sevilla, en 1551, y posteriormente por la de Cádiz incorporada en el último tercio del Siglo XVIII, en 1771. En síntesis, la intervención del Estado monárquico en esa época era absoluta en la actividad fundamental de la economía.

Consumada la Independencia y operada la transmutación de la soberanía del monarca al propio pueblo del Estado, conforme a las concepciones filosóficas de ese entonces, las instituciones administrativas coloniales subsistieron durante la etapa inicial del Estado mexicano. Diversas leyes españolas estuvieron vigentes en materias como la minería, agua y baldíos, durante casi todo el Siglo XIX sufriendo algunas modificaciones y unas cuantas adecuaciones.[1]

En el orden constitucional y una vez pasado el intento frustrado de una organización monárquica bajo el imperio de Iturbide, el Estado mexicano se puede afirmar se constituyó por primera vez conforme a la Constitución de 1824. En la mente de los pilares del constituyente de 1824, estaban arraigados

[1] Ver más extensamente al Dr. Andrés Serra Rojas. Derecho Económico. Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, 1981.

los gérmenes del constitucionalismo producto de esa maravillosa eclosión histórica de la Revolución Francesa y la declaración de los derechos del hombre, dando lugar a fines del Siglo XVIII, básicamente en los países europeos, a un cambio radical en la vida política pasando del Estado de policía al Estado de derecho, sin que desde luego tal cambio institucional se produjera de un día para otro y en todos los aspectos. El reconocimiento formal y universal de los derechos del hombre frente al Estado no hace más que marcar el jalón más importante de una evolución histórica que se remonta mucho más atrás y que desgraciadamente hoy en día aún no termina. Algunas doctrinas y principios que habían comenzado con anterioridad ganaron importancia y alcance sin llegar desde luego a sustituir, totalmente, las viejas y anacrónicas concepciones en que estaba cimentada la monarquía absoluta. Tampoco el proceso evolutivo ha sido homogéneo en todos los países, sólo basta recordar que Inglaterra se anticipó casi un Siglo a dicho cambio institucional, en 1688, con la expedición del famoso *Bill of Rights*. Así pues, los principales pensadores que formaban el constituyente de 1824 lograron, amén de la forma federal en la organización estatal, incluir a lo largo de la Constitución los derechos del hombre, sin que tuviera un título o capítulo especial como actualmente lo concebimos. Bajo esta bandera y con la influencia del liberalismo económico, prevaleció la tesis de que el Estado debía limitarse a la reglamentación de las relaciones entre los particulares para asegurar las condiciones mínimas de orden para el desarrollo integral de la persona, reacción explicable para contrarrestar el efecto de las condiciones absolutistas que prevalecieron bajo el régimen monárquico. Así, en materia económica se permitió, con un mínimo de normas, la intervención del Estado a través de las llamadas normas de policía administrativa y en cuanto a la propiedad en general se reconoce como un derecho subjetivo público, casi absoluto; prueba de esa intervención del Estado la constituye la Ley de Secretarías de Estado de 1821 que continuó vigente cuando entró en vigor la Constitución de 1824, en que sólo existían cuatro dependencias gubernamentales.

Las Constituciones Centralistas de 1836 y las bases orgánicas de 1843 continuaron en principio los postulados de liberalismo económico contemplados en la Constitución de 1824.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, que entró en vigor después del triunfo de la Revolución de Ayutla, continuó el mismo principio de las constituciones anteriores reconociéndose a la propiedad privada como fundamento y base del desarrollo de la actividad económica y sólo se permite al Estado intervenir expropiándola para la realización de obras públicas. Ni las anteriores constituciones ni este estatuto determinaban a dicho nivel constitucional los bienes propiedad de la nación sino que leyes secundarias aludían a los bienes nacionales, integrados básicamente por los bienes de uso común como calles, caminos y los bienes de propiedad originaria: terrenos baldíos y nacionales.

Con la promulgación de la Constitución de 1857, las instituciones jurídicas liberales consagraron nuevas tareas a la administración pública, tareas

limitadas básicamente al ámbito regulador del orden, seguridad y tranquilidad públicas.

Si bien es cierto, como hemos señalado, que las primeras constituciones se preocuparon por establecer determinadas garantías, toca a la Constitución de 1857 establecer por primera vez a nivel constitucional y bajo una sección específica los derechos del hombre, reafirmando el contenido liberal e individualista en el ámbito económico: se declara la enseñanza libre; se garantiza la libertad de cualquier profesión, industria o comercio; se ratifica el derecho de propiedad privada y sólo se limita a ésta a ser ocupada por causa de utilidad pública; se prohíben los monopolios y estancos exceptuando únicamente la acuñación de moneda, correos y privilegios que por tiempo determinado se puedan conceder a los inventores, sin que por lo que se refiere a la acuñación de moneda le fuera atribuida como actividad exclusiva al Estado sino que a través del Código de Comercio se permitía que esa actividad fuera concesionada a las entonces instituciones de crédito, de ahí la confusión en su origen en cuanto a sí las instituciones de crédito estaban sujetas a concesión o permiso; en materia de los bienes de propiedad originaria se federaliza la competencia sobre los terrenos baldíos y nacionales para acabar con la anarquía que prevalecía sobre el régimen aplicable a dichos bienes. Es en síntesis una Constitución de corte liberal, tanto que el primer Código de Minería de 1884 reconoció el derecho del dueño de la superficie para explotar los yacimientos carboníferos y petrolíferos que se encontraban en el suelo o subsuelo. La Ley de 1892, que abrogó a la anterior, siguió el mismo criterio con la salvedad de que el dueño podía explotar el petróleo sin necesidad de una concesión especial y, a su vez, la Ley Minera de 1910 reproduce en sus términos la de 1884, de suerte que estas tres leyes, de manera contraria a la legislación colonial que tenía una función social, reconocieron la unidad del suelo y subsuelo en beneficio de su propietario, sin que tuviere limitación o restricción alguna en cuanto a la forma y términos de explotación y aprovechamiento de estos bienes.

En materia de los bienes de propiedad originaria, contradiciendo así lo que en materia minera se estableció, la Ley de 1863 conservó las características de la propiedad en el régimen colonial, o sea, con una función social; así se estableció en la Ley que los adquirentes debían poblarlas y cultivarlas limitando la extensión que podía ser adquirida por una sola persona. Este régimen subsistió hasta 1894 en que ese año suprimió el límite fijado por la ley anterior. La Ley de 1894, junto con la Ley de Colonización de 1893, dieron las bases para el acaparamiento de las tierras que ocurrió en la República.

En suma, en materia de asuntos económicos se adoptó la doctrina de un puro laisses faire. Frank A. Knapp, Jr. señala que en esa época el Gobierno debía proporcionar paz, orden y un marco de leyes que conduzca a una vigorosa actividad económica, así como favorecer algunas mejoras físicas como los medios de transporte y comunicación postulando, como principio fundamental, que no debería ser un tutor, protector o apoderado, digámoslo así, del capital privado. Conforme a tales principios de política económica

quedaban reservadas a la esfera de la iniciativa individual toda la actividad fabril y comercial de ese entonces. Sin embargo, a partir de Lerdo de Tejada, después de las luchas que motivaron la llamada guerra de los tres años que como Baluarte el ilustre Oaxaqueño Benito Juárez dirigió, con ánimo básico y casi exclusivamente de restablecer la República y la expedición de las Leyes de Reforma, a partir de ese entonces, decía, Lerdo de Tejada encauzó la actividad económica de la inversión en tierras para dirigirla a nuevas empresas en el naciente industrialismo que entonces empezaba a surgir, pero con la idea fundamental de fomentar la inversión extranjera para lograr los avances en el industrialismo.

Bajo el régimen de Díaz, que prácticamente se sitúa de 1876 a 1911, con un pequeño intervalo de cuatro años en que gobernó formalmente Manuel González, porque tras bambalinas lo hacía el propio Díaz, se fortalece la idea de Lerdo de Tejada, dando lugar a una abundantísima legislación en derecho privado y administrativo tales como los Códigos de Comercio que todavía de manera anacrónica hoy subsiste y que quizá logremos alcanzar el siglo de supervivencia de este Código; el de Marcas, Patentes, en materia fiscal, en materia minera y desde luego una nueva Ley Orgánica de las Secretarías de Estado, Ley de Colonización y Baldíos, y otras más.

Por la condición del apoyo irrestricto al capital y con base en la Ley de Colonización y deslinde de terrenos baldíos, que dio lugar a las nefastas compañías deslindadoras que fomentaron el latifundismo en México, la situación del pueblo en general, y en especial del campesinado, fue verdaderamente lamentable en un régimen de esclavitud, de menosprecio a la libertad y a la miseria, a pesar que la Constitución consagraba tales valores como principios fundamentales, pero que las contradicciones de las condiciones de la política económica y social reflejaban una realidad muy distinta de los postulados que el ordenamiento supremo enarbolaba.

Los grupos de avanzada intelectual como siempre en la historia se registra, influenciados por nuevas concepciones filosóficas, hicieron notar las graves y serias contradicciones políticas y económicas en que se vivía. Baste recordar el programa del partido liberal que encabezó Ricardo Flores Magón, llamado con toda razón por el Abad de Santillán, como el Apóstol de la Revolución Social Mexicana. En síntesis, la Revolución de 1910, violenta reacción contra la dictadura, integró por etapas un programa social en el marco todavía de un liberalismo imperante que comprendió, en una primera etapa, la revolución política y posteriormente la revolución económica para integrar en el cuerpo normativo constitucional de 1917 dos nuevas concepciones de un estado social de derecho encaminados a destruir el latifundismo, que casi durante tres décadas se fomentó y apoyó, mediante una reforma integral en materia agraria, para contrarrestar las penurias condiciones del campesinado, y la otra, relativa a las relaciones de los dos factores primordiales de la actividad económica: el capital y el trabajo. Tales postulados quedaron plasmados en los Artículos 27 y 123 constitucionales. Ambos Artículos forman la pirámide del constitucionalismo social mexi-

cano que para la época sólo será imitado por la Constitución de Weimar de 1919.

Por la importancia que tenían determinados bienes en la actividad económica y dado que se observó que su explotación benefició sólo a una minoría y básicamente a quienes realizaban la explotación de esos bienes, la Constitución de 1917, en el propio Artículo 27 constitucional, declaró como bienes del dominio directo de la Nación (no confundir con los bienes del dominio público de la federación) los minerales, los yacimientos de piedras preciosas, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno en estado sólido, líquido o gaseoso. Sin embargo, el propio texto original de la Constitución de 1917, independientemente de declarar que tales bienes eran del dominio directo, autorizó para que el Gobierno Federal, mediante concesiones a los particulares, incluyendo a extranjeros, permitiera el aprovechamiento y explotación de tales bienes, con ciertas medidas de control y vigilancia y encauzamiento en su aprovechamiento y explotación.

Fuera de tales cambios a nivel constitucional, los demás derechos subjetivos públicos continuaron en lo fundamental lo que establecía la Constitución de 1857, prevaleciendo en el ámbito económico el liberalismo e individualismo, con los matices y modalidades, muy importantes por cierto, en las materias que he señalado.

En cuanto a la actividad estatal se declara como actividad exclusiva del Estado, en el Artículo 28, la acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía y emisión de billetes y se reitera, salvo los casos de los monopolios antes indicados, la prohibición de monopolios y estancos, apoyando la libre actividad en la producción, industria y comercio.

Prácticamente a partir de 1917 y después de lograr superar las convulsiones de una inestabilidad política que se suceden una tras otra con pretextos distintos, pero en el fondo para lograr consolidar el poder, en el ámbito de las actividades del Estado en materia económica, y sin entrar desde luego a las razones históricas que dieron lugar a dichos actos, encontramos como hechos sobresalientes las nacionalizaciones del petróleo, en 1940. La nacionalización de la industria eléctrica en 1960 y la última, la de noviembre de 1982, en cuanto a la actividad de la banca y del crédito cuya reforma constitucional tuvo lugar en esa fecha.

Antes de la reforma constitucional del 3 de febrero de este año y analizando a la luz de las condiciones jurídicas constitucionales imperantes hasta el 2 de febrero de este año, bajo el contexto únicamente normativo, el Estado en materia económica tenía como atribuciones estatales, sin contar los monopolios a que se refiere el Artículo 28 Constitucional (acuñación de moneda, radio, radiotelegrafía, telégrafos, correos y emisión de billetes) las siguientes atribuciones en materia económica:

La actividad de explotación y aprovechamiento de todos los hidrocarburos en estado sólido, líquido o gaseoso; la explotación, por sí o mediante concesión a particulares, en materia minera; la explotación y aprovechamiento de todos los recursos que estuvieren comprendidos en las aguas de jurisdicción federal; la determinación de la importación y exportación de productos y efectos y fijación de tarifas con base en el Artículo 131 constitucional, todo ello para regular la economía nacional. Fuera de estas actividades a nivel constitucional el Estado no tenía ninguna otra facultad en materia económica.

Sin embargo, y a pesar de lo que la Constitución de 1917 señalaba en su texto original y sus modificaciones, en la década de los años treinta, y ya salvadas las convulsiones políticas, se marca prácticamente en México el inicio de una transformación del Estado en sus funciones, para pasar de un Estado vigilante y en todo caso administrador de ciertos bienes, a una participación directa en las actividades productivas del país.

El Estado, ante la pluralidad y acrecentamiento de las necesidades sociales y económicas, empieza a organizar toda una nueva estrategia de intervención en sectores económicos que a la luz de la Constitución, en mi opinión, le estaban totalmente vedados.

Así, durante los periodos de 1940 a 1970, en que los economistas han caracterizado dicho periodo como un crecimiento económico sin desarrollo, o bien, llamado también crecimiento sin distribución del ingreso, el Estado promueve un fuerte impulso a la industrialización del país por medio de subvenciones y tarifas arancelarias pertenecientes a la industria; impulso y fomento que constituyen atribuciones constitucionales válidas a través de medidas fiscales. Pero no quedó ahí la actividad del Estado, sino que adopta su intervención más directa actuando paralelamente con los particulares en la actividad económica dando lugar a la formación de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, tales como Altos Hornos de México, Conasupo, Diesel Mexicana y otras más. En el área de la agricultura, ganadería, silvicultura y pesca no interviene en los años de 1930 a 1950 a través de Empresas u Organismos Descentralizados en la actividad económica de manera directa, sino a través del fomento de grupos sociales, sean asociaciones agrícolas o ganaderas o sociedades cooperativas, promoviendo la actividad agropecuaria.

Consciente el Estado, por las graves contradicciones económicas y sociales que se vivían, de que era imposible abstenerse de intervenir en la actividad económica y con el propósito de detener o evitar las condiciones catastróficas de un capitalismo irrestricto, absorbente y poderoso que daba lugar a un distanciamiento mayor entre pobres y ricos, lucha permanente de la humanidad desde sus orígenes, empezó a cambiar radicalmente su política económica para intervenir en las áreas que consideraba necesarias o convenientes para equilibrar las condiciones de vida de los grupos marginados, desprotegidos o más miserables. Así se puede decir que el Estado interviene en la economía del país por un proceso de necesidad histórica más que por un acto deliberado de transformar los esquemas de organización, al margen de las atribuciones a nivel constitucional. En el periodo a que aludimos, se formaron un sinnúmero de Empresas de Participación Estatal Mayoritaria tales como Productora e Importadora de Papel (PIPSA), Productos Pesqueros Mexicanos, S.A., Compañía Operadora de Teatros, S.A., Nacional Hote-

lera, S.A., Renault Mexicana, S.A., Alimentos del Fuerte, S.A., Fundidora Monterrey, S.A. y otras tantas, que en el periodo de 1970 a 1982 se quintuplican a través de comisiones y fideicomisos públicos para intervenir el estado prácticamente en todas las áreas económicas. Así, con base en la última publicación de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, del 3 de septiembre de 1982, actualmente hay 78 Organismos Descentralizados y más de 998 Empresas de Participación Estatal Mayoritaria, sin contar las empresas, que también son Estatales, que a su vez son detentadas por otros Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, los cuales no se incluyen en la lista que año con año se publica en el *Diario Oficial* de la Federación.

Si bien en el lapso de los últimos cuarenta años se nota la fuerza expansiva, aglutinadora y penetrante de la Organización Paraestatal, por medio de simples actos administrativos del Ejecutivo, al margen de las atribuciones propias que al Estado en general le concede la Constitución, y en particular al Organo Ejecutivo, estas condiciones metajurídicas o extrajurídicas crearon un desconcierto en las condiciones formales de la convivencia adoptada en nuestra Constitución y las reales imperantes en el mundo fáctico. A la abundancia de actos formales creativos de entidades públicas paraestatales hay que añadir la práctica común de transformar las empresas privadas en públicas so pretexto de no cerrar una fuente de trabajo o de condicionar supuestamente un mejoramiento en la eficacia de la actividad de dicha empresa. En el ámbito regulador de la actividad monetaria y de la banca y del crédito, antes naturalmente de la nacionalización, no dejó de competir con las instituciones entonces privadas de crédito a través de instituciones nacionales de crédito. No sólo quedó ahí la actividad del Estado, sino que igualmente, al margen de la Constitución, expide leyes como la Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica, para regular a través de una importante mutación en la estructura y actividad del Estado, múltiples formas de intervención simple y llana a través de controles de precios o influyendo mediante las políticas gubernamentales del gasto público de manera decisiva en el proceso de producción de bienes y servicios.

Hoy en día por la acción multiplicadora del Estado, tanto el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo presentan una realidad socioeconómica muy diversa; ahora hay que estudiar la organización económica y no sólo la administrativa del Estado. El Sector Público de la economía crece y el Sector Privado se encuentra sometido a crecientes controles y regulaciones.

Algunos, aduciendo orígenes de fuente extranjera o internacional, otros, como gesta patriótica de una nueva concepción para la realización de la llamada justicia social, y el pueblo sometido a una gran confusión, hay quienes pretenden explicar las recientes reformas constitucionales del 3 de febrero como el catalizador de la voluntad democrática del pueblo del Estado explicando su origen, para algunos, en las concepciones ya socializantes del Programa de Vicente Lombardo Toledano y, otros, en la influencia de la formación de una política económica que, en términos generales, en la

mayoría de los países se ha empezado a dejar ver como un proceso nuevo de transición que, ahora sí, pretende romper definitivamente con las condiciones del pasado. Y así llegamos a las condiciones de las reformas constitucionales en materia económica que por primera vez de manera directa e inequívoca se plasman en nuestro ordenamiento supremo y que toca ahora analizarlas bajo este breve contexto histórico al que hemos hecho alusión.

Quizá adormecidos o anestesiados todavía por los efectos producidos por los acontecimientos recientes a partir de la nacionalización formal de la Banca ocurrida en noviembre pasado, mediante reforma constitucional, y la fáctica de septiembre, y por las condiciones críticas por las que transita el país, las recientes reformas constitucionales pasaron inadvertidas por la mayoría sin ver que las mismas, a nivel formal, han transformado de una manera radical las atribuciones del Estado en materia económica.

Para este fin fueron modificados los Artículos 25, 26, 27, 28 y 73 constitucionales.

Los anteriores Artículos 25 y 26 que corresponden, respectivamente, al secreto en la circulación de la correspondencia y a las bases de la requisa militar, pasaron a formar parte del Artículo 16 constitucional.

En su lugar, los nuevos Artículos 25 y 26 contienen las bases de la rectoría en materia económica.

El Artículo 25 se refiere a que el Estado será el conductor, coordinador y orientador de la actividad económica nacional. Dichas atribuciones, con fines genéricos, pretenden fortalecer la soberanía nacional, el régimen democrático, el fomento del crecimiento económico y empleo y una justa distribución del ingreso y la riqueza, o sea, se le otorgan al Estado atribuciones para realizar los fines genéricos de fortalecimiento de la soberanía nacional, reafirmación de la democracia, fomento al empleo y la distribución de la riqueza.

El Estado, dice el Artículo 25, concurrirá con los sectores social y privado en la actividad económica y podrá participar, como agente directo, en el proceso económico con los particulares para impulsar y organizar las áreas prioritarias de desarrollo que señale la Ley, la cual a la fecha no ha sido expedida.

El mismo Artículo Constitucional define cuál es el sector social, el cual se encuentra integrado por los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores. Ahora se integra una tendencia constitucional al corporativismo.

El Artículo Sentencia que la rectoría del Estado se hará bajo los criterios del respeto de las libertades que la propia Constitución señala.

Por otro lado, el Artículo 26 da las bases para la planeación del desarrollo nacional conforme a la ley que al efecto se expida (que por cierto fue expedida el 5 de enero, o sea, antes de que entraran en vigor las reformas constitucionales). En este sistema de planeación, la Constitución indica que en la planeación nacional intervendrán los diversos sectores sociales para incorporar sus demandas y aspiraciones al plan. Señala que el plan sólo será

obligatorio para la Administración Pública Federal, es decir, obligatorio para el Organo Ejecutivo en el ámbito interno, sin efectos jurídico-vinculatorios a los particulares.

El Artículo 28 contiene cuatro innovaciones:

1. La primera señala que además de la acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía y emisión de billetes, se agregan como actividades monopólicas (estratégicas) del Estado los ferrocarriles, los minerales radioactivos, la comunicación por vía satélite y el del servicio público del Crédito y la Banca, que por cierto esta actividad ya había quedado introducida en el propio 28 Constitucional en el mes de noviembre del año pasado.

Las actividades del petróleo, electricidad y energía nuclear ya estaban contenidas como actividades exclusivas del Estado en el Artículo 27, de suerte que sólo se reagruparon en el Artículo 28.

2. La segunda novedad es que ahora de manera expresa y sin lugar a dudas el Estado puede intervenir como agente activo en el proceso económico en las llamadas áreas prioritarias que determine la ley, pudiendo hacerlo directamente o en combinación con los sectores llamados social y privado.

3. Se faculta al Estado para que por conducto de Ley del Congreso se den las bases para que se fijen los precios a los artículos, con lo que se constitucionaliza la Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica. Se dan las bases constitucionales para fijar los precios de artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o del consumo popular, así como para imponer modalidades en la distribución y abasto de estos artículos, pudiendo regular el intermediarismo cuando se considere innecesario.

4. Se prevé expresamente a nivel constitucional, por primera vez, el régimen de derecho aplicable al servicio público estableciendo que sólo podrá declararse una actividad sujeta a servicio público y, por ende, al régimen de concesiones, mediante Ley del Congreso de la Unión.

En cuanto al Artículo 27 Constitucional se reitera de manera innecesaria que en materia agraria la justicia será expedita y honesta; se declara a nivel constitucional que el Estado promoverá las condiciones del desarrollo integral para proteger al campesino, declaración innecesaria ya que se encuentra dicha atribución en el propio Artículo 25.

Por último, se adicionan a la Fracción XXIX del Artículo 73 Constitucional tres nuevos incisos.

El primero correspondiente a la facultad del Congreso para expedir la Ley de Planeación, adición innecesaria ya que el Artículo 26 está dando las bases para que se expida una Ley de Planeación; el segundo inciso se refiere a la expedición de las leyes de Programación, Promoción, Concertación y Ejecución de las acciones en el orden económico, especialmente lo referente al abasto. Tampoco era menester adicionar el 73 para este propósito puesto que esta facultad ya la tiene incluida el propio 25 Constitucional; y por último, se agrega la posibilidad de expedir Leyes para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y la de Transferencia de Tecnología y Conocimientos Tecnológicos.

El Artículo 25 Constitucional contiene declaraciones y propósitos más que normas jurídicas vinculatorias, y sobre todo los fines de la actividad económica que dan lugar a las atribuciones de conducción económica constituyen fines absolutos, generales y ambiguos. Decir que el Estado tiene la rectoría económica para que se fortalezca la soberanía implica desvirtuar el concepto de soberanía. Si decimos que soberanía significa independencia frente al exterior, no es a través de medidas internas de control, conducción y socialización de la actividad económica como se logra en todo caso la seguridad nacional. Para lograr fortalecer la soberanía hay otras maneras de lograrlo tales como restringir, si se trata de materia económica, importaciones o exportaciones, o bien, la concertación de tratados o convenios internacionales. En el ámbito interno, el *imperium* del Estado, que es el elemento interno de la soberanía, no se resuelve naturalmente a través de medidas económicas sino a través del fortalecimiento de la autoridad moral de la autoridad. Más grave es el otro fin que se le atribuye al Estado, o sea, el fortalecimiento de su régimen democrático. Fortalecer las instituciones democráticas en el contexto de su proceso únicamente político no es a través de la planeación y rectoría económica; sin embargo, la realidad de las cosas es que la palabra "democrático" está extendiéndose en su contenido y alcance para atribuirla no sólo al aspecto político, sino social y cultural, tal como lo menciona el propio Artículo 26, de suerte que ahora democracia implica participación, adhesión y beneficio del pueblo en la generación de los bienes y servicios, y en este sentido, se busca lo que fue la bandera que enarboló el actual titular del Organo Ejecutivo: La sociedad igualitaria. Se busca, y ésta es una realidad innegable, la libertad económica no al estilo decimonónico, sino en el concepto de libertad de la necesidad tal como lo definió hermosamente Burdeau. Estos principios troncales del 25 Constitucional en que permite al Estado prácticamente limitar, restringir e imponer modalidades drásticas a la actividad económica de los particulares, sólo podremos saber su verdadero alcance en cuanto salga la ley que reglamente dichos Artículos Constitucionales. Dentro del proceso de división de funciones entre los diversos órganos del Estado, como principio y meta del equilibrio de la división de poderes, puedo anticiparles, si las condiciones políticas continúan como hasta hoy, que la ley que se promulgue, reglamentaria de dichos Artículos Constitucionales, será producto única y exclusivamente del Ejecutivo y que el Congreso de la Unión, para satisfacer un requisito únicamente formal, la aprobará sin reticencias, objeciones o modificaciones substanciales que vengan verdaderamente a salvaguardar las libertades que la Constitución consagra. Puedo anticipar que dicha ley, bajo el contexto simbólico y general del Artículo 25 Constitucional, será una ley ambigua con amplísimas facultades discrecionales al Ejecutivo.

El Artículo 26 prevé el Sistema Nacional de Planeación. Desde el punto de vista formal se exige como requisito la participación de los sectores más importantes para que en el Plan Nacional de Desarrollo se incorporen sus

aspiraciones, dice la reforma constitucional; sin embargo, las consultas llamadas populares para la formulación del plan y la incorporación de los resultados de dichas consultas no tienen vinculación jurídica para el Ejecutivo en la formulación del plan y, tan es así, que la ley reglamentaria de dicho artículo, aunque es anterior a la propia reforma constitucional, simplemente dice que se recogerán las opiniones de los sectores; sólo se exige su previa opinión mas no su vinculación jurídica. De suerte que queda en buenas intenciones o a la buena fe del propio titular del Organo Ejecutivo incluir o no en el plan los resultados de esa auscultación de los diversos sectores sociales.

Hoy en día no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder. Ya no se satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una participación en el más amplio sentido de la palabra. Sin embargo, a pesar de que el Artículo 26 Constitucional rompe los esquemas clásicos de la democracia representativa, la Ley de Planeación no alcanza a darle eficacia a la participación popular. Más grave es el hecho de que dentro del propio sistema de democracia representativo el último párrafo del Artículo 26 Constitucional atribuye al Congreso de la Unión su intervención en la aprobación del plan. Sin embargo, la Ley, obra del Ejecutivo, en su Artículo 5, solamente permite la intervención del Congreso de la Unión para emitir su opinión sobre el plan, sin fuerza vinculatoria.

Resulta que el reciente Plan Nacional de Desarrollo publicado el 31 de mayo y que entró en vigor el 1o. de junio de 1983, es un Plan que no es válido jurídicamente por la circunstancia de que el Artículo 5 exige que previamente se obtenga la opinión del Congreso de la Unión, opinión que no ha sido emitida. Desde luego, que aun cuando el Congreso emitiera una opinión desfavorable y el Ejecutivo no la tomara en cuenta, la realidad de las cosas es que a través del Presupuesto de Egresos, que es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados, puede truncar cualquier plan si el Congreso al aprobar el Presupuesto modificara las prioridades que el Plan señala como objetivos fundamentales.

EL PROCURADOR VECINAL

Nueva institución pública en el Municipio Mexicano

MOISÉS OCHOA CAMPOS

En el panorama de las instituciones públicas mexicanas, destaca un nuevo tipo de funcionario municipal que, con el nombre de PROCURADOR VECINAL o bien, de PROCURADOR DE VECINOS, acaba de ser creado por el H. Ayuntamiento de Colima, a iniciativa del Presidente Municipal de esa ciudad, el ingeniero Carlos Vázquez Oldenbourg.

La importancia de este nuevo tipo de funcionario municipal, radica en que liga la tradición y la historia, con los nuevos sistemas de administración local que se presentan actualmente en el mundo.

En efecto, el Procurador Vecinal, revive al antiguo Diputado de Pobres de los Ayuntamientos coloniales del siglo XVI, así como a una figura similar que se conoció a mediados del siglo XIX, en algunos estados de la República, entre ellos, en San Luis Potosí.

Pero, a la vez, el Procurador Vecinal se liga con nuevos tipos de funcionarios municipales, innovados en los países escandinavos, España, Portugal, Costa Rica y otros más.

Por la importancia jurídica que esta nueva institución pública tiene en el moderno sistema municipal, a continuación damos a conocer el texto íntegro del Acuerdo del Cabildo de Colima, que acaba de instituir este nuevo tipo de funcionario municipal, con las modalidades y características que el propio documento señala.

Como una contribución al estudio del Derecho Municipal contemporáneo en México, consignamos a continuación tanto la parte expositiva como el Acuerdo que consigna el documento colimense.

Dice así:

El Honorable Cabildo Constitucional de Colima, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 38, fracción IX de la Ley Orgánica Municipal y con fundamento en lo previsto por el artículo 42, fracciones XIII y X, del mismo Ordenamiento; y

CONSIDERANDO:

Que a medida que la Administración Pública crece y amplía a mayor número de habitantes sus servicios, es conveniente que las autoridades

municipales propicien la consulta popular para mejorar su eficiencia y atender las quejas y reclamaciones de los afectados;

Que dentro del marco de la Reforma Municipal, que persigue —entre otros propósitos fundamentales—, la democratización integral de la sociedad, conviene establecer un mecanismo que garantice la atención de la autoridad a los planteamientos, reclamaciones o sugerencias de los ciudadanos, el cual seguramente mejoraría la eficiencia administrativa;

Que en el Municipio moderno ha adquirido proporciones de institución universal una figura que tiene raíces históricas en México, el Diputado de Pobres, pues desde la Epoca Colonial, en el siglo XVI, funcionaba adscrito al Ayuntamiento para atender necesidades populares y, a mediados del siglo XIX, una figura similar fue adoptada en algunos de los Estados de la República, entre ellos el de San Luis Potosí, por iniciativa e inspiración del ilustre D. Ponciano Arriaga;

Que la institución que mencionamos se ha desarrollado paralelamente en otras naciones, concretamente en los países escandinavos, en donde el cargo de "OMBUDSMAN", o sea, Procurador del Ciudadano, cumple una importantísima función como gestor del pueblo; y que esta figura se ha extendido, con diversos nombres, por los países europeos y adquirido carta de naturalización en naciones tan distantes como las Islas Fiji, Guayana, Jamaica, Mauricio, Nigeria, Costa Rica, parte de Estados Unidos, España —con el nombre de Defensor del Pueblo— y Portugal —con el de Promotor de la Justicia del Pueblo;

Que esta institución representaría la más grande conquista de la Reforma Municipal, por lo que resulta conveniente establecer en nuestro Municipio una figura similar, que con el nombre de Procurador de Vecinos, se constituye en el gestor de las inquietudes populares y sea el conducto entre la sociedad y las autoridades públicas locales, para la recepción e investigación de reclamaciones y proposiciones que los habitantes quieran hacer a sus autoridades;

Que este cargo debe estar en manos de una persona de reconocida capacidad y probada honorabilidad, para asegurar el óptimo desempeño de la función encomendada:

Ha tenido a bien expedir el siguiente:

ACUERDO

ARTICULO 1. Se instituye, dentro de la Administración Municipal, el cargo de Procurador de Vecinos, que será designado por el H. Cabildo a propuesta del Presidente Municipal.

ARTICULO 2. El Procurador de Vecinos será una persona de reconocida capacidad y probada honorabilidad y ejercerá las siguientes funciones:

I. Recibir e investigar, en forma expedita, las quejas, reclamaciones y proposiciones que por escrito u oralmente presenten los afectados por la actividad de la administración pública local;

II. Como resultado de dicha investigación, proponer a la autoridad respectiva vías de solución a las cuestiones planteadas, las que no tendrán imperativo:

III. Ser el enlace y coordinador entre los Comités de Barrios y la Presidencia Municipal;

IV. Procurar la conciliación entre vecinos en querellas administrativas, y

V. Rendir anualmente al H. Cabildo un informe de sus actividades incluyendo las propuestas de solución y las respuestas de las autoridades requeridas. Este informe deberá de incluir proposiciones de reformas al procedimiento o a las leyes que regulan la actividad de la administración pública local.

TRANSITORIOS

UNICO. El presente Acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.

Ing. Carlos Vázquez Oldenbourg
Presidente Municipal

ASUNTO:

C.P. Guillermo Rubio Cárdenas, Licda. Martha Sánchez Casillas, Profr. Roberto Silva Delgado, Julio Rodríguez Valdez, Margarito Ocón Medina, Emiliano Ramírez Suárez, Felipe Ploneda Orozco, Jorge Tovar Esquivel, Profr. J. Jesús Enríquez Casillas (Secretario).

EL SOBRESEIMIENTO Y LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA POR INACTIVIDAD PROCESAL EN EL AMPARO

ARMANDO OSTOS LUZURIAGA

El sobreseimiento y la caducidad de la instancia en el amparo por inactividad procesal, tienen como antecedente el Decreto de 30 de diciembre de 1939, expedido por el Presidente Cárdenas, que adicionó los artículos 74 y 85 de la Ley de la Materia. Esas adiciones establecieron que en los amparos directos en materia civil, en que versaran sólo intereses particulares, podrían ser sobreseídos atenta la inactividad procesal del agraviado durante cuatro meses, y que por lo que concernía a los amparos directos, también civiles, en los que el recurso de revisión hubiera sido interpuesto por particulares en defensa de sus intereses privados, se les tendría como tácitamente desistido del recurso si dejaban transcurrir cuatro meses, sin gestionar por escrito la continuación de la tramitación o la resolución del recurso.

El objeto primordial de la reforma aludida, era el de disminuir hasta donde fuera posible, la enorme tarea de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la obligación que tenía de resolver los amparos directos en materia civil, así como los recursos de revisión que se hacían valer en contra de las sentencias pronunciadas por los Jueces de Distrito en la misma materia.

Empero, la innovación de referencia, fue declarada inconstitucional por nuestro Máximo Tribunal de Justicia, bajo el argumento total de que pugnaba con lo dispuesto por la Fracción VIII del Artículo 107 Constitucional, que decía: "La Corte dictará sentencia sin más trámite ni diligencia que el escrito en que se interponga el recurso, el que produzca la otra parte y el Procurador General o el Agente que al efecto designare, y sin comprender otra cuestión legal que la queja contenga".

Posteriormente, el señor Presidente Alemán Valdés, introdujo reformas al Artículo 107 Constitucional y a la Ley de Amparo, entre las que se contaban la reiteración del sobreseimiento por inactividad procesal, omitiendo aludir a la caducidad de la instancia, homologada por el Decreto del Presidente Cárdenas.

La nueva reforma subsanó los vicios de inconstitucionalidad de que adolecía la anterior. Así observamos que la Fracción XIV del Artículo 107 Constitucional sí precisó que "cuando el acto reclamado proceda de autoridades civiles o administrativas y siempre que no esté reclamada la inconstitucionalidad de una Ley, se sobreseerá el amparo por inactividad de la parte

agraviada en los casos y términos que señala la Ley Reglamentaria".

Cumpliendo con lo instituido en el párrafo final de la Fracción XIV del Artículo 107 de la Ley Suprema, el 30 de diciembre de 1950, se expidieron las Reformas a la Ley de Amparo, precisándose en el Artículo 74-V de ese Ordenamiento, que "cuando el acto reclamado procediera de autoridades civiles o administrativas, siempre que no estuviere reclamada la constitucionalidad de una Ley, si cualquiera que fuere el estado del juicio no se habría efectuado ningún acto procesal ni realizado por el quejoso ninguna promoción en el término de ciento ochenta días consecutivos, debería sobreseerse en el juicio correspondiente".

La exposición de motivos de la indicada reforma precisaba que su objeto era el de resolver el problema del rezago de asuntos pendientes, principalmente ante la Sala Civil, partiendo del supuesto de que la negligencia del quejoso durante el término señalado por el dispositivo de que se trata, reflejaba un absoluto desinterés en la prosecución y final resolución del proceso constitucional.

Durante la vigencia de las normas aludidas sobre la inactividad del quejoso, afrontó el H., Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el problema suscitado por los diversos criterios que emitieron, por una parte, la Sala Administrativa, y por la otra, la Sala Auxiliar y la minoría de la Sala Civil. La Administración sostenía que el lapso de ciento ochenta días consecutivos a que se refería el Artículo 74-V de la Ley de Amparo, debería estar integrado con los días inhábiles y con los días hábiles, o sea por días naturales; en cambio los otros dos organismos afirmaban que ese plazo de ciento ochenta días consecutivos, sólo podría estar formado por los hábiles, excluyendo los inhábiles, lo que se traducía en una mayor amplitud del plazo otorgado, como era obvio.

El conflicto fue resuelto en favor de la tesis de la Sala Auxiliar y de la minoría de la Tercera Sala, en el sentido de que los días inhábiles quedaban excluidos del término precitado.

Otra cuestión que dilucidó el Tribunal Pleno fue la derivada del inicio del término para computar la inactividad procesal, emitiendo la tesis siguiente: "El término de ciento ochenta días que estatuye el Artículo 74 Fracción V, de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional, comienza a correr a partir del momento de la notificación al agraviado, del auto que da entrada a la demanda". La tesis fue pronunciada para resolver las oposiciones surgidas entre las diversas Salas de la Corte, de acuerdo con lo previsto por los Artículos 107-XVIII de la Constitución Federal y 195 Bis de la Ley de Amparo. Por otra parte, cabe observar que según lo dispone el Artículo 74-V de la Ley de Amparo, el término de la inactividad se interrumpe por la existencia de alguna promoción de la agraviada, así como la de algún acto procesal dentro del juicio de garantías, aunque éste no obedezca a la instancia del quejoso. Esto significa que si el agraviado ha permanecido inactivo, la operatividad del sobreseimiento puede interrumpirse por la realización de algún acto procesal desplegado en el expediente respectivo, dentro del término de referencia, lo que implica su reanudación a partir de la fecha del

acto interruptor, y debe precisarse que la Ley de la Materia alude a que sea precisamente la promoción del particular agraviado la que interrumpa el plazo de la inactividad que conduce al sobreseimiento; lo que se traduce en sostener que los ocursos de las autoridades o de los terceros perjudicados, cuando no han provocado el pronunciamiento de algún acto procesal, en modo alguno pueden motivar la interrupción del plazo fijado por la Ley.

El criterio anterior fue objeto de otra tesis de las Salas, que finalmente dice: "La Fracción V del Artículo 74 de la Ley de Amparo, no está en contradicción con la Fracción XIV del Artículo 107 de la Constitución; y por lo tanto, para que opere la causa de sobreseimiento señalada por el referido Artículo 74, Fracción V, es necesaria la inactividad de la parte agraviada y la no ejecución de actos procesales en el juicio, durante el término de ciento ochenta días consecutivos.

Se ha advertido que las Reformas Constitucionales y legales de 30 de diciembre de 1950, sólo hicieron referencia al sobreseimiento por inactividad de la parte agraviada, omitiendo la institución de la caducidad de la instancia creada por el Decreto de 30 de diciembre de 1939.

Esa omisión produjo la realización de actos notoriamente injustos, mediante el pronunciamiento de fallos revocatorios de los estimados por los Jueces de Distrito, en favor de la parte agraviada, toda vez que al interponerse el recurso de revisión combatiendo esos fallos por las autoridades responsables o por los terceros perjudicados, se decretaba el sobreseimiento del juicio, tomando en cuenta la inactividad del quejoso en la segunda instancia, a pesar de no haber sido el recurrente, revocando así también la sentencia que le era favorable, atentos los términos de la reforma que sólo aludía al sobreseimiento por inactividad.

Así se emitieron múltiples fallos, que obligaron a la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, a pronunciar una tesis jurisprudencial, carente de técnica jurídica, pero imbuida de un notorio espíritu de equidad y de justicia.

Esa tesis dice: "Cuando en el amparo se reclamen actos que provengan de autoridades civiles o administrativas y siempre que no esté reclamada la inconstitucionalidad de una Ley, cualquiera que sea el estado del juicio, si ha transcurrido el término de ciento ochenta días que señala el Artículo 74, Fracción V de la Ley de Amparo sin que se haya efectuado ningún acto procesal y sin que hayan promovido la parte o partes que hubieren interpuesto la revisión, procede sobreseer únicamente ese recurso, que es la materia sujeta a discusión, y "declarar firme la sentencia recurrida, porque así se desprende del sentido del mencionado precepto, sea por suplencia de su laguna normativa, sea por la necesidad lógica de salvar la contradicción en que se incurriría al interpretario literal y no sistemáticamente, relacionándolo con el Artículo 2o. de la propia Ley y con los Artículos 373, Fracción IV, 375 a 378 del Código Federal de Procedimientos Civiles, así como con el párrafo final de la Fracción II del Artículo 107 de la Carta Fundamental".

La actitud justiciera de nuestro Máximo Organo de Control al invocar la tesis preinserta, así como el clamor del Foro Nacional, originaron que nue-

vamente se introdujeran reformas al Artículo 107 Constitucional y a la Ley de Amparo, en el año de 1967.

El Artículo 107, en su Fracción XIV, fue modificado en el sentido de establecer dentro del amparo los dos fenómenos procesales a que se ha hecho referencia: el sobreseimiento y la caducidad de la instancia, ambos por inactividad procesal.

Las modificaciones también adoptaron las tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte al interpretar la antigua Fracción V del Artículo 74, como es la de incluir los días inhábiles en el nuevo término de 300 días, y no de 180 consecutivos como se decía anteriormente y la de no sobreseer el juicio por la inactividad procesal o falta de promoción del quejoso, en los amparos de revisión, lo cual era una injusticia para el quejoso cuando no tenía la calidad de recurrente, sino declarar la caducidad de la instancia dejando firme la sentencia recurrida.

Así nació el párrafo segundo de la Fracción V del Artículo 74, que se refiere en forma específica a los amparos en revisión y previene que el impulso procesal, en estos casos, corresponde precisamente al recurrente y su inactividad produce tan sólo la caducidad de la instancia, dejando intocable la sentencia combatida.

En múltiples ocasiones se ha hecho referencia al sobreseimiento del juicio de amparo por inactividad procesal calificándolo en forma indebida, como un "sobreseimiento por caducidad de la instancia".

Y es verdad que ambas instituciones Jurídico-Procesales tienen ciertos vínculos de semejanza, pero igualmente es cierto que resultaban substanciales sus diferencias. La semejanza obedece a que su resultado tiene un común denominador: la inactividad. Es decir, el mismo hecho jurídico procesal que origina el sobreseimiento, es el que produce la declaración de la caducidad de la instancia. Ambos son el resultado de la pasividad, negligencia, o falta de impulso del procedimiento constitucional.

Las diferencias son las siguientes:

a) La caducidad de la instancia, engendra la extinción del estadio o grado procesal en que ocurre la causa generadora del fenómeno, y de acuerdo con la Fracción V del Artículo 74, sus efectos nacen sólo en los amparos en revisión, dejando firmes las actuaciones de primera instancia, incluyendo como es natural, la sentencia recurrida, que viene a convertirse en la verdad legal o en un fallo ejecutoriado.

En cambio, en el sobreseimiento por inactividad procesal, los amparos directos o indirectos que se encuentren en trámite, quedan extinguidos, sin que se estudie el negocio fundamental, convalidando el acto reclamado.

b) La caducidad puede operar en contra del quejoso, como de la autoridad responsable, del tercero perjudicado, según tengan la calidad de recurrentes; mientras que el sobreseimiento por inactividad siempre perjudica al agraviado o promotor del juicio.

También conviene destacar como caso de similitud el hecho de que en ambas instituciones, se interrumpe el término de perención o de extinción de la acción o del recurso, cuando existen actos procesales realizados por el

órgano controlador tendiente al impulso del juicio constitucional cuando el quejoso o recurrente sea la parte trabajadora.

Afortunadamente, han quedado excluidos de las consecuencias del sobreseimiento o de la caducidad de la instancia, todos aquellos casos de amparos en materia penal o laboral, cuando el quejoso o recurrente sea la parte obrera, y los que versen sobre la cuestión agraria, en la que los actos combatidos sean fruto de la acción de núcleos de población ejidal o comunal o por comuneros o ejidatarios en lo particular.

En el año de 1974, el Congreso de la Unión modificó la Fracción XIV del Artículo 107 Constitucional, suprimiendo la frase "y siempre que no esté reclamada la inconstitucionalidad de una Ley". Esa modificación fue aprobada por la mayoría de las legislaturas de los estados, debido a que se trataba de una reforma a un precepto de la Ley Suprema, que tenía que realizarse en los términos previstos por el Artículo 135 del mismo Ordenamiento. Más tarde, se hizo la misma supresión en la Fracción V, Primer Párrafo del Artículo 74 de la Ley de Amparo. La consecuencia ha sido la de establecer la operancia del sobreseimiento y la caducidad de la instancia por inactividad procesal en los amparos contra Leyes Federales o Locales, lo cual viene a convertir en más aberrante la estructura y aplicación de esos fenómenos procesales. Es evidente que nuestro Máximo Tribunal de Justicia, al desplegar su actividad reguladora en los casos de amparos contra Leyes, impulsados por la iniciatjva de cualesquier gobernado, realiza la más elevada de sus funciones controladoras, máxime cuanto que existe un marcado interés público y social, en que se desalojen del comercio jurídico todos aquellos ordenamientos que pugnen con los preceptos constitucionales, por más que se respete el principio de relatividad de la cosa juzgada que consagra la Fracción II del Artículo 107 de la Carta Magna cuyo perfecto diseño, más que su creación, fue logrado por el genio jurídico de don Mariano Otero. Es tan grave la medida, que llega al extremo, de que en aquellos amparos que versen sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley, cuyos precedentes jurisprudenciales se hayan pronunciado en tal sentido; no será posible otorgar la protección de la Justicia Federal al quejoso, cuando haya dado margen a las sanciones de sobreseimiento o de caducidad de la instancia, por su inactividad; independientemente de que pueda suplirse la deficiencia de la queja en ese caso, como lo establece la Fracción II del Artículo 107 Constitucional, en su Párrafo Segundo, y lo reproduce el mismo párrafo del Artículo 76 de la Ley de Amparo.

Sin embargo, es pertinente señalar que tratándose de amparos promovidos por menores e incapaces, a los que se les ha otorgado justamente el beneficio de la suplencia de la queja, en los términos de las Leyes de la Materia; por un olvido legislativo, no se les excluyó de las consecuencias del sobreseimiento y de la caducidad de la instancia, por su inactividad, cuando en esos amparos impugnen actos de naturaleza civil o administrativa.

Como consecuencia de todo lo expuesto, debe reconocerse que si las instituciones del sobreseimiento y de la caducidad de la instancia por inactividad procesal, han llenado su objetivo, consistente en resolver el problema

del rezago judicial, mediante una mejor distribución de las competencias atribuidas a los órganos reguladores aumentando también la creación de los mismos; no existe ya ninguna razón valedera para que sigan operando esos dos fenómenos procesales, que han sido dura y justamente criticados por la doctrina y por los litigantes; razones por las cuales, me pronuncio por la derogación de las normas constitucionales y legales que los instituyeron, a efecto de que se elimine con toda eficacia el principio de la pronta expedición de la justicia que establece el Artículo 17 constitucional.

DERECHO FISCAL

LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION

HÉCTOR ALVARADO

I. LA JURISDICCION

1. Jurisdicción es (Suprema Corte de Justicia de la Nación) la potestad de que se hallan investidos los jueces (o tribunales) para administrar justicia (es la potestad del *estado*, convertido en autoridad, para impartir justicia.

Etimológicamente, la palabra jurisdicción significa decir o declarar el derecho. (Para Eduardo Pallares) desde el punto de vista más general, la jurisdicción hace referencia al poder del *estado* de impartir (o administrar) justicia, por medio de los tribunales, en los *asuntos* que llegan a su conocimiento.

Por jurisdicción (Joaquín Escriche) se entiende el poder o la autoridad que tiene alguno para gobernar y para poner en ejecución las leyes y de manera especial, la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia (es decir, para *conocer* de los conflictos que se les presenten y para *decidirlos* o sentenciarlos con arreglo a *las* leyes).

La palabra jurisdicción (Caravantes) se forma de *jus* y de *dicere* y significa aplicar o declarar un derecho . (Para él) también consiste en la potestad pública de conocer y de sentenciar los *asuntos* (conflictos) con arreglo a *las* leyes. Se dice que consiste en *conocer* y en *sentenciar* los pleitos, porque éstos son los dos elementos que constituyen la jurisdicción, esto es, la *notio* y el *judicium*.

La jurisdicción se equipara (Ugo Rocco y Carnelutti) a lo que se conoce también como *función jurisdiccional* y es (Eduardo Pallares), al mismo tiempo, un poder jurídico y un deber *(una obligación)*.

2. Los jueces —tribunales— deben *decir el derecho*. Para ello (José Becerra Bautista) deben tener jurisdicción, es decir, la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida. (La verdadera jurisdicción siempre supone una controversia.)

3. La función jurisdiccional o judicial es (Eduardo Pallares) el poder de interpretar y de aplicar la ley; de integrarla, acudiendo para ello a las diver-

sas fuentes del derecho. En su aspecto material, la función se concreta y se exterioriza en lo que se conoce como *sentencia*.

Esta función se caracteriza por el motivo y por el fin de la misma (y *no por el efecto* que origina). La función supone, en primer término (Gabino Fraga) una situación de conflicto preexistente: supone dos pretensiones opuestas, cuyo *objeto* es *(puede ser)* muy variable. Si el antecedente o motivo de la función es un conflicto de derecho, el cual no puede dejarse a las partes resolver, debe decirse que el primer elemento del acto jurisdiccional consiste en la *declaración* que se haga de la existencia de tal conflicto. Si se considera la finalidad de la función, se llega a conocer el otro elemento que la caracteriza, esto es, la *decisión* que ponga fin al conflicto (y que, en su caso, *restituya* y haga respetar el *derecho ofendido:* efecto).

4. La jurisdicción, según se desprende de los criterios antes expresados *es* (debe considerarse como) *única;* esto es, técnicamente no puede decirse que existan varias *clases* o varios *grados* de jurisdicción. El tribunal —juez— *tiene jurisdicción* o no la tiene (no puede haber plena jurisdicción, menos plena, semiplena o cuasijurisdicción—(Humberto Briseño Sierra).

No obstante, existen autores que hablan de *grados* de jurisdicción (como Dolores Heduán Virués, quien habla de plena *jurisdicción* y presuntamente de jurisdicción no plena), así como autores que hablan de *clases* de jurisdicción (como Héctor Fix-Zamudio y la propia Dolores Heduán Virués, quienes hablan de jurisdicción administrativa retenida y de jurisdicción administrativa delegada).

5. Técnicamente, como se reconoce en los criterios anteriores (expresa o presuntamente), puede decirse que la jurisdicción se encuentra integrada básicamente por el conocimiento (notio-declaración) de la controversia o del conflicto y por la decisión *(judicium*-sentencia) de los mismos.

La ejecución (executio), *técnicamente* también, para bastantes autores (entre ellos, algunos de los citados antes), no *debe* considerarse como *elemento* (básico-integral) de la jurisdicción; sino tan sólo, en determinados casos, como un *efecto* producido por ella (la jurisdicción). Cabe aclarar (añadir) que *no siempre* (quizá son los *menos* casos) es necesario que el juez que dictó la resolución ejecute la misma (para restituir o hacer respetar el *derecho ofendido).*

Ejecución es el acto de poner por obra (Joaquín Escriche) alguna cosa y la aprehensión de que se hace en la persona o en los bienes del deudor moroso, por mandamiento del juez competente, para satisfacer a los acreedores.

Este vocablo tiene en la ciencia del derecho (Eduardo Pallares) diversos significados, algunos amplios y otros restringidos. Unas veces significa lo mismo que el cumplimiento voluntario de una obligación; otras veces se usa en el sentido de llevar a efecto lo mandado por la ley. En su significado más general, *ha* de entenderse, sin embargo, el hacer efectivo un mandamiento jurídico, sea el contenido en la ley, en la sentencia definitiva o en alguna otra resolución judicial o mandato concreto.

Para algunos autores (E. Pallares), la ejecución forzosa de una sentencia presupone actos jurisdiccionales, que son manifestaciones de la soberanía del estado en cuyo territorio tiene lugar la ejecución. La ejecución constituye el último periodo del juicio, llamado *vía de apremio;* implica jurisdicción y los actos que en ella se realizan son actos *dentro del juicio.* En la ejecución aún hay *cuestión* entre partes. Los actos de ejecución presuponen, en la autoridad que los lleva a cabo, la *plenitud* de la jurisdicción, lo que los jurisconsultos romanos llamaban el *imperium (imperio).*

Cabe precisar, sin embargo, que *apremio* (para el mismo E. Pallares) es el acto judicial por medio del cual el juez constriñe u obliga a alguna de las partes para que ejecute algo o se abstenga de hacerlo y que *Imperio,* por su parte, es la potestad de que gozan los tribunales de ejecutar sus sentencias y resoluciones, usando los *medios de apremio* (y correcciones disciplinarias) que la ley autoriza. (Algunos diccionarios y jurisconsultos *lo identifican con la jurisdicción;* sin embargo, *esto es un error* que debe evitarse si se quiere dar al vocablo su propio significado. —E. Pallares.)

Como se ve ni siquiera los autores que consideran a la ejecución (apremio-imperio) como elemento (parte) integrante (fundamental) de la jurisdicción son claros y precisos con ellos mismos. Su criterio, por lo mismo, no puede considerarse como correcto, desde el punto de vista técnico. Lo único que han provocado con ello es confusión.

Otros autores (Caravantes), tratando de ser más precisos, al parecer, al hablar del imperio, distinguen entre el *mero* y el *mixto.* El *imperio mixto* es la potestad de llevar a efecto las providencias que se dictan en los pleitos. Se llama mixto a este imperio porque *va unido a la jurisdicción.*

La ejecución (H. Briseño S.) no es el mero cumplimiento, no es la simple violencia, para otros autores; es la aplicación de la fuerza con apoyo en la ley y tiene esta característica: se trata de realizar un mandato de una autoridad por un tercero; se trata de que un tercero cumpla la instrucción dada por el juez; es la realización coactiva de una instrucción dada por una autoridad competente. Cuando el tribunal tiene esta potestad (ejecución), *debe* decirse entonces que tiene competencia total.

La confusión provino y proviene (H. Briseño S.) de llamar jurisdicción a *todo* cuanto hacía y hace la judicatura (juzgados-tribunales). La ejecución no tiene que ver necesariamente con la jurisdicción. *Ejecuta* la administración pública (y *no tiene jurisdicción)* en todo cuanto se refiere a su competencia, potestad o facultad. Los tribunales suelen tener competencia para *conocer* y para *resolver* y en ocasiones, también, competencia para *ejecutar.* Del hecho que un tribunal no tenga competencia para ejecutar no debe deducirse, sin embargo, que no tenga *(plena)* jurisdicción. Hay tribunales (Salas de la Suprema Corte, Tribunales Colegiados de Circuito, Salas del Tribunal Superior de Justicia) que carecen de la facultad coactiva (apremio) —que *no pueden ejecutar* sus resoluciones— y no por eso son *menos competentes jurisdiccionalmente* (dejan de tener la plena jurisdicción) ni son menos eficaces.

Está establecido expresamente, en el caso de las Salas del Tribunal Superior de Justicia —apelación— (Suprema Corte de Justicia) que se admite la posibilidad de examinar en la alzada acciones o excepciones, sobre las cuales (el juez inferior) no hizo ninguna declaración, deducidas u opuestas por la parte apelada. En el sistema procesal mexicano no existe reenvío; por lo mismo, el tribunal de apelación debe examinar y resolver, *con plenitud de jurisdicción*, las cuestiones indebidamente omitidas en la sentencia apelada, reclamadas en los agravios, sin limitarse a ordenar al inferior que las subsane, porque debe corregirlas por sí mismo. Los tribunales superiores de justicia *ejercen* la función jurisdiccional y la delegan, para su ejercicio, a los jueces; entendiéndose que, cuando las partes se alzan contra las decisiones de los jueces, se devuelve a los tribunales, *con plenitud*, la jurisdicción delegada por ellos.

II. LA COMPETENCIA

1. Competencia es un concepto (término) análogo, no unívoco, desde el punto de vista jurídico. Se habla, así, de competencia constitucional, de competencia administrativa, de competencia *autoritaria*, de competencia jurisdiccional o judicial, de competencia para conocer y para ejecutar, etcétera.

Para los efectos de este trabajo, me concretaré a comentar sucintamente la que se acostumbra denominar *competencia judicial o jurisdiccional*.

2. La competencia, en general, se refiere a la órbita de las atribuciones de las diversas autoridades (órganos); es la suma de facultades que da una ley a una *autoridad* para ejercer ciertas atribuciones (Ignacio L. Vallarta).

El conjunto de las facultades con que la ley en general inviste a cada una de las autoridades encargadas de desempeñar una determinada función (estatal) es lo que constituye la competencia (Ignacio Burgoa O.).

3. Existen diferencias entre las diversas *categorías* (clases) de competencia. Tales diferencias se dan fundamentalmente entre la constitucional y la jurisdiccional.

La competencia constitucional (en relación con los jueces o tribunales) consiste (Suprema Corte) en la capacidad de un tribunal de determinado *fuero* para conocer de determinadas materias conforme a lo dispuesto en la constitución (federal aunque tal criterio puede aplicarse también por analogía a las constituciones locales).

Esta competencia concierne (I. Burgoa O.) al conjunto de facultades con que la propia ley suprema (en relación a la cuestión federal) inviste a determinado órgano del estado. (Este criterio es expresado también por la Suprema Corte.)

La competencia jurisdiccional, por su parte, consiste en la capacidad de un órgano, que forma parte integrante de un tribunal, para conocer, con exclusión de los demás órganos que dependen del mismo tribunal, de determinado asunto (Suprema Corte). Esta competencia (al decir de Corte) está integrada por el conjunto de facultades que la ley secundaria u ordinaria confiere a determinada autoridad (órgano). (Este último criterio es compartido por I. Burgoa O.)

4. El juez debe decir el derecho y para ello, debe tener facultades. Estas facultades constituyen la jurisdicción. Para hacer posible la administración de justicia, debe (es conveniente) *limitarse* esa jurisdicción. Si se atiende a la jurisdicción (José Becerra Bautista), todos los jueces son iguales, ya que resuelven, con fuerza obligatoria, los conflictos sometidos a su conocimiento. Lo que crea, en realidad, la diferencia entre los jueces —tribunales— es la competencia o sea, el *límite* de la jurisdicción.

La actividad de la impartición (administración) de justicia por parte de los tribunales *estatales* —órganos jurisdiccionales comprende actividades muy diversas. Es por ello que (Suprema Corte de Justicia) ha habido necesidad de hacer *una clasificación* (en atención a ciertos criterios), lo cual origina la competencia de determinado tribunal para conocer de un negocio. La competencia consiste, así, en la facultad que tiene un determinado tribunal para conocer de ciertos negocios ; facultad que debe serles atribuida por ley (o que, en ocasiones, *puede* derivarse de la voluntad de las partes).

Se llama competencia (J. Becerra Bautista) al límite de la jurisdicción. Esta limitación surge de la necesidad de hacer posible la administración de justicia, ya que humanamente es imposible que un solo hombre resuelva todas las controversias que se presenten en un estado determinado. (Como afirma por su parte Eduardo Pallares), la competencia puede considerarse, también, como la porción de jurisdicción que se atribuye a los tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional y se distingue (la competencia) lógicamente de la jurisdicción como el todo se distingue de la parte. (Este último criterio es compartido también por la Suprema Corte y por Juventino V. Castro, cuando indican —afirman— que la jurisdicción es el género de la competencia es la especie.)

III. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. La administración pública, en su actuación, *puede* realizar actos que llegan a resultar *lesivos* a los particulares (actos ilegales que llegan a lesionar los derechos de aquéllos). El particular afectado puede acudir en dichos casos ante autoridades competentes (administrativas-jurisdiccionales), para solicitar la revocación o la anulación del acto administrativo que considere lesivo de sus derechos.

Por diferentes razones (causas) surgen necesariamente conflictos de intereses (entre los particulares y la administración pública), generadores de litigios. La posibilidad de solucionar los conflictos debe brindarse a los particulares en tiempo y en forma expeditos para la preservación de la paz social y por *conveniencia* de la propia administración pública (Carlos Cortés Figueroa).

2. Para algunos autores (Jaime Cadena Rojo), el contencioso-administrativo es la contienda que surge con motivo de la actuación de la adminis-

tración pública y que se resuelve, tanto por órganos de la misma, como por *entidades* distintas de ella. (Este criterio es compartido, *al parecer*, por Antonio Carrillo Flores, según el mismo J. Cadena R.)

Para otros (Andrés Serra Rojas) es el juicio que se sigue ante la autoridad judicial o ante autoridades administrativas autónomas sobre derechos o *cosas* que se litigan entre los particulares y la administración pública por los actos ilegales que lesionan los derechos de aquéllos. *La jurisdicción administrativa* es la encargada de resolver las cuestiones surgidas entre la administración pública y los particulares (a *ello* se le denomina *el-lo* contencioso-administrativo).

La palabra contencioso (en los casos de *procedimientos* jurisdiccionales-administrativos) implica no sólo el desarrollo del procedimiento, establecido por la ley, ante un órgano jurisdiccional competente, que habrá de resolver la contienda, sino también la existencia de una contraparte que sostenga la validez de la actuación de la administración pública (activa) y la autonomía del órgano jurisdiccional (Jaime Cadena Rojo).

El contencioso tiene el propósito fundamental de buscar la regularidad del actuar administrativo. Los procedimientos jurisdiccionales que se emplean para juzgar los actos de la administración pública han sido inspirados principalmente en la legislación procesal civil (Andrés Serra Rojas) y es lógico que respondan a sus doctrinas de origen o sea, a toda la teoría del proceso.

3. En doctrina (Dolores Heduán Virués) lo contencioso-administrativo implica atribuir a un tribunal, situado fuera del poder judicial, *verdadera jurisdicción* para dirimir conflictos surgidos entre los particulares y los órganos del poder ejecutivo (administración pública), a fin de que los actos de éste queden sometidos al juzgamiento de ese tribunal. Implica también la independencia de éste frente a los demás órganos de la propia administración pública y requiere en los juzgadores el conocimiento especializado de la actuación de esos órganos.

4. El contencioso-administrativo (según lo reconocen la mayoría de los autores mexicanos) tuvo su origen en el estado francés. Sin embargo, cabe aclarar que los criterios tomados por la doctrina francesa difieren de los criterios (legales-jurisprudenciales-doctrinales) mexicanos en aspectos fundamentales (básicos).

La doctrina administrativa francesa (A. Serra R.) reconoce cuatro formas de contencioso-administrativo, a saber, el de *plena jurisdicción;* el de *anulación;* el de *interpretación* y el de *represión*.

— En el contencioso de plena jurisdicción (A. Serra R.) la *jurisdicción(?)* administrativa tiene todos los poderes habituales del juez. Este recurso establece un principio general para proteger todas las violaciones que sufra un particular. El tribunal está capacitado para revisar los actos de la administración pública (centralizada-desconcentrada-descentralizada).

La *jurisdicción(?)* administrativa tiene, en este contencioso (J. Cadena R.) todas las facultades habituales de un juez. Puede pronunciar la anulación de una decisión administrativa o en ciertos casos, puede reformarla o

dictar una condenación pecunaria contra la administración pública. Esta jurisdicción encuentra los elementos de su decisión, no sólo en la ley que es examinada al compararla con el acto o con la situación que le han sido referidos para ver si existe violación de la ley, sino también en el texto, por ejemplo, de un contrato, cuando se trata de saber si una obligación contractual ha sido desconocida o ejecutada.

Este contencioso no requiere (D Heduán V.) como presupuesto esencial la previa existencia de un acto de autoridad administrativa, cuya legalidad ha de calificarse. (Sic) Permite al tribunal substituir al órgano actuante, conminarlo para cumplir el fallo y ejecutarlo.

— El contencioso de anulación hace antítesis (A. Serra R.) con el de plena jurisdicción. El tribunal no tiene todos los poderes habituales del juzgador, ya que no puede pronunciar más que la anulación del acto que le es presentado, pero sin poder reformarlo, es decir, sin *modificar* el acto.

El tribunal no puede (J. Cadena R.) más que mantener el acto, si desecha el recurso o anularlo y sobre todo, no puede pronunciar una condenación pecunaria. En cuanto a sus facultades de investigación, el juez de la anulación tampoco tiene todos los poderes habituales de un juez y se limita a investigar si el acto que se le ha sometido está de acuerdo o es contrario a la ley o tal vez, excepcionalmente en ciertos casos, a lo que se ha propuesto llamar *la moralidad administrativa*. Sin embargo, el juez de anulación no puede investigar si el acto que se le ha sometido fue tomado en violación a una obligación contractual. Este contencioso, en suma, es aquél en el cual se atacan los actos del poder público.

Este contencioso tiene (D. Heduán V.) como presupuesto esencial la previa existencia de un acto de autoridad administrativa cuya legalidad ha de calificarse y que no permite al tribunal substituir al órgano actuante ni conminarlo para cumplir el fallo ni ejecutar éste.

— El contencioso de interpretación (A. Serra R.) se reduce a fijar el sentido jurídico de una ley o reglamento que aplica la administración pública.

— El contencioso de represión (A. Serra R.) es un procedimiento encaminado a *revisar*, imponer o *modificar* las sanciones administrativas.

5. Lo contencioso-administrativo constituye (D. Heduán V.) una de las vías de autocontrol de la legalidad de los actos administrativos, que precisa de la *delegación absoluta de una porción de la soberanía* interior del poder público (la autora no precisa a cuál contencioso se refiere: de jurisdicción o de anulación), en ejercicio de la cual el tribunal puede sentenciar libremente; de ahí que se habla de *justicia* (jurisdicción) *delegada*.

En la *jurisdicción retenida* (Héctor Fix Zamudio) el tribunal administrativo tiene facultad de formular dictámenes, los cuales se someten al jefe del Estado para su decisión definitiva. En la *jurisdicción delegada* el tribunal pertenece al campo de la administración pública, desde el punto de vista puramente formal, pero posee *plena autonomía* para dictar sus fallos, aun cuando con ciertas *limitaciones* para la *ejecución* de los mismos.

6. Se dice que hay tribunales de *plena jurisdicción* y otros de *mera anulación* (Humberto Briseño Sierra). Naturalmente, las palabras son censurables, porque no están indicando lo que *se quiere* decir. No hay plena jurisdicción; hay jurisdicción o no la hay. No *puede* haber plena jurisdicción, menos plena, semiplena o cuasijurisdicción. En el caso del tribunal fiscal de la federación, por ejemplo, se siguió un criterio impuesto por la doctrina francesa. Sin embargo, tal criterio no es correcto (desde el punto de vista técnico); en efecto, la ley española de 1956, por ejemplo, al reformar su contencioso-administrativo, dice en la exposición de motivos que no hay razón alguna para seguir este *perjudicial* modelo francés que ha distinguido *ficticiamente* entre la mera anulación y la plena jurisdicción. (En el caso del tribunal fiscal [y en el del contencioso-administrativo del D.F.], en realidad, no tienen que conocer de otra cosa más que de la ilegalidad del actuar administrativo.)

Del tribunal fiscal y ahora del tribunal de lo contencioso se dice que son de mera anulación porque les *falta competencia para ejecutar*, básicamente (H. Briseño S.). Vale aclarar, sin embargo, que una sentencia (aún las dictadas en contra del *estado-gobierno)* que no pueda ser *realizable* (ejecutable) o materializable, parece como si fuera un pronunciamiento lírico. Si la autoridad administrativa, en contra de la cual se dicta una resolución por un tribunal contencioso administrativo, *no va* a cumplir y no hay forma de constreñirla o de cumplir por ella, entonces lo que *hay* técnicamente es *competencia incompleta* y realmente no se debiera hablar de un contencioso-administrativo, sino de tribunales que conocen de ciertas materias que perjudican al particular por el actuar de la administración.

Al hablar de la ejecución, expresé que, técnica y correctamente, no *puede* decirse que un tribunal que carezca de dicha potestad (imperio-ejecución) carezca, por tal motivo, de jurisdicción (es decir, no tenga *plena jurisdicción)*. Los tribunales tienen jurisdicción o no la tienen. El imperio tiene que ver (técnicamente) con la competencia (y puede ser ejercido, inclusive, por autoridades no jurisdiccionales: las administrativas).

IV. LOS TRIBUNALES

1. La palabra *tribunal* tiene diversas acepciones (E. Pallares). Puede significar el *lugar* donde se administra justicia o la *institución pública* integrada por los jueces, magistrados, funcionarios auxiliares y empleados, que, como órgano del Estado, tiene la función de administrar justicia.

2. En la segunda de las acepciones, existen varias clases de tribunales. Así, se habla de tribunales federales y locales; de tribunales civiles, penales, administrativos, laborales y demás; de tribunales superiores e inferiores, etcétera.

3. Para los fines de estas notas, haré hincapié exclusivamente en lo relativo a los llamados *tribunales administrativos* (o tribunales de lo contencioso administrativo, en general) y a los tribunales administrativos federales, en especial.

4. El sistema mexicano de tribunales administrativos (H. Fix Zamudio) debe considerarse como *mixto*. Existe variedad de organismos que realizan funciones jurisdiccionales en materia administrativa; por lo cual resulta necesario determinar en qué momento puede hablarse de tribunales administrativos en sentido propio (máxime que existen dentro de la misma administración pública los llamados *recursos administrativos)*. En la vida contemporánea, en la cual las autoridades administrativas intervienen cada vez con mayor vigor en la esfera jurídica de los particulares, han proliferado organismos que, careciendo de la denominación de tribunales, realizan, sin embargo, funciones de carácter jurisdiccional, puesto que deben resolver un creciente número de controversias entre los particulares y la administración pública sobre cuestiones de carácter económico y social cada vez más complejas. Se suele confiar, así, la solución de tales conflictos a *órganos especiales* situados formalmente dentro del poder ejecutivo (administración pública); a los *tribunales ordinarios* o a *organismos independientes* (tanto de la administración pública como de la jurisdicción ordinaria). En la práctica los tres sectores se entremezclan, de tal manera que predominan sistemas mixtos. En el sistema mexicano (aspecto administrativo federal) operan el primero y el segundo sector.

Puede estimarse, así, que un tribunal administrativo (H. Fix Zamudio) es un organismo que, con independencia de su encuadramiento dentro de la (esfera formal de la) administración pública (o del departamento judicial), está dotado de autonomía y por lo tanto, puede resolver, en forma imparcial y suprapartes, una controversia o un litigio de carácter administrativos; aun cuando (en el caso mexicano) con ciertas *limitaciones* para la *ejecución* de sus fallos.

5. Todos los órganos jurisdiccionales (tribunales) tienen fijada su competencia legalmente (I. Burgoa O.), esto es, por una disposición general, abstracta e impersonal. Todas las facultades de una autoridad judicial (tribunal), que integran su competencia, deben estar consignadas en una norma legal. La competencia de una autoridad es sinónimo de su capacidad jurídica. Toda autoridad, dentro de la órbita de su competencia, es capaz para conocer de todos aquellos casos concretos, en número ilimitado, que se presenten y que encuadren dentro de la hipótesis o situación jurídica abstracta en relación con la cual la ley le atribuye ciertas facultades decisorias o ejecutivas, ejercidas y ejercitables conjunta o separadamente.

6. La jurisdicción de los tribunales federales se *otorga* (atribuye) a los mismos por la Constitución Política Federal (artículos 104 y siguientes); así como por las leyes federales ordinarias respectivas.

La Constitución Federal ha previsto la posibilidad que de el poder legislativo de la Unión cree (instituya) tribunales administrativos (de lo contencioso-administrativo), dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que *conozcan* y *resuelvan* las controversias suscitadas entre los particulares y la administración pública federal o la administración pública del Distrito Federal.

La creación de dichos tribunales debe hacerse mediante la ley federal ordinaria respectiva, expedida por el Congreso de la Unión, en uso (aplicación) de sus facultades constitucionales.

7. Ni la Constitución ni las leyes federales *emanadas* de ella otorgan (han otorgado) a los tribunales administrativos (federal-local del distrito federal) *competencia* para *ejecutar* los fallos que *dicten* al *dirimir las controversias* suscitadas entre las administraciones públicas y los particulares afectados. La Constitución y las leyes federales sólo han otorgado a dichos tribunales competencia para conocer y para resolver, no así para ejecutar sus resoluciones. Sin embargo, de ello no puede (no debe) deducirse que tales tribunales carezcan de jurisdicción (no tengan plena jurisdicción).

Decir que un tribunal federal administrativo no tiene (no es de) plena jurisdicción es erróneo desde el punto de vista técnico jurídico. Igual lo es decir que *no tiene todos los poderes habituales de un juez.*

Los tribunales administrativos (de acuerdo a la Constitución Política Federal) tienen potestad para administrar —impartir— justicia; para conocer y decidir los conflictos —controversias— que se les presentan, con arreglo a las leyes federales aplicables al caso; para aplicar o declarar *derechos;* para decidir, con fuerza vinculativa para las partes (administración pública-particular afectado), una determinada situación jurídica controvertida. Es decir, los tribunales administrativos *sí* tienen jurisdicción.

V. EL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION

1. El Tribunal Fiscal (de acuerdo con su ley federal orgánica: *emanada* de la Constitución Política Federal) es un tribunal (federal) administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos. Está integrado por una Sala Superior y por Salas Regionales.

Las Salas Regionales conocen, fundamentalmente, de los juicios iniciados en contra de las resoluciones definitivas (Sic) indicadas en la ley señalada.

2. El Tribunal Fiscal fue creado originalmente (Dolores Heduán V.) como un órgano de *jurisdicción especial* (de acuerdo a lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política Federal). Fue concebido de acuerdo con los requerimientos de la *jurisdicción contencioso-administrativa,* la cual es en la que se sitúa el autocontrol por la vía llamada de *justicia (jurisdicción) delegada* y *su jurisdicción* corresponde al grado de anulación, (puesto que el tribunal no substituye al órgano demandado en el ejercicio de sus atribuciones ni está facultado para conminarlo a cumplir el fallo ni menos para ejecutar éste de propia autoridad.

3. El criterio señalado, además de ser confuso y productor de confusiones, es incorrecto (desde el punto de vista técnico-jurídico) y contrario a criterios jurisprudenciales y doctrinales establecidos.

En efecto (según ha dicho la Suprema Corte en tesis jurisprudencial fija y definida, al hablar de los tribunales que integran el poder judicial de la federación), los tribunales federales no son *revisores* de los actos de la autoridad común; no pueden legalmente ni aún mediante el juicio de amparo *substituir* su criterio discrecional al de las autoridades del fuero común, sino que únicamente deben *examinar* si los actos que se reclaman son o no violatorios de garantías. Según se dijo antes, estos tribunales (como se desprende de su regulación legislativa) *tampoco están facultados para conminar a la autoridad demandada a cumplir el fallo ni para ejecutar éste de propia autoridad.* Sin embargo, no por ello dejan de tener jurisdicción (o si se quiere, plenitud de jurisdicción).

El tribunal fiscal (Andrés Serra R.) es formalmente una institución administrativa y materialmente realiza una *función jurisdiccional;* es un tribunal de Derecho; es un tribunal de *justicia (jurisdicción) delegada.*

(De acuerdo con tesis jurisprudencial firme y definida de la Suprema Corte), el tribunal tiene facultad (competencia) para *examinar,* incluso, la *constitucionalidad* del acto administrativo que se impugne en el juicio de nulidad correspondiente. También, (de acuerdo con diversa tesis jurisprudencial), el tribunal fiscal, aunque *carece de imperio* para hacer respetar sus decisiones, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, *ejercita funciones jurisdiccionales.*

En algunos casos se ha compartido (por la Suprema Corte), sin embargo, el criterio de que, como el imperio es uno de los atributos de la jurisdicción, debe concluirse que el tribunal fiscal no tiene plena jurisdicción. De esa estimación puede concluirse (atento a lo expresado en estas notas) que también el alto tribunal mexicano (en este punto) ha partido de un criterio erróneo e incorrecto o que ha sido víctima de la confusión producida por la doctrina que ha estimado a la ejecución como elemento (esencial-fundamental) de la jurisdicción.

4. De acuerdo a lo dispuesto en su ley orgánica y en el código fiscal federal, el tribunal fiscal está facultado para dictar resoluciones (sentencias) en los juicios de nulidad promovidos ante el mismo. Las resoluciones del tribunal (Ignacio Burgoa O.) son actos de autoridad; son resoluciones eminentemente *jurisdiccionales,* puesto que *deciden las controversias* suscitadas entre los particulares afectados y el fisco. Las resoluciones del tribunal son recurribles ante el poder judicial federal. El hecho de que no incumba al tribunal ejecutar sus resoluciones, sin embargo (como se ha reiterado abundantemente en estas notas) no autoriza a considerar a tales resoluciones exentas de la índole de acto de autoridad o del carácter eminentemente jurisdiccional. Si dicho carácter jurisdiccional dependiera de la ejecutividad de sus resoluciones por el tribunal fiscal, cabría decir lo mismo (como ya se ha dicho antes) de las sentencias que en segunda instancia pronuncia el tribunal superior de justicia (del D.F.), al que no compete la ejecución de las mismas.

Cabe añadir (según se ha expresado antes) que también la administración pública federal ejecuta y no por eso puede decirse que tenga plenitud de jurisdicción.

Se ha considerado que el contencioso-administrativo (juicio de nulidad) tiene cierto parentesco con el amparo, puesto que en el mismo se atacan

actos de autoridad, cuya anulación se demanda. En el juicio de nulidad se persigue que el acto *recurrido* quede sin efecto; de lo cual podría derivarse el *paralelismo* con el juicio de amparo.

Se ha dicho también (Juventino V. Castro) que el amparo es un proceso concentrado de anulación —de naturaleza constitucional; que es un juicio o proceso (I. Burgoa O.) que tiene por finalidad invalidar el acto que se reclama o despojarlo de su eficacia. Es decir, en el amparo se pretende (realmente) la *anulación* del acto reclamado (por considerarse violatorio de garantías constitucionales). Sin embargo, no por ello se ha estimado que el poder judicial federal (al conocer del amparo) sea exclusivamente un *tribunal de anulación* (es decir, que no sea un tribunal *de plena jurisdicción*. Los tribunales federales (que conocen del amparo) tienen plenitud de jurisdicción (nadie lo discute ni lo ha discutido); sin embargo, carecen de ciertas *competencias* que tienen, por ejemplo, los juzgados civiles del fuero común (sin dejar de tener, por ello, plena jurisdicción).

5. Todos los criterios antes expresados, así como el último de ellos (relacionado con el parentesco-paralelismo existente entre el juicio de amparo y el juicio de nulidad *fiscal)*, permiten llegar a la conclusión varias veces expresada (directa o indirectamente) en estas notas, consistente en que el tribunal fiscal de la federación si es un tribunal de jurisdicción (si tiene jurisdicción). Decir que es un tribunal de anulación y que no tiene plenitud de jurisdicción es incorrecto, ficticio, productor de confusiones y erróneo. El criterio (doctrina francesa) en que pretenden basarse los autores que llegan a dicha conclusión no tiene base o fundamento (constitucional-legal-jurisprudencial-doctrinal) en que pueda sustentarse (técnica y correctamente). Por lo mismo, sería conveniente modificar la *doctrina tradicional* respectiva y adecuarla a la realidad (constitucional y legal, en especial).

BIBLIOGRAFIA

1. BECERRA BAUTISTA, JOSÉ: *Introducción al estudio del derecho procesal civil* (1970).
2. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO: *Competencia de los tribunales administrativos*, en número extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación (1971).
3. BURGOA O., IGNACIO: *El juicio de amparo* (1981).
4. BURGOA O., IGNACIO: *Derecho Constitucional Mexicano* (1979).
5. BURGOA O., IGNACIO: *El estado* (1970).
6. BURGOA O., IGNACIO: *Las garantías individuales* (1981).
7. CADENA ROJO, JAIME: *Orígenes y desarrollo del contencioso administrativo en México*, en número extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación (1966).
8. CARRILLO FLORES, ANTONIO: *La justicia federal y la administración pública* (1973).
9. V. CASTRO, JUVENTINO: *Lecciones de garantías y amparo* (1974).
10. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA: *Informe y Jurisprudencia.*
11. CORTÉS FIGUEROA, CARLOS: *La definitividad de las resoluciones administrativas*, en número extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación (1966).
12. ESCRICHE, JOAQUÍN: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (1877).
13. ESPINOSA R., JOSÉ DIEGO: *Curso de derecho administrativo* (1969-1970).
14. FLORES ZAVALA, ERNESTO: *Finanzas Públicas Mexicanas.*

15. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR: *Organización de los tribunales administrativos*, en número extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación (1971).
16. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR: *Principios esenciales del proceso fiscal federal mexicano*, en número extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación (1966).
17. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR: *Estudio de los recursos administrativos en estudios de derecho público contemporáneo* (1972).
18. FRAGA, GABINO: *Derecho administrativo* (1973).
19. HEDUÁN VIRUÉS, DOLORES: *Cuarta década del Tribunal Fiscal de la Federación* (1971).
20. MARGÁIN MANAUTOU, EMILIO: *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano* (1981).
21. PALOMAR DE MIGUEL, JUAN: *Diccionario para juristas* (1981).
22. PALLARES, EDUARDO: *Diccionario de derecho procesal civil* (1960).
23. SERRA ROJAS, ANDRÉS: *Derecho Administrativo* (1968).

INVERSIONES EXTRANJERAS EN BIENES RAICES EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA*

LEY FISCAL DE 1980 (FIRPTA)

La ley estadounidense de rendimiento de capital y sus reglamentaciones "provisionales" recientemente publicadas

ERNEST A. SEEMANN

I. INTRODUCCION

Los extranjeros que enajenaban sus bienes inmuebles en los Estados Unidos antes del 18 de junio de 1980, resultaban favorecidos frente a los ciudadanos estadounidenses y los llamados "causantes nacionales", ya que no estaban obligados a pagar impuestos sobre el rendimiento de capital resultante de la ganancia obtenida de la enajenación del inmueble.[1] Para lograr la paridad fiscal entre los causantes nacionales y los extranjeros, el congreso estadounidense promulgó una nueva ley fiscal, la Ley Fiscal de Inversión Extranjera en Bienes Raíces ("FOREIGN INVESTMENT IN REAL PROPERTY TAX ACT") ("FIRPTA").[2] Probablemente por un descuido en esta ley se gravaban de manera distinta las personas físicas y las personas morales; este error, que pudo haber ocasionado la violación de tratados internacionales de doble imposición, fue corregido en 1981 en una enmienda a FIRPTA.[3] Es importante notar que FIRPTA sólo se ocupa de la gravación de rendimientos de capital obtenidos de inmuebles que se encuentran en manos extranjeras. Las disposiciones fiscales en relación al ingreso, aplicables durante la fase de propiedad, es decir, hasta el momento de la venta, no se tocan en FIRPTA, y por lo tanto, no serán tratados en este artículo. FIRPTA tiene dos objetivos: por un lado, reglamentar la gravación

[1] Las disposiciones aplicables sólo a los causantes nacionales antes de esta fecha se encuentran en los artículos 871 y 881 de la legislación federal del Código Fiscal Interno ("Internal Revenue Code") de 1954, ("I.R.C.") 26 U.S.C. art. 1 et seq., con varias enmiendas.

[2] Esta ley Public Law No. 96-499, 94 estatutos 2682 (1980), incorporó el art. 897 al I.R.C.

[3] El art. 831 (d) de la Ley del Impuesto de la Recuperación Económica ("Economic Recovery Tax Act") de 1981 ("ERTA"), P.L. No. 97-34. 95 estatutos 273, 274 (1981) incorporó el art. 897 (i) al I.R.C. Este párrafo llamado frecuentemente cláusula de la no discriminación ("non-discrimination clause") prevé que las personas morales nacionales al igual que las extranjeras paguen los mismos impuestos, pero siempre y cuando las personas morales extranjeras tienen derecho a un tratado de doble imposición o cualquier otro tratado.

* Trad. de Ingebord Von Wobeser.

de estos rendimientos de capital, por el otro, asegurar el pago de los impuestos correspondientes. Para realizar estos objetivos fue necesario elaborar nuevas reglamentaciones fiscales.[4] Se presentaron reglamentaciones provisionales ("temporary regulations") en otoño de 1982 como "borrador final" ("final draft"), pero ocasionaron tal protesta que fueron retirados en la primavera de 1983. Las reglamentaciones provisionales más recientes y posiblemente definitivas, se publicaron en el *Diario Oficial* el 3 de noviembre de 1983 y seguramente tendrán validez legal si no son revocados. A continuación se mencionarán como "reglamentación provisional".

II. SITUACION DEL DERECHO ANTES DE FIRPTA

Antes de la aprobación de FIRPTA los extranjeros, independientemente de si se trataba de personas físicas o morales, tenían la posibilidad de invertir en bienes inmuebles estadounidenses, y posteriormente, cuando existía un rendimiento de capital resultante por la venta del bien, no había obligación fiscal para el pago de impuestos sobre este rendimiento. Sin embargo, era necesario que los causantes nacionales fueran propietarios del inmueble por lo menos durante un año y después tenían que gravar la ganancia resultante de la venta con un impuesto sobre rendimiento de capital de hasta 20%.[5] Si la duración de la posesión de la propiedad había sido menor de 12 meses, se debía pagar el total del impuesto sobre el ingreso (actualmente máximo 50% para personas físicas).

Otro método que se aplicaba con frecuencia para evitar legalmente el pago del impuesto sobre rendimiento de capital, se elaboraba como sigue: un extranjero poseía las participaciones de una sociedad de inversiones estadounidense o extranjera, la cual era la propietaria oficial del inmueble. En vez de vender el bien inmueble, se vendían las acciones de la sociedad. La utilidad que resultaba de esta venta, no estaba sujeta al pago de impuestos, siempre y cuando la empresa o su propietario[6] no participara activamente en un negocio u ocupación en los Estados Unidos ("effectively connected with a U.S. trade or business").[7, 8] Conforme a la antigua ley, si la venta de las acciones se realizaba en el extranjero, la transacción no estaba sujeta al pago de impuestos, ya que el beneficio hubiera provenido de alguna de las llamadas "fuentes extranjeras" ("foreign source income").[9] O el accionista

[4] Reglamentación de Hacienda "Treasury Regulation", abrev. "Treas. Reg.", 26 Code of Federal Regulations (C.F.R.).

[5] El impuesto sobre rendimiento de capital para los causantes nacionales de acuerdo con los artículos 1201 y 1221 del I.R.C., es una subdivisión del impuesto sobre el ingreso, se calcula de tal manera que el 60% del ingreso neto se resta del monto del rendimiento y el 40% restante se gravará como ingreso regular. Esto significa para los causantes nacionales que de acuerdo con las tasas de impuestos actuales una persona física pagará entre 5.6% y 20% sobre el rendimiento total y una persona moral un 28%. Véase también el Cobro del Impuesto de los Extranjeros en los Estados Unidos; de *Seemann*. RIW/AWD 1983, pág. 504 ff.

[6] Art. 871(a) del I.R.C.

[7] *Seemann*, en el lugar indicado, pág. 506/507.

[8] Arts. 881(a), 882(a) del I.R.C.

[9] Arts. 862(a)(6), 864(c)(4)(A) del I.R.C.

hubiera podido liquidar la sociedad de inversiones sin consecuencias fiscales en los Estados Unidos y, posteriormente, transferir a su patrimonio particular el valor de la transacción, ahora mayor del inmueble, sin necesidad de pagar impuestos.[10]

Los métodos similares de evasión de impuestos incluían también la llamada "liquidación de 12 meses" ("twelve-month liquidation) según el art. 337 del I.R.C., así como otras formas que implicaban un riesgo mayor y acababan frecuentemente frente a un juzgado.

Para garantizar la paridad mencionada entre los causantes nacionales y los extranjeros, se promulgó FIRPTA. Esta ley contiene una serie de términos técnicos que se explicarán a continuación ya que los conceptos y acrónimos estadounidenses deberán ser aplicados correctamente donde aparezcan, para así evitar malos entendidos al leer éste y otros artículos.

III. DEFINICIONES

a) "Interest"

La propiedad directa o indirecta o el derecho a la propiedad de cualquier tipo se denomina con frecuencia en el derecho estadounidense "interest". Se puede tratar de una sola propiedad, o de una participación, o un derecho sobre una parte de un valor de una propiedad.[11] Esta expresión se refiere en especial a todas las formas de bienes inmuebles, ya sea por personas físicas o morales, o por participaciones, acciones o derechos de suscripción en personas morales o en asociaciones en participación, fideicomisos o sucesiones.[12]

FIRPTA limita aún más el concepto, ya que esta ley se llama en su totalidad "intereses diferentes a los intereses solamente como acreedor" ("interest other than an interest solely as a creditor"). Esto pretende evitar que prestamistas de capitales de buena fe, como por ejemplo un banco hipotecario, queden sometidos de repente a FIRPTA.[13]

b) Bienes Inmuebles ("Real Property")

Es importante observar que la definición de este concepto no se encuentra en el derecho constitucional de los 50 estados de la federación, como sería de suponer, sino en FIRPTA.[14] Según esto, en el sentido de la legislación fiscal se entiende lo siguiente como bien inmueble ("real property"):

[10] Arts. 331, 332, 334(a), 334(b)(2) del I.R.C. Se deberá comparar, sin embargo, el caso de *Kimball-Diamond Milling Co. v. Commissioner*, 14 T.C. 74 (1959). *confirmado per curiam*, 187 F. 2d 716 (5thCir., 1951), *se negó auto de certorari*, 342 E.U. 827 (1951).

[11] American Jurisprudence 2d, PROPERTY art (1972).

[12] Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(1).

[13] Art. 897(c)(1)(A)(ii) del I.R.C.; Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(2).

[14] Reglamentación provisional art. 897-1(b)(1). Esto se explica ya que de acuerdo con la constitución federal la reglamentación del derecho de los bienes inmuebles es competencia de los estados, pero el poder de imposición lo tienen tanto la federación como los estados.

1. La tierra con todos sus productos naturales: productos agrícolas sin cosechar, bosques, minas, manantiales, recursos minerales. Los productos naturales pierden su carácter de bien inmueble con la cosecha, la tala, la recolección, etc.[15]

2. Las partes integrantes del bien inmueble ("improvements"): se trata de todas las edificaciones y demás estructuras permanentes, como por ejemplo, albercas, estacionamientos, diques, puentes, muros, graneros, silos, etc.[16]

3. Los bienes muebles que se utilizan para el aprovechamiento del bien inmueble, propiedad personal asociada con el uso del bien inmueble ("personal property associated with the use of real property"): se trata, por ejemplo, de máquinas y otros bienes muebles que se utilizan en la minería, la agricultura, la silvicultura, etc.; en el caso de empresas hoteleras o casas de alquiler, esto incluye la totalidad del mobiliario y demás enseres. Estos bienes muebles pierden el carácter de bien inmueble cuando se separan permanentemente del inmueble, y por lo tanto, han extinguido las aspiraciones legales que los unían al bien inmueble.[17]

c) "Interés" de Bienes Inmuebles en los Estados Unidos ("United States Real Property Interest") ("USRPI")

Para ser gravado por FIRPTA, un "interés" diferente a un interés sólo como acreedor ("interest other than solely as a creditor") se deberá referir directa o indirectamente a un "interés" de bienes inmuebles en los Estados Unidos ("United States Real Property Interest") que se encuentre en los Estados Unidos o en las Islas Vírgenes estadounidenses.[18]

Las reglas establecidas en la legislación y en las reglamentarias distinguen hasta cierto grado entre personas físicas y las empresas ("entities"),[18a] a pesar de que la mayoría de los principios son válidos para ambos casos.

1. Personas Físicas

La propiedad directa de un "interest" se define como USRPI cuando se puede incluir en las siguientes categorías:

1. la propiedad absoluta y única de bienes inmuebles llamada "fee simple ownership";

2. lo mismo como copropiedad de dos o más copropietarios ("fee simple co-ownership");[18b]

[15] Art. 987(c)(1)()(i) del I.R.C., con una enmienda en el art. 831(a)(1) ERTA; reglamentación provisional art. 1.897-1(b)(2).

[16] Reglamentación provisional art. 1.897-1(b)(3).

[17] Art. 897(c)(6)(B) del I.R.C.; reglamentación provisioal art. 1.897-1(b)(4).

[18] Arts. 897(a), 897(c)(1)(A)(i) del I.R.C., con una enmienda en el art. 831(a)(1) ERTA; reglamentación provisional art. 1.897-1(c).

[18a] Véase más adelante la definición del texto de la nota 31.

[18b] Esta co-propiedad puede ser en la forma de una tenencia en su totalidad ("tenency by the entirety") entre los cónyuges o una tenencia en mancomunidad con el derecho de supervi-

3. un "interés" que se comparte con el tiempo ("time-sharing interest") que puede también ser en forma de "fee simple co-ownership");

4. derecho de propiedad o de su usufructo durante la propia vida ("life estate") o durante la vida de un tercero ("life-state par autre vie");

5. derechos de alquiler o de arrendamiento sobre la base de un contrato existente ("lease");

6. la expectativa de un derecho irrevocable o condicionado sobre bienes inmuebles ("vested remainder" o "contingent remainder");

7. la expectativa de un derecho condicionado sobre la base de un derecho de reversión ("reversionary interest");

8. derecho indirecto o directo de participar en la plusvalía de un bien inmueble o de sus ingresos brutos o netos. En esta categoría se incluye por ejemplo la llamada hipoteca de participación ("participating mortgage"), una hipoteca que no sólo causa intereses, sino que con una nueva enajenación del bien inmueble debe considerarse un cierto porcentaje de la plusvalía para aquel que otorga la hipoteca.[19]

9. Los "improvements" mencionados que son una parte integrante del bien inmueble,[20] así como los bienes muebles que le corresponden;[21]

10. Los derechos parciales de propiedad como, por ejemplo, los derechos vitalicios de usufructo propios o de terceros, la expectativa de derechos, derechos de reversión y derechos de venta, conforme al propósito de los legisladores, deberán también ser considerados como USRPI, según indican las explicaciones de una versión anterior de esta ley en la Cámara de Diputados de los Estados Unidos.[22]

11. Una opción de compra de tierras, construcciones, cosechas aún no recolectadas, recursos minerales, etc. constituye también un USRPI,[23] ya que el derecho fiscal estadounidense confiere a la opción las mismas característi-

vencia ("joint tenancy with the right of survivorship"). En cualquiera de los casos anteriores si ocurriese la muerte de uno de los propietarios ("tenant") la parte de éste pasaría a manos del propietario o propietarios que sobrevivan. Se deberán aquí también tomar en cuenta las disposiciones de cargar a cuenta del art. 318(a) del I.R.C., véase más adelante nota 40. Otra forma de co-propiedad es la tenencia en común ("tenant in common") en donde cada uno de los propietarios tiene una parte proporcional, indivisible de la propiedad total. En caso de muerte de uno de los propietarios, la parte de éste pasará a manos de sus herederos; la parte también se puede vender entre vivos *("inter vivos")* sin el derecho de oposición de los otros propietarios. También aquí se deberá tomar en cuenta el art. 318 del I.R.C.

[19] Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(2)(i).

[20] Véase el texto de la nota 16.

[21] Véase el texto de la nota 17. Se deberá tomar en cuenta que esto deberá tener un valor funcional. Por ejemplo, una pintura de Rembrandt en una granja agrícola no será considerada como un USRPI, y la venta de la pintura por parte de causante extranjero no ocasionaría ninguna obligación fiscal para el pago de impuestos, a menos que la venta se realice en el marco de un negocio u ocupación en los Estados Unidos ("U.S. trade or business") de acuerdo con el art. 871(b)(2) del I.R.C., o si el extranjero permaneció por más de 183 días en los Estados Unidos durante el ejercicio fiscal en que se realizó la venta, art. 871(a)(2) del I.R.C.

[22] Hse. Rep. No. 96-1150 (Part 1), 96th Congress, 2nd Session 172 (1980); reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(2).

[23] Art. 897(c)(6)(A) del I.R.C.

cas fiscales para el pago de impuestos que al objeto al que se refiere la opción.[24] Los derechos de compra se tratarán de la misma manera.

Finalmente, como se observa en las negociaciones parlamentarias del comité del congreso en relación a FIRPTA, el concepto de los USRPI tendrá el mismo significado que está contenido en el tratado modelo de doble imposición de la Secretaría de Hacienda de los Estados Unidos (US Treasury Department).[25] El artículo VI de este tratado modelo entre los Estados Unidos y otros países dice que la expresión "inmueble" deberá ser interpretada según el derecho vigente del país contratante, en el cual se encuentra el inmueble. No se menciona en relación a los Estados Unidos si se aplicará el derecho federal o el estatal.[26] Las nuevas reglamentaciones fiscales no mencionan nada acerca de esta cuestión, a excepción de las disposiciones que se refieren a las sociedades mercantiles ("corporations") extranjeras,[27, 28] y que disponen que una empresa que pretende aprovechar los privilegios estipulados en el artículo 897(i) del I.R.C.[29] necesariamente tendrá que prescindir de su derecho de trato preferente en cuanto al tratado de doble imposición. Este artículo se podrá interpretar posteriormente de tal manera que también la expresión "inmueble" se someta a la definición de FIRPTA.[30]

2. Empresas ("entities")

Son empresas ("entities") todas las formas de organización que sobrepasan el marco de las personas físicas. Un "interés" en una empresa ("interest in an entity") puede ser:

i) acciones o participaciones similares en una sociedad mercantil ("corporation");[31]

ii) participaciones en una asociación en participación o co-inversión ("joint venture") en el sentido del artículo 761 (b) del I.R.C.;[32]

[24] Art. 1234 del I.R.C.

[25] Informe de conferencia, Hse. Rep. No. 96-1479, 96th Congress, 2nd Session 189 (1980).

[26] El derecho estadounidense tiene dos aspectos: el derecho federal que puede ser paralelo al derecho estatal, como por ejemplo en el derecho fiscal. Sin embargo respecto a los bienes inmuebles la federación no tiene soberanía, ya que de acuerdo con la constitución éstos son de competencia de los estados. Por lo tanto, en las cuestiones de la definición de bienes inmuebles es fácil que existan conflictos de ley.

[27] Véase más adelante el texto de la nota 31.

[28] Reglamentación provisional art. 1.897-3(c)(2).

[29] Véase más adelante texto de la nota 107.

[30] Véase texto de la nota 14 ff.

[31] El término estadounidense "corporation" no se puede traducir directamente. No solamente incluye sociedades como la Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad en Comandita, sino también a "corporations" que en sus estructuras se encuentran tres de las cuatro características: 1. Administración central; 2. duración ilimitada; 3. responsabilidad limitada de todos los accionistas o socios; 4. negociabilidad ilimitada de todas las participaciones o acciones.

[32] Esto significa que se deberá ser un socio con pleno derecho.

iii) derechos sobre una sucesión como heredero legal o testamentario o legatario en el sentido del artículo 643 (c) del I.R.C. y como beneficiario de una participación de un fideicomiso o (en el extranjero) una estructura de depósito similar al fideicomiso según los artículos 671-679 del I.R.C.;[33]

iv) los derechos de cualquier tipo para participar en la plusvalía de las formas de participación o los derechos de participación mencionados bajo (i)-(iii), o derechos de cualquier tipo para participar en la plusvalía de los activos fijos de una empresa ("entity") o de sus ventas o ganancias netas o brutas, y

v) los derechos, ya sea que se puedan ejercer inmediatamente o en el futuro, para transformar un derecho de deuda ("interest solely as a creditor")[34] en una participación o derecho de las formas mencionadas en (i) a (iv).[35]

La definición proporcionada de un USRPI directo que se encuentra en manos de una persona física será válida también para los "intereses" de una empresa ("interest in an entity"). Sin embargo, en este caso habrá que observar otras disposiciones que se refieren especialmente a las participaciones, derechos, que se encuentran en manos de personas físicas o acciones relativas a estas empresas ("entities"). Estas se pueden contemplar como USRPIs indirectos. Las leyes estipulan que las participaciones o derechos (además de los derechos basados en el derecho de deuda solamente) en una empresa estadounidense son un USRPI, a no ser que el causante demuestre que la mencionada empresa ("entity") en ningún momento fue una Compañía Tenedora de Bienes Raíces Estadounidense ("US Real Property Holding Company") (USRPHC).[36] Cuentan como excepción las aspiraciones a los derechos de deuda, "intereses" solamente como acreedor ("interest solely as a creditor").[37] Esto significa que un acreedor no puede tener participación en las utilidades de la empresa,[38] y que sus derechos no podrán estar subordinados a los derechos de los acreedores generales del negocio.[39] Tales derechos no se incluyen en la categoría de los USRPI. La propiedad de inmuebles de sociedades de inversión cuyas acciones se negocian en una bolsa nacional o extranjera, y que por lo tanto se encuentran muy dispersas, está excluida de la definición de USRPI en el caso de que el propietario de las

[33] Este artículo reglamenta la gravación general de fideicomisos y los beneficiarios de los mismos.

[34] Véase el texto de la nota 13.

[35] Reglamentación provisional art. 1.897-1(d)(3)(i)(A-E) contiene las disposiciones que se mencionaron arriba.

[36] Art. 897(c)(1)(A)(ii). Véase más adelante la definición de un USRPHC.

[37] Reglamentación provisional 1.897-1(d); véase también arts. 302(c)(A)(i), 465(b)(3)(A) del I.R.C., que en otra conexión contienen una definición similar.

[38] Reglamentación de la Tesorería art. 1.465-8(b)(4).

[39] Reglamentación de la Tesorería art. 1.302-4(d).

acciones no posea directa o indirectamente[40] más del 5% del total de las acciones o de una clase de acciones de la sociedad.[41] Debido a que la ley habla de "cualquier tipo de acciones",[42] es cuestionable si este concepto incluye derechos de opción o de compra. Las nuevas reglamentaciones no mencionan esto directamente, pero se puede deducir fácilmente a partir de las definiciones citadas. Por lo tanto, es necesario proceder con cuidado, para que la participación en una sociedad de inversiones de este tipo nunca sobrepase el 5%.

d) Compañía Tenedora de Valores de Bienes Raíces Estadounidense ("United States Real Property Holding Company) ("USRPHC")

Una USRPHC es cualquier sociedad mercantil ("corporation"),[43] cuya propiedad inmobiliaria en los Estados Unidos, calculada al valor comercial,[44] constituya un 50% o más de la suma de los siguientes puntos:[45]

1. Un USRPI en propiedad directa de la sociedad mercantil ("corporation"), así como la propiedad directa de participaciones en una sociedad mercantil extranjera ("foreign corporation") que se puedan contar entre los USRPI.[46]
2. Un USRPI extranjero en propiedad directa de una sociedad mercantil ("corporation").
3. El capital de la empresa necesario para la realización del negocio de la sociedad mercantil ("corporation").
4. Participaciones en asociaciones en participación, fideicomisos, sucesiones.
5. Participaciones importantes[47] en una sociedad mercantil nacional o extranjera.

Si la empresa ("entity") no puede demostrar que en "ningún momento"[48] durante el tiempo de prueba aplicable[49] la participación en el

[40] Las disposiciones de cargar a una cuenta del art. 318(a) del I.R.C. se aplican aquí. Estas prescriben que las partes o las acciones que se encuentran en manos de miembros de la familia (padres, cónyuges, hijos) se deberán contar también, es decir, que todos estos miembros familiares no pueden poseer más del 5% de una compañía de inversiones que se maneja en la bolsa.

[41] Art. 897(c)(3) del I.R.C.; Reglamentación provisional art. 1.897-1(c)(2).

[42] Reglamentación provisional art. 1.897-1(c)(2).

[43] Véase nota 31.

[44] "Fair market value" ("FMV"), en el texto generalmente se tradujo como valor de mercado, o valor comercial; para la definición, véase el texto de la nota 65.

[45] Art. 897(c)(2) del I.R.C.; Reglamentación provisional art. 1.897-2(b).

[46] Reglamentación provisional art. 1.897-2(e) prescribe, que las participaciones de una sociedad mercantil ("corporation") serán consideradas como un USRPI, a menos que la sociedad mercantil estadounidense ("US corporation") demuestre que la sociedad mercantil extranjera ("foreign corporation") no es una USRPI.

[47] Llamado "controlling interest", inversión dominante, reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3).

[48] Art. 897(c)(1)(A)(ii) del I.R.C. "en ningún momento" ("at no time").

[49] Art. 897(c)(1)()(ii)(I) se define como tiempo de prueba aplicable ("aplicable test period"), véase más adelante.

USRPI no alcanzó ni sobrepasó los 50% del total de su capital, se supondrá por conclusión que la empresa ("entity") es una USRPHC.

La ley define el tiempo de prueba como el tiempo más corto ya sea:

1. Después del 18 de junio de 1980, tiempo en que el causante poseía un USRPI, o
2. El período de cinco años que termina con la fecha de la enajenación.[50]

Esto parece significar que el examen del 50% se podrá aplicar en cualquier momento durante el período de prueba, y en el caso extremo podría significar que una empresa se clasifica como USRPHC si su USRPI cumplió, aunque sólo durara un día durante el período de prueba de 5 años con 50% o más de la fórmula mencionada anteriormente.[51] Si se piensa que los factores de la fórmula pueden fluctuar en su valor, entonces se observa que esta disposición puede convertirse en un verdadero problema. Además, el artículo referente a la obligación de aviso[52] parece establecer disposiciones similares. Pero aparentemente no se puede exigir que una sociedad mercantil ("corporation") presente balances diarios, así, el cumplimiento textual de las disposiciones legales de este artículo casi no es de esperarse. Las nuevas reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos parecen ser algo más claras y prácticas, ya que permiten alternativas en los diferentes métodos de períodos de prueba[53] como sigue:

1. Al 31 de diciembre de cada año; o
2. A la fecha, en la cual la empresa ("entity") adquiere un USRPI; o
3. A la fecha, en la que la empresa ("entity") enajena un "interés" en un bien inmueble ("interest in real property") en el extranjero, o se deshace o vende cierto capital de la empresa; o
4. En caso de que una empresa ("entity") tenga una participación en otra empresa ("entity") la cual a su vez compre un USRPI o enajene un "interés" en un bien inmueble ("interest in real property") extranjero, o como se menciona en el inciso 3, enajene ciertas partes del capital de la empresa, entonces la primera empresa ("entity") tendrá que considerar esta operación en sus propios balances.[54] El período de prueba sin embargo, no será necesariamente la fecha exacta de la adquisición de las participaciones, sino que podrá ser aplazada hasta 90 días a) después de la fecha de fundación de la empresa filial o b) después de la fecha en la que el primer accionista o el socio hayan suscrito la cuota de participación de la empresa filial. En el caso de arreglos de interdependencia del capital social, se comprueba en primer lugar si la empresa filial se puede clasificar como USRPHC. En caso afirmativo, se sumará el valor correspondiente de la participación a la em-

[50] Art. 897(c)(1)(A)(ii)(I+II).

[51] Véase texto de la nota 45.

[52] Art. 6093C(a) del I.R.C., véase más adelante texto de la nota 126.

[53] Reglamentación provisional art. 1.897-2(c)(i-iii).

[54] Véase reglamentación provisional art. 1.897-2(c)(2)(i) para más detalles de los activos de un negocio u ocupación ("trade or business assets").

presa matriz y deberá ser considerada en la prueba respecto a si la empresa matriz a su vez debe ser considerada dentro de la categoría de los USRPHC. Lo que se debe sumar, y de qué manera se suma depende de si la empresa matriz tiene o no una participación dominante.[55] En el caso de una participación que no sea importante, en la fecha de la prueba, la participación mencionada del capital total de la empresa filial se sumará al de la empresa matriz,[56] y después de determinar posteriormente el capital de inversión de la empresa matriz, se establecerá si se trata de un USRPHC.[57] Las participaciones o derechos en asociaciones en participación, fideicomisos o sucesiones se tratarán en la misma forma que las participaciones no dominantes.[58]

Los arreglos de interdependencia de capital social en donde la interdependencia alcanza tres o más etapas se tratarán en forma análoga.[59] La prueba de la posible calidad de USRPHC se inicia con la empresa filial, a continuación se investiga la empresa matriz, después la matriz de la matriz. La evaluación de los diversos factores que se toman en cuenta para el cálculo, se deberán realizar al valor en el mercado,[60] independientemente de si se trata de un "interés" en un bien inmueble en el interior o en el extranjero, del capital de la empresa, de participaciones directas o indirectas o de derechos en las diferentes empresas ("entities").

e) Evaluación del USRPI

FIRPTA misma no define[61] cómo se determina el valor justo en el mercado ("Fair Market Value") (FMV), el "valor en el mercado" o "valor comercial" para la evaluación de la fórmula.[62] En la legislación interna sobre la renta ("Internal Renevue Code") significa en general el valor bruto sin considerar las obligaciones que se derivan de él, en el caso de que no se prescriba especialmente otra definición.[63] Las reglamentaciones originales, pero ya no vigentes, preveían conservar este significado también en

[55] Una inversión dominante ("controlling interest") de acuerdo con la reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3) no se refiere solamente al derecho de voto, al valor nominal o al valor porcentual de la participación, sino al valor justo en el mercado ("fair market value") (para definición véase el texto a continuación de la nota 65) de la participación el cual se deberá determinar nuevamente en el período de prueba que ya se mencionó (véase texto de la nota 53).

[56] Reglamentación temporal art. 1.897-2(e)(1).

[57] Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3).

[58] Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(2).

[59] Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(3).

[60] Véase más adelante el texto de la nota 65.

[61] Art. 897(c)(2) del I.R.C.

[62] Véase texto de la nota 45ff.

[63] Arts. 368(a)(i)(f)(ii+iii), 542(a)(2), 552(a)(2) o 856(c)(5). En el caso de inversiones fiduciarias en bienes inmuebles ("Real Estate Investment Trusts") el art. 856(c)(6)(A) lo define como "valor comercial o valor de inversión, cualquiera que sea el más elevado". Se deberá comparar en cambio los artículos 955 y 956(c) correspondientes "Controlled Foreign Corporations" al igual que art. 992(a)(i)(b) en relación a "Domestic International Sales Corporations", en donde el I.R.C. prescribe el valor neto.

FIRPTA.[64] Esto también se debía seguramente a que el significado fiscal general del FMV se parece mucho a la definición del derecho consuetudinario ("common law") que los juzgados aplican desde hace tiempo.[65]

Sin embargo, las nuevas reglamentaciones prevén otra definición. El FMV según FIRPTA se calcula de tal manera que se resta del valor bruto, es decir, del valor de adquisición o de costos, las hipotecas y a través de garantías se deducen los gravámenes de los bienes corporales, al igual que los derechos prendarios de trabajadores ("mechanics liens"), de proveedores ("materialmen's liens"), etc.[66] *El valor neto* calculado de esta manera es el FMV para efectos de FIRPTA.[67] Se deberá observar la llamada regla contra abusos ("anti-abuse rule") que estipula que los cargos hipotecarios y demás gravámenes sobre bienes inmuebles y capital invertido, no se tomarán en cuenta, cuando estos gravámenes se hayan realizado para evadir las disposiciones de FIRPTA y la obligación del aviso contenida en el art. 6039 C.[68]

f) Enajenación ("Disposition") y Distribución ("Distribution")

La enajenación ("disposition"),[69] no sólo se refiere a la venta de un USRPI por dinero o valor monetario, sino también a la distribución ("distribution")[70] del USRPI a los accionistas de una sociedad mercantil ("corporation"), o a los socios de otras formas de sociedades. También cuenta como enajenación ("disposition") la liquidación de una sociedad mercantil ("corporation") y la utilidad de la liquidación que se paga a los accionistas.[71] La obligación fiscal que se origine de las diversas posibilidades se tratará en detalle en el párrafo respectivo. Las nuevas reglamentaciones definen como enajenación ("disposition") cualquier transferencia que se cataloga como tal por las leyes fiscales[72] e incluye por lo tanto las distribuciones ("distributions") en este concepto.

g) Ganancia o Pérdida ("Gain or Loss")

Las ganancias o pérdidas de las enajenaciones ("dispositions") de un USRPI se determinan conforme al método normal prescrito por la legisla-

[64] Reglamentación provisional antigua art. 6a. 897-i(n): FMV es el valor bruto ("gross value").

[65] El FMV es el valor de una transacción "entre compradores y vendedores que desean comprar o vender, que no sean parientes y que no se sientan presionados a comprar o a vender, y que estén bien enterados de todos los datos importantes. Esta definición se repite en la reglamentación provisional art. 1.897-i(o) (2), en donde se le da el nombre de "valor bruto" ("gross value").

[66] Véase nota 65.

[67] Reglamentación provisional art. 1.897-1(o)(2).

[68] Reglamentación provisional art. 1.897-1(o)(2)(ii).

[69] Art. 897(a) del I.R.C.

[70] Art. 897(d)(1) del I.R.C.

[71] Arts. 331-334, 337 del I.R.C.

[72] Reglamentación provisional art. 1.897-1(g).

ción fiscal.[73] Esto significa que el monto que supere la base de la evaluación[74] se define como ganancia, y la diferencia entre la base de la evaluación y un precio de venta menor como pérdida.[75]

Las partidas de ingreso de hipotecas y obligaciones de cualquier tipo, que según el art. 1001 I.R.C. normalmente se consideran como ingresos sujetos a impuestos, no se contemplarán aquí como ganancia.[76] No entran en las disposiciones de FIRPTA, sino en los artículos correspondientes de la legislación interna sobre la renta ("Internal Revenue Code").

h) Persona Extranjera ("Foreign Person")

Una persona extranjera ("foreign person") según FIRPTA podrá ser una persona física o moral extranjera; para efectos de este artículo nos referiremos a ella como "causante extranjero". Esta expresión incluye personas físicas,[77] sociedades mercantiles ("corporations"),[78] fideicomisos,[79] sucesiones,[80] etc. Los extranjeros considerados como residentes para motivos del pago de impuestos,[81] y los extranjeros que no se consideran como residentes pero que han optado por ser considerados como causantes nacionales[82] no se clasifican como personas extranjeras ("foreign person"). Una sociedad mercantil ("corporation") que es causante extranjero se puede manifestar como causante nacional para efectos de FIRPTA,[83] sin que esto influya sobre otras cuestiones fiscales ajenas a FIRPTA.

[73] Art. 1001 del I.R.C.

[74] Una base ajustada ("adjusted basis") de acuerdo con el art. 1001(a) del I.R.C. es el valor que consta el valor de adquisición más gastos adicionales de construcción y otros gastos, menos las cantidades deducibles.

[75] Reglamentación provisional art. 1.897-1(h).

[76] Reglamentación provisional art. 1.897-1(h).

[77] Reglamentación provisional art. 1.897-1(R). La pregunta de si un extranjero es un causante extranjero, o tiene la calidad de un causante nacional ("resident alien for tax purposes") de acuerdo con el art. 871 del I.R.C., es demasiado complicada y no se podrá tratar aquí en este artículo. Sin embargo, para las personas físicas es de gran importancia. Véase también *Seemann*, en el lugar indicado, pág. 505. Cuando un ciudadano de los Estados Unidos o un causante nacional se ha expatriado voluntariamente con la intención de evitar el pago de impuestos, entonces se deberán tomar en cuenta las disposiciones especiales del art. 877 del I.R.C.

[78] Reglamentación provisional art. 1.897-1(1). La definición de las sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporation") se basa en el Derecho Fiscal Estadounidense, véase nota 31, y no en el derecho mercantil del país de origen de la sociedad.

[79] Reglamentación provisional arts. 1.897-1(k), 1.897-2. En los países en donde no existe la figura jurídica anglo-estadounidense de los fideicomisos ("trust"), se investiga cuál de las figuras jurídicas estadounidenses conocidas se adapta a la figura jurídica correspondiente.

[80] Cuando una sucesión posee una figura jurídica independiente. De otra manera, los títulos de un derecho sucesorio serán considerados individualmente como personas físicas o morales de acuerdo con las circunstancias.

[81] Véase nota 77.

[82] De acuerdo con el art. 6013(g) o (h) del I.R.C. Reglamentación provisional art. 1.897-1(k).

[83] Art. 897(i) del I.R.C. Reglamentación provisional arts. 1.897-3; art. 897(k) del I.R.C. Reglamentación provisional art. 1.897-4.

IV EFECTO FISCAL PARA EL PAGO DE IMPUESTOS DE FIRPTA

FIRPTA pretende eliminar las diversas posibilidades que permitían a los causantes extranjeros no pagar impuestos sobre el rendimiento de capital de la enajenación de un USRPI. Las ganancias y las pérdidas de capital de un causante nacional,[84] ahora se gravan como si se hubieran obtenido "en un negocio u ocupación en los Estados Unidos" ("effectively connected with a U.S. trade or business"),[85] y la tasa del impuesto es, salvo una excepción, la misma que para el causante nacional. La excepción es que las personas físicas extranjeras tengan una imposición fiscal mínima de 20%.[86]

a) Tasas de Impuestos

Después de que la Ley Fiscal de la Recuperación Económica ("Economic Recovery Tax Act") de 1981[87] enmendó a FIRPTA las tasas de impuestos son como sigue:

1) Personas físicas: 20% del rendimiento neto;

2) Empresas ("entities") se gravarán en forma progresiva, comenzando con el 15% de rendimiento neto hasta un máximo de 28% para rendimientos netos de más de $50 000.

Aquí es importante observar que estos rendimientos netos deberán contarse entre los llamados rendimientos de capital a largo plazo ("long-term capital gains"), es decir, que el objeto de la inversión no se podrá enajenar antes de un año y un día después de haber sido adquirido. Si la duración de la propiedad es menor de 365 días, se aplicarán las tasas sobre los ingresos normales para las personas físicas hasta 50%, y para las empresas hasta 46%.

b) ¿Qué causa impuestos?

Causa impuesos toda enajenación ("disposition")[88] de un USRPI que representa una propiedad directa o indirecta.

1. Las personas físicas declararán las ganancias del USRPI propio, independientemente de si se trata de bienes inmuebles o de participaciones en una empresa que se cataloga como USRPHC.

2. Los causantes extranjeros declararán sus ganancias o sus pérdidas de la enajenación de un USRPI a través de una asociación en participación nacional o extranjera o una co-inversión ("joint venture") proporcionalmente a su participación en estas figuras jurídicas. Estas figuras jurídicas no se gravan directamente, ya que la legislación fiscal prescribe que las pérdi-

[84] Definición en la nota 77-81.

[85] Art. 897(a)(1); véase también *Seemann*, en el lugar indicado pág. 506/507.

[86] Art. 897(a)(2) del I.R.C.

[87] P.L. No. 97-34, 95 estatutos 273, 274 (1981).

[88] Véase texto de la nota 69.

das o ganancias se traspasen a los socios como si éstos las hubieran obtenido personalmente.[89]

3. Las sociedades mercantiles ("corporations"), independientemente de que éstas sean nacionales o extranjeras, declararán las ganancias o pérdidas de la enajenación de un inmueble de la misma manera que una persona física, pero con otras tasas tributarias. Los propietarios de acciones extranjeras (independientemente de si se trata de personas físicas o de empresas) de una USRPHC nacional, tendrán que declarar sus pérdidas o ganancias de la enajenación de estas acciones.[90]

4. Sin embargo, si se trata de una USRPHC extranjera, se aplicarán reglas especiales para las posibles ganancias o pérdidas de la venta de tales acciones o participaciones. La ganancia o la pérdida de esta enajenación no tendrá que ser declarada, sin embargo, el comprador de las acciones o participaciones adquirirá la deuda fiscal potencial de estos impuestos. Esto sucede en tal forma que la base de evaluación de USRPI siga siendo la misma que el valor de adquisición original, más las mejoras de construcción, menos la depreciación.[91] Cuando el comprador posteriormente realiza una enajenación por su cuenta, deberá declarar la pérdida o ganancia de tal manera que se someta al pago de impuestos el saldo resultante del precio de venta menos la base de la evaluación. Esto puede significar que el comprador no pueda deducir del precio de enajenación una parte de sus verdaderos costos de adquisición.

5. Los beneficiarios de los derechos sobre los ingresos de un fideicomiso, se someterán al pago de impuestos de manera similar que los socios de una asociación en participación, siempre y cuando el fideicomiso no represente una figura jurídica separada ("legal entity") según las leyes locales del lugar donde se encuentre.[92] En este caso, se someterían a impuestos directamente las ganancias o pérdidas del fideicomiso.

6. Finalmente, existen tipos de enajenaciones ("dispositions") las cuales un inversionista que conoce la legislación fiscal extranjera no consideraría como enajenación pero que sin embargo sí se tratan como tal. Cuando una sociedad mercantil ("corporation") lleva a cabo un reparto que supere las ganancias acumuladas actuales, así como de la base de la evaluación de las acciones del accionista, la ley,[93] considera esto como una ganancia de la venta o del intercambio de la propiedad. Si este reparto se realiza por una USRPHC, esto no se considera como un dividendo, sino como un ingreso, efectivamente relacionado con un negocio u ocupación en los Estados Unidos ("effectively connected with a U.S. trade or business").[94]

[89] Art. 701 del I.R.C.
[90] Art. 702(a).
[91] Art. 897(d)(1) del I.R.C. Por regla general éste es el valor en los libros de contabilidad.
[92] Reglamentación provisional art. 1.897-2(e)(2).
[93] Art. 301(c)(3)(A) del I.R.C.
[94] Art. 897(a) del I.R.C.

7. Los intereses o dividendos pagados por sociedades mercantiles ("corporations") o empresas ("entities") extranjeras podrán causar también impuestos, ya que la compañía que los paga se considera como participante en un negocio u ocupación en los Estados Unidos. Por lo tanto, estos tipos de ingresos tendrían su origen en los Estados Unidos, y por ello se someterían a las disposiciones de retención fiscal.[95]

c) *Pérdidas*

Las pérdidas que se refieren a una actividad de un negocio u ocupación en los Estados Unidos se podrán deducir de las ganancias obtenidas por los USRPI, aun cuando las pérdidas mismas no se refieran de ninguna manera a los USRPI.[96] Desde luego, estas pérdidas que provienen de la enajenación de un USRPI también podrán ser deducidas.[97] Si una empresa presenta en el balance anual una pérdida neta, ésta se podrá transferir al año siguiente. No está totalmente claro si se podrán transferir las pérdidas que tuvieron lugar antes de la elección según los artículos 897(i).[98] Las empresas que ya han realizado una "elección de gravación neta"[99] pueden deducir también sus pérdidas netas ("net operating loss") bajo FIRPTA. Las personas físicas extranjeras se tratarán de la misma manera.[100] Desgraciadamente, las nuevas reglamentaciones no se ocupan de esta cuestión, y habrá que esperar si se aplicará FIRPTA o los artículos fiscales generales.

En relación a inversiones en bienes inmuebles, estos últimos permiten la deducción de pérdidas contra el ingreso del inmueble,[101] pero las reglamentaciones correspondientes[102] prohíben la presentación de un saldo de pérdidas.

d) *Impuestos Extranjeros*

Normalmente, las personas físicas que son causantes nacionales y las empresas podrán reclamar el crédito de impuestos extranjeros ("Foreign Tax Credit")[103] que les permite deducir los impuestos pagados en el extran-

[95] Art. 861(a)(1)(c), (2)(B) del I.R.C. en relación al impuesto retenido ("withholding tax") que se aplica sobre ingresos que provienen de fuentes estadounidenses ("U.S. source income").
[96] Art. 873(a), 882(c)(1) del I.R.C.
[97] Véase art. 1001 del I.R.C. y los lineamientos en relación al método de cálculo.
[98] Véase más adelante texto de la nota 108.
[99] Art. 882(c) del I.R.C. del 1 de enero de 1967, permite que empresas extranjeras se declaren como que están en "un negocio u ocupación en los Estados Unidos" para poder pagar impuestos sobre sus ingresos netos y no sobre sus ingresos brutos. Este artículo es mucho más general y afecta a los USRPI al igual que a otros tipos de ingresos que provengan de una ocupación o negocio.
[100] Art. 871ff del I.R.C.
[101] Art. 871(d) del I.R.C.
[102] Reglamentación de la Tesorería art. 1.871-10.
[103] Art. 901ff del I.R.C.

jero del pago de impuesto en los Estados Unidos. Debido a que FIRPTA considera todas las ganancias obtenidas de la enajenación de un USRPHI con un negocio americano, no será posible aplicar aquí el crédito de impuestos extranjeros ("Foreign Tax Credit"). Sin embargo, los impuestos pagados en el extranjero se podrán deducir como gastos de la empresa antes de calcular el ingreso neto que está sujeto al pago de impuestos.[104]

e) Tratado de Doble Imposición

1. Generalidades

El propósito de los legisladores fue declarar como no válidas ciertas ventajas de los extranjeros en base al tratado de doble imposición, para lograr así la igualdad con ciudadanos estadounidenses y extranjeros residentes. Esto no sólo en relación con el impuesto sobre rendimiento de capital, sino también en relación con la cuestión de quién podrá aprovechar las ventajas de un tratado de doble imposición. Con el objeto de no declarar inválidos en forma unilateral los acuerdos existentes, éstos se deberán volver a negociar y a celebrar. FIRPTA contiene una ampliación del plazo hasta el 31 de diciembre de 1984, durante el cual, las disposiciones del tratado de doble imposición existente tendrán una preponderancia determinante.[105] Después de este plazo las disposiciones de la legislación interna sobre la renta ("Internal Revenue Code") serán determinantes siempre y cuando no se haya celebrado un tratado de doble imposición con una nación específica antes del primero de enero de 1985. Sin embargo, si se hubiera aprobado un nuevo tratado antes de esta fecha, podrá haber un nuevo plazo de gracia de dos años, siempre y cuando éste se mencione en el nuevo tratado. El tratado con la República Federal de Alemania se verá afectado con esto, ya que el art. IX.A es anulado por FIRPTA. En lo sucesivo, el tipo de tratado con las Antillas de los Países Bajos será de un interés general, ya que el tratado modelo de la Secretaría de Hacienda Estadounidense prevé que sólo los ciudadanos o los extranjeros residentes de buena fe de un estado pueden hacer uso de las ventajas de un tratado de doble imposición. Este artículo que ocasionaría que miles de sociedades mercantiles ("corporations") en Curacao fueran infructuosas, no es aceptado por el gobierno de Curaçao. Se están llevando a cabo negociaciones desde hace aproximadamente dos años para celebrar un nuevo tratado; sin embargo todavía es demasiado pronto para poder saber si la Secretaría de Hacienda Estadounidense podrá imponer su punto de vista.

2. La Cláusula de la No-Discriminación ("Non-Discrimination Clause")

La mayoría de los tratados de doble imposición y de tratados comerciales entre los Estados Unidos y otros países contienen una cláusula de no-discri-

[104] Arts. 164(a)(4), 873, 882(c) del I.R.C.
[105] Art. 1125(c) de FIRPTA.

minación, las cuales de manera general prevén que los residentes que viven en un país en donde existe un tratado no puedan ser tratados de una manera menos ventajosa que los residentes que se encuentran en los Estados Unidos.[106] Por lo tanto, las empresas extranjeras se podrán negar a cumplir con ciertas disposiciones de FIRPTA,[107] o se podrán negar a pagar ciertos impuestos que impone (FIRPTA).

Para evitar esto, el artículo 897 (i) del I.R.C.[108] fue añadido en una enmienda el cual le da la oportunidad a las sociedades mercantiles de declararse como sociedades mercantiles nacionales de los Estados Unidos para efectos del pago de impuestos de FIRPTA. Para poder hacer esto las sociedades mercantiles ("corporations") deberán:

i) poseer un USRPI;
ii) con base en un tratado, tener el derecho a no ser discriminadas,[109] y
iii) todos los accionistas o propietarios de las acciones o de todo tipo de títulos, deberán haber dado su consentimiento.[110]

Para este motivo, la empresa extranjera no necesita tener un establecimiento permanente ("permanent establishment") en los Estados Unidos. El consentimiento de los propietarios es indispensable solamente cuando los títulos de la empresa no se manejan en la bolsa, o cuando un accionista cuya empresa maneja estas acciones en la bolsa, posee más de un 5% de las acciones.[111]

Las nuevas reglamentaciones fiscales estipulan[112] que la elección ("election") de decidir ser tratado como sociedad mercantil nacional para efectos del pago de impuestos de FIRPTA, es la única manera de recibir un trato no discriminatorio frente a sociedades mercantiles nacionales. En este caso, la sociedad mercantil ("corporation") deberá cumplir con las disposiciones de las reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos. Exceptuando los detalles que se mencionaron con anterioridad, esta elección se deberá llevar a cabo en la forma estipulada.[113]

[106] Como por ejemplo los tratados comerciales entre la República Mexicana y los Estados Unidos art.
[107] Como por ejemplo la obligación de aviso de acuerdo con el art. 6039C del I.R.C., o la prohibición de ciertas formas de liquidación de acuerdo con el art. 337 del I.R.C.
[108] Nuevamente enmendado por el art. 831(d) del I.R.C
[109] Art. 897(i)(1) del I.R.C.
[110] Art. 897(i)(3) del I.R.C.
[111] Art. 897(c)(6)(C); véase también texto de la nota 40.
[112] Reglamentación provisional art. 1.897-3.
[113] Reglamentación provisional art. 1.897-3(c)(1) estipula todos los detalles que se deberán declarar; sub-inciso (c)(2) pide una renuncia obligatoria ("binding waiver") de los privilegios que provienen del tratado de doble imposición; el sub-inciso (c)(3) estipula que la sociedad mercantil ("corporation") tiene que dar su consentimiento vinculatorio para que se grave como una sociedad mercantil estadounidense ("U.S. corporation"). Todo esto y algunos requisitos más se deberán entregar al Director de Distrito de Operaciones Extranjeras ("Director of Foreign Operations District").

En relación a esta elección, es importante tomar en cuenta que si ésta se realizó después del 18 de junio de 1980, se deberá entregar también una declaración manifestando que no se enajenó ningún "interés" de una sociedad mercantil[114] durante el periodo más corto de los tres que siguen a continuación:[115]

i) el periodo del 19 de junio de 1980 hasta la fecha en que la elección entró en vigor, o
ii) en el periodo desde la adquisición del USRPI hasta la fecha en que la elección entra en vigor, o
iii) en el periodo de 5 años que termina con la fecha en que entra en vigor la elección.[116]

En el caso de que una sociedad mercantil hubiera enajenado un "interest" durante este periodo, ese hecho no impediría que se realizara la elección, siempre y cuando se pagaran los impuestos acumulados correspondientes, los cuales antes de la elección, de acuerdo con FIRPTA, sólo se imponían,[117] o si los propietarios actuales del "interest" aceptan una base de avalúo para éste, que no podrá ser mayor a la del vendedor,[118] aun si el precio real de la enajenación hubiera sido mayor al de la base del avalúo.

f) La Elección del Art. 897 (k)

Este artículo contiene disposiciones específicas según las cuales las sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporations") podrán tomar la decisión de manifestarse como sociedades mercantiles nacionales para efectos del pago de impuestos.[119] Se trata aquí de sociedades mercantiles ("corporations") que ya hayan aprobado un plan de liquidación o que hayan determinado tener uno que en su forma corresponde al art. 334(b) (2) (A) del I.R.C.,[120] y cuyas acciones hayan sido compradas por personas físicas en un periodo de doce meses, ya sea a partir del 31 de diciembre de 1979 o del 26 de noviembre de 1980. El motivo de esta regla es que antes de la promulgación

[114] Véase texto de la nota 14.
[115] Enajenar "disposed", véase "disposition", texto de la nota 69.
[116] Reglamentación temporal art. 1.897-3(c)(5).
[117] Reglamentación provisional art. 1.897-3(d)(2)(i).
[118] Reglamentación provisional art. 1.897-3(2)(ii).
[119] Art. 897(k) del I.R.C. fue añadido a la legislación de FIRPTA a través del art. 831(g) ERTA.
[120] Art. 334(b)(2)(A) del I.R.C. prescribe que la "propiedad", que se distribuye a través de una liquidación que esté de acuerdo con la ley a los accionistas, tiene como base de avalúo el precio de la compra y no la base de avalúo con la cual la "propiedad" se lleva en los libros de la sociedad mercantil ('corporation"). Aun cuando el art. 334(b)(2)(A) fue declarado nulo por la Ley de Equidad de Impuestos y Responsabilidad Fiscal ("Tax Equity and Fiscal Responsibility Act of 1982") (TEFRA), Pub. L. 97-248, solamente es nulo para las sociedades mercantiles estadounidenses reales, para motivos de FIRPTA todavía está en vigor.

de FIRPTA, el comprador esperaba, y con buena razón, que cualquier impuesto fuera pagado por el vendedor extranjero y no por el comprador.[121] Por lo tanto, este párrafo significa que las sociedades mercantiles afectadas pueden liquidar sin tener que pagar impuestos, y que el accionista recibe una base de avalúo mayor, y está también libre de impuestos.[122]

V. OBLIGACION DE AVISO Y GARANTIA DEL PAGO DE IMPUESTOS

a) Generalidades

La mayoría de los causantes extranjeros están dispuestos a pagar los impuestos a los que obliga FIRPTA, ya que han aprovechado el mercado estadounidense y la protección del gobierno estadounidense, lo que hizo posible que se obtuviera una ganancia de un USRPI. Sin embargo, lo que preocupa a los causantes extranjeros son las disposiciones de la obligación de aviso[123] en relación al propietario del USRPI, de su nombre y su dirección, ya que existe el temor de que esta información pudiera caer en manos de gobiernos antagonistas, terroristas, o competidores en los negocios. Además, algunos causantes extranjeros han evadido leyes de control de divisas, o han invertido en los Estados Unidos para evadir impuestos, y no desean que esto se sepa en su patria. También están conscientes de que muchos países tienen tratados con los Estados Unidos para un intercambio de información fiscal con los Estados Unidos.[124] FIRPTA sostiene la opinión que se deberá asegurar la recaudación de los impuestos; sin embargo, se ha exagerado la exactitud con que se llevan a cabo las disposiciones de la obligación de aviso. Se entiende la necesidad de la notificación del nombre y dirección de una persona física que posea un USRPI; sin embargo, ¿cuál es la necesidad de exigir el nombre y la dirección de un accionista de un USRPI de una empresa extranjera, cuando ésta enajena un USRPI y paga los impuestos de acuerdo con FIRPTA? Sin embargo, existe un método que se mencionará a continuación, mediante el cual se puede evitar el aviso del nombre, pero éste está relacionado con gastos que reducen la ganancia.[125]

[121] Reglamentación provisional art. 1.897-4.
[122] Otro sub-inciso en relación a la liquidación de sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporations"), art. 897(1) del I.R.C., se refiere nada más a los accionistas que son ciudadanos estadounidenses o que son causantes extranjeros residentes, y por lo tanto no se tratará en este artículo.
[123] La obligación de aviso ("reporting requirements") de acuerdo con el art. 6039C del I.R.C.
[124] Véase *Seemann*, Exchange of Tax Information under International Treaties, *The International Lawyer*, Spring 1983; un tratado de este tipo existe también entre la República Federal de Alemania y los Estados Unidos.
[125] Véase texto de la nota 134.

b) Las Disposiciones de la Obligación de Aviso[126]

Toda persona extranjera ("foreign person")[127] que de una manera directa o indirecta se encuentra en posesión de un USRPI, al igual que todo testaferro ("nominee") de tal persona deberá hacer una declaración anual en donde deberá proporcionar información,[128] siempre y cuando el USRPI no haya sido utilizado para alguna actividad comercial u oficio en los Estados Unidos "en cualquier momento durante el año fiscal";[129] que el FMV del USRPI no haya sido menor de $50,000,[130] y que el extranjero por algún otro motivo haya estado exento de la obligación de presentar tal declaración.[131]

Estas declaraciones tenían una fecha de vencimiento prevista para el 15 de mayo de cada año. Debido a que esta fecha señalada fue revocada, actualmente las declaraciones no tienen fecha de vencimiento hasta que el fisco dé a conocer nuevas fechas. Cuando se den a conocer, se deberán entregar las declaraciones para todos los años fiscales desde 1980. Sin embargo, para el año fiscal de 1980, esto significa sólo el lapso del 18 de junio hasta el 31 de diciembre de 1980. Se impondrán multas elevadas a aquellos que deliberadamente no entreguen la declaración. A los causantes extranjeros se les impondrá una multa menor ya sea del cinco por ciento del FMV del "interest" o $25,000;[132] además, el no presentar una declaración deliberadamente es considerado como un delito que puede tener como consecuencia una multa de $25,000 para las personas físicas, y $100,000 para las sociedades mercantiles ("corporations").[133]

c) Contrato de Garantía

Los causantes extranjeros que sean personas físicas, para quienes el anonimato sea importante, pueden evitar la obligación de notificación de su nombre y dirección dando al fisco una fianza por los impuestos que pudieran surgir.[134] Si se hubiera realizado un acuerdo de garantía ("security agreement") con el director del distrito del Servicio Fiscal Interno del Distrito de

[126] La reglamentación provisional más reciente no contiene lineamientos en relación a la obligación de aviso, art. 6039C del I.R.C. y es de suponer que los lineamientos de la reglamentación provisional antigua que se publicaron el 21 de septiembre de 1982 en el Diario Oficial ("Federal Register") por el momento tienen una validez determinante, aun cuando ya hay notificación de una nueva versión. A continuación se denominará la "reglamentación provisional antigua".

[127] Véase definición del texto de la nota 77-83.

[128] Las personas físicas deberán usar el formulario 6661, las sociedades mercantiles extranjeras ("foreign corporations") y algunas asociaciones en participación el formulario 6660, y las USRPHC y los testaferros ("nominees") de los propietarios usufructuarios extranjeros de los "interests" de tal USRPHC el formulario 6659.

[129] Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-4(a) (1).

[130] Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-4(a) (2).

[131] Reglementación provisional antigua art. 6a. 6039C-4(a) (3+4).

[132] Art. 6652(g) del I.R.C.; Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6652(G)-1.

[133] Art. 7203 del I.R.C. con el art. 327 TEFRA.

[134] Art. 6039(c) (b) (2); Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-5(a).

Operaciones Extranjeras ("Internal Revenue Service, "Foreign Operations District"), entonces no se necesitará entregar los formularios 6659, 6660 o 6661. Las garantías que pueden constituir la base para tal contrato pueden ser de varios tipos: cuentas fiduciarias, que contengan el monto tributable estimado en caso de una enajenación; acreditivos bonos ("bonds") u otros valores; gravámenes registrados de los bienes inmuebles;[135] o un convenio obligatorio por medio del cual en caso de venta se deduzcan los impuestos y se asignen directamente al fisco.[136] En el caso de que el bien inmueble conste de tierras agrícolas, se deberán tomar en cuenta otras disposiciones adicionales que requieren de una información más extensa.[137]

VI. IMPORTANCIA DE PLANIFICACION

Al igual que en cualquier otro negocio, se debería hacer un estudio antes de adquirir un USRPI. No sólo desde el punto de vista comercial, sino también desde el punto de vista del pago de impuestos. El primer paso será determinar por qué se está realizando la inversión en un USRPI. ¿Cuál es el motivo?

a) ¿obtener una ganancia?
b) ¿traspasar un patrimonio?
c) invertir de una manera más provechosa desde el punto de vista del pago de impuestos que en el país de origen? etc.

Aclarar y especificar estas preguntas es de gran importancia, ya que la experiencia muestra que el causante extranjero invierte debido a motivos específicos y recibe una asesoría para ello, pero posteriormente tiene otros objetivos que no se tomaron en cuenta en la asesoría original.

Son también de gran importancia los criterios que determinan la aplicación o la no aplicación de ciertas disposiciones:

a) la nacionalidad del causante extranjero;
b) la existencia de tratados de doble imposición con su país;
c) las disposiciones fiscales para el pago de impuestos nacionales;
d) tipo del bien inmueble deseado;
e) el monto de la inversión (con o sin hipoteca);
f) la posibilidad de plusvalía del bien inmueble;
g) se espera un ingreso pasivo o activo, o principalmente una plusvalía del capital ("capital gains");

[135] Llamado gravámenes ("liens") o hipotecas ("mortgages"); sin embargo, éstas no son recomendables ya que la extinción podría ser muy demorada y por lo tanto se afectaría la posibilidad de enajenación del bien inmueble.

[136] Reglamentación provisional antigua art. 6a. 6039C-5(b). Ya que varía de caso en caso la forma de contrato más adecuada, sería muy provechoso tratar este asunto con un abogado especialista en cuestiones de impuestos.

[137] La Ley de "Agricultural Foreign Investment Disclosure Act of 1978", 7 U.S.C. art. 3501ff, contiene estas disposiciones que no se podrán tratar aquí en este artículo, sería muy provechoso tratar este asunto con un abogado especialista en cuestiones de impuestos.

h) desde el punto de vista de pagos de impuestos ¿está el inversionista dispuesto a aceptar riesgos?;

i) ¿de qué manera se hará la compra del bien inmueble, (a nombre del inversionista de una sociedad mercantil ("corporation") o de alguna empresa ("entity"), de algún fideicomiso, etc?;

j) en caso de que el comprador sea una sociedad mercantil ("corporation"), ¿será ésta estadounidense o extranjera? o quizá se encuentre costa afuera como por ejemplo, las Antillas de los Países Bajos,

k) ¿tendrá la organización una interdependencia del capital social como por ejemplo, el "Dutch Sandwich"?[138]

l) En caso de muerte ¿quién será el heredero del bien inmueble o del USRPI? Ya sea la herencia de bienes inmuebles está sujeta al *lex situs*, se debería tomar en cuenta la legislación del estado norteamericano correspondiente; se debería hacer un testamento específico aplicable a la propiedad en los Estados Unidos de acuerdo con la legislación estadounidense; además, sería conveniente hacer una planificación del pago de impuestos para disminuirlos de herencias potenciales.

Una planificación más específica sólo la podrá llevar a cabo un profesional que tenga conocimientos amplios sobre la información necesaria. La planificación por adelantado es muy importante para evitar sorpresas desagradables en el futuro.

VII. CONCLUSIONES FINALES

Las reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos y todos los demás artículos de la legislación general y las reglamentaciones fiscales para el pago de impuestos de extranjeros de FIRPTA son muy complejos, por lo tanto, la exposición anterior es muy superficial y muchos detalles se tuvieron que omitir en este artículo debido a la falta de espacio. Sin embargo, estos detalles podrían ser importantes en los casos individuales; de cualquier manera es importante tomar en cuenta las leyes y las reglamentaciones en cada caso.

[138] Se denomina "Dutch Sandwich" a la estructura en la que una sociedad mercantil de las Antillas-Países Bajos (una "N.V.") es propietaria de todas las acciones de una sociedad mercantil holandesa (una "B.V."), la cual a su vez poseé todas las acciones de una sociedad mercantil estadounidense. La sociedad mercantil estadounidense compra el bien inmueble con el dinero que los dueños de la estructura han invertido en la N.V.; de ahí, el dinero se transfiere en una mezcla de activos y pasivos a la B.V.; y de ésta a la sociedad mercantil estadounidense; se deberán tomar en consideración las disposiciones del art. 385 del I.R.C. en relación a la proporción de los activos y pasivos. Esto puede ocasionar que no se pague el impuesto sobre rendimiento de capital, a la vez disminuyen los impuestos de la utilidad de la sociedad mercantil estadounidense ("US corporation") y evita el impuesto que se retiene ("Withholding tax"). Esta estructura sólo es recomendable para inversiones importantes debido a que los gastos que se relacionan con ella son muy elevados.

DERECHO ADMINISTRATIVO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL SEMINARIO SOBRE EL FIDEICOMISO BANCARIO Y SU UTILIZACION COMO MECANISMO DE FINANCIAMIENTO DEL DESARROLLO, QUE CON EL PATROCINIO DE LA ASOCIACION LATINOAMERICANA DE INSTITUCIONES FINANCIERAS DE DESARROLLO (ALIDE) Y DEL BANCO SANTAFESINO DE INVERSION Y DESARROLLO, SE CELEBRO EN LA CIUDAD DE ROSARIO, ARGENTINA DEL 6 AL 10 DE JUNIO DE 1983

CARLOS A. AROCHA MORTON

Me parece interesante dar a conocer los resultados de este Seminario al que asistí como expositor, porque incluyen algunas preocupaciones válidas para México que, no obstante ser el líder en latinoamérica —tanto en legislación como en experiencia— tiene sin embargo, importantes tareas que realizar en materia de fideicomiso, más aún considerando la nacionalización de la banca.

1. Es necesario conocer que difícilmente será posible alcanzar en los próximos años los niveles de crecimiento experimentados por América Latina en la década de los sesenta. El actual contexto económico plantea, desde algunos años atrás, un significativo endurecimiento de los flujos de recursos destinados a financiar proyectos y programas de desarrollo. A esa situación se agrega ahora el problema de la deuda externa y la crisis del sistema monetario y financiero internacional que afectan las corrientes de capitales privados, tanto en materia de préstamos como de inversiones directas.

2. En el plano nacional, los gobiernos han orientado sus políticas al manejo de los difíciles problemas del ajuste, frente a una preocupación predominante por continuar el impulso al desarrollo que se ve afectado por el entorno internacional en que les toca desenvolverse.

3. Es indudable que la Banca de Desarrollo en ese contexto no podrá actuar en la misma forma que en décadas pasadas, pues deberá intentar resolver sus operaciones ante el conflicto que se le plantea por la limitación en la cantidad y el costo de sus recursos y la necesidad de atender el financiamiento de programas de alta prioridad para el desarrollo social y el servicio a sujetos de crédito de capacidad económica limitada, como es el caso de las pequeñas y medianas empresas.

4. Para cumplir con esos objetivos y resolver en parte ese conflicto, la Banca de Desarrollo se encuentra ante la necesidad de adoptar políticas y estrategias nuevas, que no signifiquen desnaturalizar la función fundamen-

tal para la que fue creada, pero sí encontrando nuevas vías que sean practicables para alcanzar sus objetivos dentro de las limitaciones que se observan, muchas de las cuales se mantendrán todavía en el mediano y largo plazo con perspectivas muy modestas de cambios significativos.

5. Ante este reto que se plantea a la Banca de Desarrollo se deberá definir qué tarea le corresponde y cómo dar respuesta a los requerimientos actuales mediante una nueva función, un modelo distinto que supone una política explícita y exclusiva para la Banca de Desarrollo, a través de una integración y complementación global para: promover oportunidades de inversión, ser más selectivas en la financiación de los proyectos, buscar nuevas formas de movilización de recursos no ligados exclusivamente a su función de intermediación financiera en sentido estricto, reforzar las funciones y servicios no financieros tales como la asistencia técnica y las actividades de pre-inversión, y, en general, diversificando sus servicios para configurar un rol catalítico de estímulo al desarrollo a través de mecanismos, instrumentos y operaciones no ligadas necesaria ni exclusivamente al otorgamiento de tasas de interés subsidiadas.

6. Para no pocas de las acciones que será necesario cumplir dentro de este concepto nuevo de Banca de Desarrollo, la institución del Fideicomiso constituye un mecanismo e instrumento sumamente apropiado y flexible. La administración de recursos de origen oficial para fines específicos de desarrollo; la canalización del ahorro interno a finalidades de desarrollo; la movilización de inversiones externas en que se combinen aportes de capital y tecnología; la separación de porciones de cartera correspondiente a operaciones de naturaleza específica; el establecimiento de fórmulas de cooperación financiera horizontal en el ámbito de la banca pública y privada; el establecimiento de mecanismos de garantía que sustituyan a los de carácter convencional en los casos que estos últimos se hagan de difícil aplicación para viabilizar proyectos de inversión que merezcan una calificación favorable, a través del Fideicomiso, son, entre otras, algunas de las posibilidades que ofrece esta institución fiduciaria a la Banca de Desarrollo con mayor ventaja sobre otros mecanismos que no están dando respuestas adecuadas en los momentos actuales.

7. El Fideicomiso es una institución jurídica que supone la transferencia de un conjunto de bienes, derechos o recursos hecha por el "Fideicomitente" con el propósito que el "Fiduciario" cumpla una determinada finalidad, en beneficio del mismo constituyente o de un tercero.

8. La llamada "Propiedad o dominio fiduciario" se constituye con determinados bienes y se caracteriza por ser un patrimonio afectado exclusivamente al cumplimiento de una finalidad lícita determinada por el Fideicomitente. Esta particularidad, que es natural del Fideicomiso, hace que los bienes se sustraigan a las vicisitudes propias de las actividades de los intervinientes. La estructura finalista de este negocio o acto jurídico hace que todo se oriente a la consecución del objetivo señalado, y la especial titularidad de los derechos que tiene el Fiduciario, permiten que, en la práctica, no sólo se tenga certeza sobre la obtención de los fines, sino que ellos puedan lograrse a

través de medidas de gran elasticidad, en el marco del ordenamiento jurídico vigente o innovándolo.

9. El Fideicomiso, de acuerdo a las experiencias examinadas, ha servido de soporte para la realización de los más variados fines, públicos o privados. En el campo financiero, incluye la administración de fondos de desarrollo, tales como los manejados por entidades internacionales, Bancos centrales, organismos especializados de fomento o la banca comercial. Países como Colombia, México y Venezuela, muestran numerosas y comprobadas experiencias positivas en su realización, por lo que es aconsejable promover la adopción del Fideicomiso Bancario en los demás países latinoamericanos, para contribuir a afrontar en mejores condiciones el manejo de recursos necesarios para nuestro desarrollo.

10. Como cualquier otra institución jurídica, la utilización del Fideicomiso bancario puede tener resultados positivos o negativos, de acuerdo a su aplicación. Operado eficientemente, tiene efectos dinamizantes sobre los sistemas financieros, al incorporar un nuevo mecanismo de captación y colocación de recursos con la finalidad de impulsar sectores prioritarios de la economía. En todo caso, los respectivos mecanismos de supervisión y control deberán velar para que no se generen, directa o indirectamente, distorsiones que atenten contra los fines predeterminados y el logro de la estabilidad económica del país.

11. Para cumplir con la recomendación de elaborar un proyecto uniforme de Ley sobre Fideicomiso bancario que preparará ALIDE, respetando los ordenamientos legales de cada país, será necesario se contemplen, entre otros, los siguientes aspectos:

a) *Caracterización del instituto*, atribuyéndole naturaleza contractual, como Fideicomiso "expreso", para diferenciarlo del "trust".
b) *Partes intervinientes*, con la clara indicación de que el Fiduciario debe ser un Banco o entidad financiera calificada y autorizada para tal efecto, sometidos a un especial control estatal.
c) *Naturaleza de patrimonio especial vinculado directamente a un sujeto* y atribuida a los bienes afectados al cumplimiento de la finalidad y los efectos de su creación frente a terceros.
d) *Forma de celebración* que ha de ser por escrito y solemne, cuando la naturaleza de los bienes lo exija, así como con los requisitos de publicidad que, sin violentar el secreto bancario, noticien adecuadamente a los terceros sobre su constitución, naturaleza y cuantía de los negocios realizados.
e) *Determinación del plazo del negocio*, consagrando excepciones que permitan la constitución de fideicomisos sin plazo para finalidades de utilidad pública o de interés común.
f) *Causales de finalización* del negocio y normas sobre renovación o modificación.
g) *Responsabilidad del Fiduciario* frente al Fideicomitente, a los Fideicomisarios y a los terceros con los cuales contrate.

h) *Normas sobre la organización administrativa* y las particulares condiciones que deben llenar los funcionarios que se ocupen directamente del manejo de los fideicomisos, de cuya gestión, en todo caso, responderá siempre el Fiduciario.

i) *Regulación de los efectos fiscales y laborales* que surgen, y puedan surgir de la existencia de un patrimonio especial.

j) *Consagración de normas sobre la anulación e ineficacia del negocio* cuando llegare a producirse un fraude que afecte intereses de terceros.

k) *Normas relativas al funcionamiento de comités técnicos*, delegados fiduciarios generales y especiales, y gerentes y directores de fideicomisos.

l) *Normas y disposiciones sobre autovigilancia* y auditoría interna que permitan una información financiera periódica.

m) *Límites al monto de las operaciones* que se considere conveniente establecer, ya sea por acciones derivadas o que sean objeto del Fideicomiso, en relación con el monto de las actividades, capital o patrimonio del propio Fideicomiso, o bien en relación con los programas, planes y presupuestos debidamente aprobados por los órganos de administración competentes.

12. De acuerdo a sus finalidades el Fideicomiso podrá ser:

a) Fideicomiso oficial o público: si se realizan operaciones con recursos de origen oficial o que genera o avala el Estado. Las operaciones se podrán orientar, a través de Fideicomisos de inversión, Fideicomisos de fomento, etc.

b) Fideicomiso privado: si las operaciones se efectúan exclusivamente entre particulares, de carácter bilateral o colectivo. Las operaciones se podrán efectuar mediante Fideicomisos de administración, Fideicomisos de garantía, Fideicomisos de inversión, testamentarios, etc.

13. El Fideicomiso Bancario, así descrito, ya sea público como privado, a través de los Fondos de Coinversión podría atenuar algunos de los efectos de la crisis mundial que nos afecta y adquirir especial significado por su efecto integrador. Al facilitar la asociación de inversionistas de diferentes países latinoamericanos y contribuir, a la larga, a una más amplia circulación de capitales dentro de la región, permitirá diversificar los riesgos como elemento clave para generar confianza y estimular la inversión de capitales de origen latinoamericano en la propia región, evitando la fuga de dichos capitales, integrando mercados e impulsando el comercio intrarregional.

14. Las experiencias realizadas tanto en Argentina como en otros países de la región cuyo ordenamiento legal responde a la misma raíz del derecho romano, indican que es posible utilizar el Fideicomiso bancario sin que sea necesario variar fundamentalmente el ordenamiento legal vigente, sino dotarlo de una mínima base legal que le conceda la seguridad jurídica requerida, especialmente con referencia al sujeto fiduciario y a la aplicación concreta de los objetivos del Fideicomiso.

15. De acuerdo a las experiencias expuestas sobre la aplicación del Fideicomiso bancario en la Argentina, se debe partir de la convicción que el Derecho debe ser interpretado para que esté al servicio de la Sociedad. Dicha interpretación deberá ser leal, buscando un fin lícito que permita una solución, que aunque no esté prevista por la ley sino se opone a ella ofrezca una salida a las limitaciones que estamos moralmente obligados a superar.

16. Por la constitución del Fideicomiso los bienes se independizan del patrimonio propio del Fideicomitente e ingresan por estatus especial al patrimonio del Fiduciario y lo resguardan de las vicisitudes que puedan afectarlo y su estructura finalista garantiza el cumplimiento de la voluntad del constituyente. Para ello, el Fiduciario tiene que ofrecer confianza y preservar el dominio del encargo que le fue confiado, sometiéndose a todos los controles que se consideren apropiados, ya que la transferencia del dominio que se le hizo no es de libre disposición.

17. Por esas consideraciones, se concluye que en el Fideicomiso el Fiduciario deberá ser un banco o institución financiera calificada y debidamente autorizada que garantice la administración del encargo en condiciones particularmente revestidas de seguridad y eficacia, como requisito indispensable para la cabal obtención de las finalidades que se persiguen.

18. Las indudables ventajas que ofrece el Fideicomiso, a la luz de las experiencias conocidas y de las dificultades que las limitaciones para su utilización plantean, como fue comprobado en el caso de COFIRENE, demuestran la urgencia de poner en práctica este mecanismo. A ese efecto, es de especial interés contar con un instrumento o dispositivo legal lo suficientemente amplio que resulte apropiado para el eficaz cumplimiento de la función que le corresponde a la Banca de Desarrollo en las actuales circunstancias.

LAS EMPRESAS PUBLICAS PARAMUNICIPALES

PABLO ESTÉVEZ KUBLI

SUMARIO. *Resumen e Introducción. I. Fundamentación jurídica para la creación de empresas públicas municipales. II. Organizando a la empresa municipal: nacionalidad; confianza, sutileza e intimidad; valores. III. Caso concreto, agroindustrias municipales: conclusiones; recomendaciones; notas; bibliografía.*

RESUMEN E INTRODUCCION

La generación de empresas paramunicipales es algo novedoso en México. En este sexenio se podrán organizar empresas de esta índole gracias al fortalecimiento del Municipio Libre. El Gobierno Federal a través de reformas constitucionales y acciones de carácter político, está provocando que los ayuntamientos en México puedan conducirse libremente. El Municipio tendrá ingresos suficientes vía impuestos y otros rubros para otorgar servicios públicos a sus habitantes y poder allegarse diferentes recursos para la creación de empresas públicas paramunicipales.

En tal virtud una introducción acerca de empresas públicas municipales sería demasiado corta ya que hasta ahora no ha existido una política dirigida hacia ese rubro, sólo encontramos casos aislados en diferentes ayuntamientos en México. Las pocas empresas municipales en la actualidad reflejan que es factible la creación de las citadas empresas, lo que sí debemos señalar en forma detallada ha de ser la experiencia en la industria paraestatal de nuestro país. La experiencia acumulada en el sector deberá ayudar a vislumbrar nuevos caminos y toma de acciones para las empresas municipales, no hay duda que la analogía es real en este caso de empresas paraestatales.

El no incurrir en errores de carácter administrativo y organizacional sería lo más saludable para nuestros municipios que cuentan con recursos reducidos, ya que en el sector se encuentran diversos problemas tales como proyectos sin factibilidad, ineficiencia, gigantismo, corrupción y deficiencias de carácter administrativo. La industria pública de carácter federal se establece constantemente en los Estados sin ningún objetivo definido para la satisfac-

ción de necesidades de los habitantes en los municipios, éstas llegan a diferentes comunidades sin tener arraigo en la población y se observa la separación ideológica y política entre empresas y municipios, ya que llegan a implantar sistemas y a generar nuevos caciques en las pequeñas comunidades.

La empresa pública en México no lleva a cabo una derrama real de ingresos sobre la comunidad, en cambio utilizan servicios públicos y su abastecimiento de recursos materiales y humanos es mínimo, siendo que refleja ante la comunidad una esperanza económica que en la mayoría de los casos no se forja para beneficio de la comunidad. La industria de capital intensivo en poblaciones pequeñas, tiene que traer personal técnico de otro lado, a veces de países industrializados, ya que no se puede encontrar el personal requerido en el municipio, y es aquí donde existe la disyuntiva de seguir creando empresas paraestatales sin ninguna vinculación con el lugar de su establecimiento o empezar a crear en los municipios empresas que realmente vengan a generar empleo en esa comunidad y cubran las necesidades de aquéllos.

México siendo un país centralista en su conceptualización práctica y de recursos limitados, el plantear un cambio de esta naturaleza es difícil y se podrá vislumbrar como una política regionalista, sin querer ver todo el contexto económico y político del país. El hablar y escribir sobre el fortalecimiento económico del municipio es algo sin parangón hasta ahora, la historia del país, sin embargo, nos enseña que existe un centralismo marcado en la conducción del país y que nuestros gobernantes, no soltarán las riendas políticas y económicas hacia el interior fácilmente, ya que significaría perder poder político en las regiones.

Si continuamos en nuestro país con el sistema centralista, será imposible conducir en lo político y económico a un país de 130 millones de habitantes para el año 2000, a través de nuestro sistema, lo cual causaría el caos político más grande que pudiera existir en país alguno. La única solución viable es el fortalecimiento al municipio libre, esto se conceptualiza por una necesidad de carácter político-administrativo para seguir controlando políticamente a la provincia. El municipio se fortaleció al crecer la población, al existir grandes distancias entre centros de desarrollo, a la falta de comunicación y una aceptación de diferencia regional y costumbres diferentes en el país; siendo estos elementos las fuerzas que impulsan al Gobierno Federal a tomar acciones. Existe otro tipo de fuerzas que detienen el cambio de nuestra situación, municipal, intereses políticos, económicos y de control. En la actualidad las fuerzas de empuje son de mayor intensidad para lograr un cambio sustancial en nuestra política hacia el interior de la República.

Creo que es conveniente comentar algunas ideas, que pueden dar una base sólida a empresas paramunicipales, como el desarrollo de políticas internas, hibridad en el sistema, subsidios, relaciones entre empresas del sector paraestatal y sobre todo los puntos sociales y económicos que entredicen la rentabilidad de la empresa pública en México.

El Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, nos da ciertos lineamientos a seguir, para alcanzar los objetivos de implantación de empresas paramunicipales, será necesario atender los problemas de operación del sector paraestatal y principalmente los aspectos del orden administrativo y de organización, financieros, laborales y tecnológicos, en lo administrativo se ha hecho evidente, por una parte, la necesidad de establecer las bases para superar los importantes problemas de coordinación, entre la política económica general y sectorial, y por la otra, las actividades realizadas por las empresas públicas.

La política de empresa pública corregirá las ineficiencias y aprovechará plenamente las posibilidades de estas entidades en la producción de bienes y servicios, y en la promoción, regulación y dirección del desarrollo económico y social, adoptar mecanismos y políticas que garanticen el cumplimiento de sus objetivos y la moralidad en su administración y modernizar su organización, elevar sus niveles de productividad y propiciar su estructuración de acuerdo a la dotación interna de factores y a las condiciones actuales de la economía.

La mayoría de las empresas públicas, al ser creadas "materializaron una idea gestada y desarrollada en el seno del propio Estado; otras, empero, fueron recibidas en el ámbito estatal procedente de la esfera privada, donde nacieron, pero donde su estabilidad y posibilidades de sobrevivencia peligraban".[1] Es así como en 1982 el Estado Mexicano, por conducto de sus 780 empresas, controlaba la totalidad de generación de energía eléctrica para consumo público, la producción total de hidrocarburos, de productos petroquímicos básicos y de fertilizantes; controlaba 65% de la capacidad instalada de la producción nacional de acero; manejaba el transporte ferroviario; producía 99% de autobuses de pasajeros y pronto llegaría, según se lo proponía, a 30% del transporte de carga; regulaba la comercialización de productos agrícolas básicos, elaboraba bienes de consumo popular, atendía las necesidades de seguridad social de la mayoría.

Políticas Internas en el sector paraestatal, se refieren a eficiencia y evaluación, el concepto de eficiencia para una empresa pública es a su vez más amplio y complejo. De esta manera una empresa pública será eficiente en la medida en que logre alcanzar los objetivos de política económica y social que le corresponden con el menor sacrificio de recursos no para la empresa, sino para el país en su conjunto. Siendo los criterios de evaluación que se adoptan para medir la eficiencia de la empresa pública, no tiene por qué coincidir con las que se adoptan frecuentemente a las empresas privadas, es decir, su eficiencia y evaluación debe corresponder a un modelo de beneficio-costo social establecido por la comunidad y no necesariamente por el mercado. Además de que la empresa pública se basa en lo que sería el sistema de precios sociales, ésta debe tomar en cuenta para su evaluación los efectos directos e indirectos que su actividad provoca sobre otras entidades económicas.

[1] Véase, la Crisis, La Reforma Económica, del Periódico *Excélsior*, Octubre 20, 1983, por Raúl Olmedo.

Nuestro sistema híbrido versa sobre la actuación del Estado mexicano la cual se realiza en el marco de una economía de mercado, vale decir, integrada por empresas privadas que ejercen una acción específica de lucro frente a la actuación de las paraestatales a la que operativamente se les tiene asignada la función global de promover el desarrollo nacional que aquéllas no promueven y de asumir los riesgos que aquéllas no asumen.

Es explicable, entonces que al considerar el doble carácter o la doble función de las empresas públicas salte a la vista el problema fundamental, cuál debe ser la orientación y destino que se les da a los beneficios y a los excedentes de explotación generados, así como el aumento de la productividad, mediante la mejor estructuración de los procesos productivos y cómo debe ser el seguimiento de los proyectos y acciones para definir objetivos y metas específicas de cada empresa u organismo, con el objeto de posibilitar la evaluación de su desempeño y resultados.

Por otro lado, existe una fuerte confusión y desorden financiero en las empresas públicas, ha sido la de las cuentas dudosas al no liquidar sus deudas con procedimientos y plazos normales, por consiguiente dificultan el control presupuestal y ocultan el verdadero capital de trabajo con que debe operar cada empresa, una vez atendidos los criterios relativos a capitalización, precios, tarifas y subsidios, no existe razón que justifique una operación ineficiente en el empleo de los recursos financieros, humanos, materiales y tecnológicos, y convendría adoptar el principio de que las empresas paraestatales deben ser ejemplo de eficiencia y marcar pautas de productividad, de agresividad y de audacia en su desarrollo, al resto de la economía, teniendo en cuenta que obtener ganancias en las empresas públicas no riñe con la utilidad social, para la cual fueron creadas.

Existen factores que ponen en duda la rentabilidad de la empresa pública como:

La no siempre bien justificada existencia de empresas que se mantienen gracias al apoyo de la Federación.

La insana competitividad con empresas privadas en operación dentro de la misma rama.

La no siempre adecuada localización geográfica y a veces hasta la sobreestimación de los recursos y la sobreevaluación artificiosa de sus costos, y a una grave falta de integración según las líneas de producción y la complementariedad de objetivos y funciones.

En tal virtud la precariedad y distorsión financieras que existen en las empresas paraestatales impiden su desarrollo, deforman la asignación nacional de recursos, generan déficit fiscales e inflación y proporcionan la corrupción, por ello se dice que cuando el saneamiento de las empresas públicas no sea factible, después de esfuerzos razonables por conseguirlo, debe procederse a su liquidación o en todo caso sustituirlas por otras más sanas; otra solución sería que las empresas acudieran al mercado abierto de valores, lo cual ejercería presión adicional para la eficiencia.

Por último, debemos precisar que el gobierno es el que ha deformado las finanzas de las empresas de participación gubernamental mediante dos caminos: imponiendo limitaciones en sus tarifas y no aportando los recursos de capital de riesgo, fresco en los momentos de creación o expansión, en tal circunstancia las empresas no deben incurrir en elevaciones de precios a fin de compensar deficiencias de capitalización ni por esta misma vía restituir la falta de eficiencia de operación, ni tampoco en los casos de empresas que disfrutan de una posición monopólica en el mercado. Optimizar en favor del consumidor y por lo que se refiere a subsidios, estos deben operar con una finalidad específica y por tiempo determinado, y deberán contabilizarse de la misma manera y no en forma genérica, a fin de facilitar el análisis de la eficiencia de las empresas en cuestión, sería saludable que los subsidios o apoyos financieros estatales fueran siempre de origen y de financiamiento fiscal y no con cargo a los resultados de operación de las empresas, a fin de lograr su transparencia y que su uso sea plenamente reclamable por el congreso de la unión.

FUNDAMENTACION JURIDICA PARA LA CREACION DE EMPRESAS PUBLICAS PARAMUNICIPALES

Siendo el Derecho Administrativo Municipal una nueva rama del Derecho en México, no se ha dado una doctrina definida y por consiguiente no se han determinado las fuentes formales, materiales e históricas que lo rigen. El fundamentar jurídicamente la actuación del municipio dentro de su esfera de funciones y facultades sólo lo podrá dar el Derecho Administrativo municipal y por el otro lado la Administración Pública para el ejercicio definido del municipio en su esfera administrativa.

El Derecho Municipal, tiene que estar vinculado y debe sostener doctrinalmente a la administración pública municipal, ya que conlleva a racionalizar y establecer el sistema administrativo ideal para lograr el objetivo que marca nuestra constitución. El fortalecimiento del municipio libre se debe a la Administración Pública ya que es fuente material del Derecho Administrativo Municipal y por consiguiente la vinculación que debemos determinar entre municipio y sociedad se dará a través de los lineamientos constitucionales y de la Administración Pública.

Las políticas municipales para el fortalecimiento económico y financiero deben tener un ingrediente jurídico, o sea el fundamento legal que le da al municipio para implantar una serie de políticas internas hacia el fortalecimiento de la economía municipal. En tal circunstancia será necesario determinar el fundamento legal que daría cabida a una política que conlleve a la creación de empresas públicas paramunicipales como fuente de riqueza y fortalecimiento económico.

El artículo 115 constitucional es el elemento esencial y fundamento jurídico para la creación de diversas políticas económicas para el fortalecimiento financiero del municipio. Por otro lado, la inclusión de este artículo a las constitucionales estatales, que delinearán las legislaturas locales determinarán las políticas económicas y administrativas que podrá llevar a cabo el municipio libre para su fortalecimiento interno y asimismo se legislarán

leyes, reglamentos como modificaciones a ordenamientos vigentes, todo ello para crear un sistema jurídico ordenado, en cada uno de los estados de la República Mexicana.

El artículo 115 constitucional contiene el fundamento legal y político para la creación de empresas públicas por parte del municipio. En la fracción II del artículo en comento, establece que "Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la Ley", en tal virtud el municipio libre tiene su propia personalidad jurídica y en este caso que nos ocupa podrá ser accionista de la empresa, podrá suscribir contratos, emitir títulos de crédito y demás elementos de carácter mercantil que cualquier persona física o moral con capacidad legal dentro de nuestro derecho tiene, y así la Constitución le da personalidad jurídica para todo acto que verse en la creación de empresas paramunicipales.

Por el otro lado, el municipio libre "manejará su patrimonio conforme a la ley" —en este punto de comento es necesario poder saber con qué leyes el municipio podrá manejar su patrimonio, pero no obstante con la simple lectura de esa facultad al determinar que puede en todo momento manejar su patrimonio, en ese caso ingresos que por servicios públicos que determina la fracción III del artículo citado podrá libremente manejarlos y así también otros servicios públicos que determinen las legislaturas locales.

La fracción IV del artículo 115 constitucional otorga al municipio, la administración libre de su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, en tal circunstancia se me ocurre que el municipio libre en un momento dado pueda dar inmuebles en garantía para obtener créditos y ser éstos aplicados a crear empresas públicas, veo que el municipio libre le dan facultades mercantiles de todo género a través de sus leyes que lo reglamentarán; por otro lado, ¿quién será el aval del municipio?, para generar empresas públicas, solamente podrá ser el Estado o la Federación, en la práctica se resolverán estos problemas de carácter jurídico.

En el inciso b) de la fracción IV, se establece que el municipio libre obtendrá "participaciones federales, que serán cubiertas por la Federación a los municipios con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por las legislaturas de los Estados", esto significa que podrán asignarse partidas del presupuesto de egresos de la Federación o del Estado a favor del municipio para la creación de empresas públicas.

En el tercer párrafo del inciso c) del artículo en comento, se establece que "Las legislaturas de los Estados aprobarán las leyes de ingresos de los ayuntamientos y revisarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles", por consiguiente en el presupuesto de egresos del municipio deberá contener diversas partidas para la creación de empresas municipales. En conclusión se determina que los municipios gozan de personalidad jurídica propia, lo cual significa que son sujetos de derechos y obligaciones, lo que

los convierte en aptos para contraer compromisos económicos y tener facultades para administrarse.

A su vez la empresa pública municipal, podrá vigorizar económica y financieramente al municipio, no obstante lo establecido en el artículo 115 constitucional en lo que se refiere a que tendrán como ingreso los municipios el monto del impuesto predial como ingreso. Es deseable que puedan generar otro tipo de actividades para obtener ingresos y fortalecer al municipio y dar entrada a una mayor generación de trabajo para los habitantes de los ayuntamientos, que se verían beneficiados al obtener un trabajo limpio y remunerado.

Ingresos adicionales que pudiera generar la propia ley de ingresos del municipio como otros rubros que se pudiesen compartir con el Estado, serían invertidos en empresas que generarían trabajo bien remunerado, por otro lado, es indispensable crear una conciencia del pago de servicios por parte de los habitantes del ayuntamiento, poder crear empresas paramunicipales, de recolección de basura, transporte, comercialización de la canasta básica de alimentos, agroindustrias o para impartir capacitación y adiestramiento. No vemos simplemente a los municipios generando, asociaciones o sociedades civiles y cooperativas que no tienen un carácter lucrativo, sino empresas que satisfagan necesidades de la comunidad altamente rentables.

El límite y alcance que pueda generar la empresa paramunicipal dependerá de la relación filosófica y jurídica que el municipio se dé en la creación de empresas propias, ya que la condición básica es devolver a la comunidad su capacidad de decidir sobre su destino que le permita organizarse y participar en las cuestiones que le atañen directamente. Es decir, deben crearse las condiciones que permitan transformar al municipio en una especie de continuación del hogar de sus habitantes, y así también es necesario impulsar el desarrollo de nuevas formas organizativas municipales, regionales, paralelas a la sectorial, que nivele las fuerzas entre las zonas metropolitanas y las regiones rurales.

Por último diríamos que, los comités de vecinos son quizá la forma más adecuada para organizar al municipio. Por medio de esta forma organizativa pueden crearse las condiciones para eliminar la separación entre el "hombre político" y "hombre común", que trata la participación de todos los ciudadanos en las labores de su comunidad.

ORGANIZANDO A LA EMPRESA MUNICIPAL

Este trabajo no pretende ser un recetario de cocina para la empresa pública paramunicipal, la idea de este documento es primeramente centrar, valga la expresión a la empresa, haciendo las siguientes preguntas: ¿Qué ha realizado en los últimos años?, ¿dónde se encuentra y cuáles son sus perspectivas futuras dentro de nuestra economía?, toda vez que la empresa pública debe de ir más allá de sistemas de tipo organizacional, formularios, sistemas y organigramas.

El propósito esencial estriba en generar políticas internas en las empresas públicas. El porqué la necesidad de políticas internas antes de sistemas convencionales de organización, financieros o de contabilidad, ya que al crear políticas internas consistentes en la empresa genera toda una reacción de actitudes de los integrantes de la misma.

La política gubernamental que se esparce en nuestro medio, manifiesta constantemente las razones o los porqués de la empresa pública, en nuestra economía, por razones de prioridades, empleo, riesgos que no toman los particulares, etc., este razonamiento es una fórmula inexacta en nuestro sistema, el convencer de las necesidades y verdades de la empresa pública, es siempre desconcertante. Sin embargo, qué poco se ha escrito sobre su Constitución, sistema interno, compatibilidad de políticas económicas nacionales e internacionales, y sobre todo, cómo poder organizar a una empresa pública paramunicipal.

El desarrollo interno dentro de la empresa pública paramunicipal a la privada son diametralmente opuestas, existen diferentes necesidades, mercados y finalidades a cubrir como los servicios públicos que pudiesen llevar a cabo siendo que la empresa pública en general es constantemente golpeada por el sistema, ya sean leyes, decretos y controles que vienen a sujetar su estructura.

El cambio hacia un objetivo definido debe generarse y concebirse dentro del mismo sistema, o sea, dentro de la empresa pública, el cambio debe realizarse del núcleo hacia la periferia, y deberá ser un elemento de cambio hacia afuera, generando la transformación de la sociedad, por más controles externos, llámese de control, leyes, decretos, políticas en planes de desarrollo, o económicos, que el sistema quiera determinar a la empresa pública, no podrán fructificar fácilmente.

La empresa pública paramunicipal debe combinar los elementos externos, llámense controles, leyes, decretos que tengan a bien verificar su desarrollo y actuación, con el sistema interno de producción, eficiencia, productividad y agresividad en el mercado sea interno o externo. Esto viene a colación de que subsidios, excepciones o beneficios fiscales se irán derogando, hasta que se encuentren en un mismo nivel de igualdad ante la empresa privada.

Por otro lado la empresa pública tiene que combinar leyes privadas, tales como el derecho civil, mercantil, etc., con todo un subsistema de derecho público que se ha generado para un control entre comillas de estas empresas, el sector se encuentra dentro de un sistema híbrido que no puede definirse hacia qué lado participar, por tal motivo es necesario que la empresa por sí sola genere sus propias políticas a seguir teniendo en cuenta el primer problema que se describió con anterioridad, la ambivalencia del sistema en que se encuentran.

Las políticas internas a seguir sólo competen única y exclusivamente a un núcleo, o sea a los integrantes de la empresa, sin embargo, éstas deben compaginar con todo el sistema, de ese modo podrán gestar su propia nacionalidad, origen, y deseos a seguir en el futuro, informar claramente al público, al pueblo y gobierno cuáles son sus políticas a seguir, sus objetivos, metas, lineamientos, aspiraciones y deseo de cumplimiento con la nación. En tal circunstancia este trabajo será de gran utilidad a cualquier integrante del subsistema de control como de cualquier empresa. Una de las críticas más profundas de este sector el llamado paraestatal, es sin duda, la inexistencia total o parcial de una política empresarial a seguir desde el punto de vista interno, ya que las empresas paraestatales cambian de color conforme a los lineamientos políticos de cada sexenio, su vinculación es hacia el exterior, y sobre todo a los socios mayoritarios, que en la mayoría de los casos es el Gobierno Federal, tratará de hacer notar lo indispensable y las bondades que puede brindar la creación de políticas internas dentro de la empresa paramunicipal.

Asimilar este nuevo concepto, determinará totalmente el desempeño interno de la empresa y podrá ser vinculado con las políticas públicas que van desarrollándose de sexenio a sexenio, por ejemplo en Japón se le determina como la filosofía interna para el entendimiento y determinación de objetivos sistemáticos en sus empresas.

NACIONALIDAD

Podemos manifestar que las empresas transnacionales o multinacionales siempre se les ataca diciendo que no tienen arraigo nacional, sino que su nacionalidad es la utilidad, siendo su movimiento definido en cada país o estado que trascienda la forma de obtener utilidades. Así también podríamos manifestar que las empresas privadas ven tan sólo la relatividad de las mismas para el desarrollo de su actividad y sin embargo, no existe nacionalidad en las mismas, esto quiere decir que las empresas privadas en la mayoría de los casos no se consideran asimismo nacionales, aunque se manifieste su producto hecho en México, aquí veremos un sinnúmero de parámetros para delinear que se entiende por nacionalidad dentro de la empresa paraestatal.

Sin embargo no podemos contradecirnos por lo que significa rentabilidad y nacionalidad, no son conceptos que estén diametralmente divorciados u opuestos, la empresa puede ser rentable y tener en su característica, la nacionalidad, ser nacionales es establecer objetivos acorde a lineamientos económicos y sociales determinados por los subsistemas de control para las empresas públicas. Ser nacionales no significa ineficiencia, corrupción, negligencia, sino transformar dentro del patrón interno de la empresa pública los lineamientos gubernamentales de abastecimientos, desarrollo, empleo, productividad, administración de la tecnología y demás. Y no generar desvíos sociales dentro de las políticas internas de la empresa para desarrollar su función.

La nacionalidad depende de lo que se ha escrito sobre el sistema híbrido en el que se encuentran las empresas públicas y que denota su difícil acoplamiento entre los sistemas, y por ello el determinar la nacionalidad dentro de la empresa pública, es vincular políticas internas con las políticas gubernamentales, una nacionalidad que no tenga relación entre sus políticas inter-

nas con las marcadas por la Federación no podrá darse, y de ahí partir para que se desarrolle una identidad personal sui géneris en la empresa.

La nacionalidad que se pueda crear tendrá sus elementos de filosofía, lineamientos generales, y de ahí se puede establecer que existe nacionalidad. Una analogía que nos lleva a determinar este elemento es sin duda, la dialéctica que se ha generado por décadas en determinar cuando se gesta la nacionalidad mexicana, sin duda, el pueblo mexicano híbrido entre raza española e indígena, se transforma en un ente llamado Mexicano, ¿cuándo el mexicano gesta su nacionalidad? autores diversos manifiestan en la reforma, otros en la revolución, y otros a partir de la segunda guerra mundial, y de ahí comienza el mexicano a sentirse nacional.

La empresa paramunicipal siendo un ente hídrido, entre derecho público y privado, nace un nuevo elemento llamado empresa pública, la cual requiere de nacionalidad, la identidad a un suelo, a tradiciones, lenguaje, y demás sistemas que se generan en el transcurso del tiempo, disipan la nacionalidad, sin embargo, pienso que se puede generar o desarrollar una nacionalidad racional en principio, y gestarse o adecuarse conforme va pasando la prueba de su nacionalidad, que va radicalmente opuesto al supuesto de que debe de llegarse a esa identidad bajo el tiempo.

En la empresa pública al generar sus políticas está dando principio a la nacionalidad de la misma, ya que deberán ser políticas internas, buscando que rumbo o acontecer y dirigir la empresa conforme a sus determinaciones internas, y así conjugar elementos Federales, Estatales y Regionales, confianza, sutileza, intimidad y nacionalidad, elementos esenciales para que una organización sea productiva, tenga utilidades marginales, cumpla con su organización, objetivos, metas y lineamientos. No se pueden concebir estos elementos aisladamente, sería tanto como creer que cada uno de éstos se pueda dar indistintamente en una organización, se tienen que dar los cuatro elementos al mismo tiempo.

El hablar entre integrantes de una empresa pública sobre confianza, se puede pensar en participar activamente en política, sin embargo, en muchas empresas se hacen grupos en relación al líder, se da la confianza pero en el aspecto político y coyuntural, hablar de confianza personal sobre estos elementos no se da y si acaso se da la citada confianza entre los integrantes del grupo en el poder en sui géneris, siempre existirá confianza entre los miembros de grupo, por razones de índole política.

El tener confianza a todos y cada uno de los integrantes de la empresa aumentaría la rentabilidad, ya que "la productividad y la confianza van de la mano",[2] por consiguiente las compañías deben emplear prácticas administrativas que promuevan la confianza, en el entendimiento de que posibles sacrificios siempre serán recompensados en el futuro, hacerles entender que al final, todos recibirán su justo pago.

[2] Véase, William Ouchi, *Teoría Z, cómo pueden las empresas hacer frente al desafío Japonés*, Fondo Educativo Interamericano 1982, pág. 13.

El ser sutil en nuestro trato con el personal es muy característico de políticos contemporáneos, pero es una sutileza que va pero no regresa, en tal virtud al no tener cierta intimidad, no se puede ser sutil, para el mexicano es fácil por su idiosincrasia y cultura ser sutil, toda vez que nuestra cultura no es directa, sin embargo, no hemos ejercitado dicha sutileza, tenemos en mente que ser directos deja más en una discusión que otro tipo de interrelación, sutil no significa que se diga lo que se siente, sino saber decirlo.

Los mexicanos nos caracterizamos por siempre decir sí a todo, sin embargo, el que aprende a decir no y lo sabe hacer cuenta con el soporte organizacional y comunitario, por tal motivo, es necesario aprender a ser sutiles. Las relaciones humanas son siempre complejas y volubles. Un supervisor que conozca bien a sus subordinados, puede describir los rasgos de sus diferentes personalidades, decidir quien se acopla bien con quien y organizar, de este modo, equipos de trabajo que funcionen con un máximo de efectividad. Estas sutilezas nunca pueden captarse explícitamente, y cualquier regla burocrática irá en contra de su naturaleza. Si el supervisor se ve obligado, ya sea por una administración burocrática o por un contrato sindical igualmente inflexible, a designar los equipos de trabajo estrictamente con base en la antigüedad, esa sutileza se pierde y la productividad disminuye; por consiguiente "Capacidad para distinguir las sutilezas no son elementos aislados".[3]

La intimidad dentro de la empresa pública debe ser, el interés por los demás, el apoyo, la generosidad, disciplina; elementos que hacen posible la existencia, se traducen en relaciones más estrechas. Intimidad en el centro de trabajo debe presentarse constantemente, y si creemos que la empresa es parte de nuestra sociedad, sociólogos sostienen que la intimidad es un ingrediente esencial de una sociedad sana.

VALORES

Valores dentro de las empresas públicas, varían de momento a momento, el escribir sobre este tema resulta novedoso para este tipo de sociedades politizadas y sui géneris. Valores humanos juegan un papel sumamente importante y decisivo, ya que son intrínsecos de cada ser humano y otorgan una carga emocional a la organización y fundamentalmente al desempeño de su trabajo.

Valores entendidos por la persona como por el medio ambiente, conllevan al desenvolvimiento de la persona en la organización. Un ejemplo clásico sería sin duda alguna la conceptualización sobre corrupción, como valor entendido por los integrantes de la organización y medio ambiente; tipos de corrupción, cuando se configura, elementos accesorios sumamente indispensables para absorber y entender el citado valor. El obtener dinero fácil, para un individuo puede ser un valor entendido, el cual deberá ejercerse a cada momento en que se presente la ocasión.

[3] Véase, William Ouchi, *Teoría Z*, Idem., pág. 16.

La actitud del individuo es el elemento más dinámico en una organización, la actitud positiva del trabajador hacia el medio ambiente desconocido, hacia personas; significa el valor fundamental de las relaciones de trabajo y dentro de la organización. Organizadores, directores y el mismo personal con una actitud positiva conjugan un elemento necesario e indispensable para un éxito constante y ascendente. En este orden de ideas podríamos manifestar que toda persona trae un sinnúmero de valores a la organización los cuales se conjugan con la actitud del trabajador hacia circunstancias y elementos desconocidos. Siendo lo más importante la actitud positiva hacia elementos de la organización.

Dos elementos que deben existir en toda empresa son la actitud positiva, basada siempre en la motivación a los individuos integrantes de la organización y la transformación del sistema de control de valores. No cabe duda que toda empresa tiene y ha desarrollado diversos sistemas de control de valores para sus integrantes, sabemos, de formas de hablar, comunicarse, vestirse, forma de conversación, etc. Individuos con diversos valores, no pueden encajar en la empresa y por tal motivo se ajustan, si desean seguir en la organización.

Cada empresa trata de moldear a sus integrantes hacia la adquisición o desintegración de valores, quién o quiénes integran la máquina de control, sin duda alguna es el Director General, Directores o Gerentes, este control da consistencia a la organización pero siempre en beneficio de los controladores, el poder se obtiene al controlar valores y ejercer una directriz hacia el alcance de los mismos. Experiencias circunstanciadas, vivencias y medio ambiente modelan al individuo, pero el modelador principal es el medio de trabajo, la empresa genera sistemas emocionales y valores que repercuten en la familia, un trabajador está alrededor de ocho hrs. diarias, tiempo suficiente para la adquisición de valores nuevos, diferentes, y en general aceptar el mecanismo de control de valores.

El sistema de control de valores en la organización nos ayuda para organizarla, desarrollarla y generar éxitos programados en las empresas. El éxito programado se nutre de dos elementos, valores y actitudes de los trabajadores, nos referimos siempre a valores y actitudes (positivas o negativas), sin embargo, es una nueva connotación para proyectar a futuro, nuestros éxitos-programados (o proyectados), este elemento es intangible al igual que una proyección financiera. La evolución y desarrollo del sistema de control de valores nos da los elementos o supuestos para proyectar un éxito-programado, a corto plazo o largo plazo, y en tales circunstancias el programar un éxito estará vinculado a las creencias, actitudes y valores del organizador, líder o conjunto de Gerentes o Directores. No significa que el éxito-programado sea realmente un éxito dentro de la terminología social, lógica y entendida por nosotros, puede ser un éxito-programado que vaya hacia elementos disociantes o negativos ante la sociedad, si el valor del líder es obtener dinero fácil, generará un sistema de control que vaya en favor de la corrupción, el éxito-programado será la ineficiencia o generar riqueza ilícita para él o el grupo que comparte el poder en el sistema que sustenta.

Este tema estaría incompleto sin hacer notar el desarrollo de valores nacionales, partidistas, sociales y de estado-gobierno que inciden en el desarrollo de la empresa pública, ya que no podemos negar la vinculación de valores nacionales hacia la empresa. La asimilación de los valores-estado son sumamente importantes y aquí nace la hibridad de la empresa pública, es ambivalente en todo sentido ya que tiene que asimilar varios sistemas de valor que inciden en la Empresa Pública.

AGROINDUSTRIAS

La planeación en México ha dado sin lugar a dudas un gran elemento de sustentación política, jurídica y económica para poder desarrollar íntegramente una política delineada a las agroindustrias, que deberán desarrollarse en el próximo ciclo económico de nuestro México, el principal instrumento sobre planeación es sin duda el Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, que es la base en la cual se debe sustentar una política agresiva en la constitución, generación y desarrollo de la empresa agroindustrial. En el citado instrumento no establece bases firmes y fundamentos teórico-prácticos para la creación de los entes a desarrollar.

Las siguientes líneas que transcribo son elementos que considero esenciales del Plan Nacional de Desarrollo para la fundamentación de las agroindustrias en México.

El punto 7.3 de ese ordenamiento sobre Alimentación y Nutrición, establece que "La atención a la alimentación y a la nutrición de sectores amplios del pueblo de México constituye una de las preocupaciones básicas del Gobierno de la República. Debido a que, se observan serios desequilibrios, producto de un crecimiento desigual".

El desequilibrio que se indica en este apartado se debe a varios elementos, siendo uno de ellos la influencia de las empresas agroalimentarias, las cuales facilitarán cambio de patrones de consumo, de cultivos y de uso de la tierra en favor del crecimiento de la ganadería extensiva, la avicultura y la porcicultura.

"Por su parte la industria de alimentos se caracteriza por la presencia de un amplio número de establecimientos medianos, pequeños y aun familiares en varias de las ramas que la integran, en tanto que en otras de ellas predomina un grupo de grandes empresas con una elevada participación de capital extranjero."

La consecuencia de esto es modificación en los patrones de consumo en el pueblo, y así también alimentos sofisticados y de elevado precio y de poco valor nutritivo.

El estado mexicano tiende a resolver el problema alimentario bajo diferentes programas, cabe señalar el fracaso rotundo que tuvo el "SAM" (Sistema Alimentario Mexicano), y ahora en su Plan Nacional de Desarrollo establece el Programa Nacional de Alimentación, el cual tendrá la misma suerte, con que otros programas se han implantado alegremente gastando grandes can-

tidades de recursos propios y con un alto índice de fracaso sin poder desarrollar políticas definidas como el abastecimiento alimentario para el pueblo.

A su vez este programa desarrollará el Sistema Nacional de Abastos y en el Programa para la Producción, abasto y control del Paquete Básico de Consumo Popular.

El Plan Nacional de Desarrollo establece en el punto 8.6.5.1. de ese ordenamiento sobre bienes Básicos lo siguiente:

"El proceso de desarrollo agroindustrial se ha orientado en forma excesiva hacia la producción de bienes de uso no generalizado y ha propiciado una concentración de la producción en pocas empresas, elevando la intensidad de capital de los procesos productivos".

Esto genera un sinnúmero de problemas obstaculizando otros sistemas de producción y afecta al sector agropecuario y forestal, y margina a los productos dentro de los municipios a una participación en el proceso de generación y distribución del ingreso, en el plan aludido el Estado promoverá en las distintas etapas productivas y distributivas la integración agroindustrial, así también el plan citado determina que "Para consolidar y aumentar la oferta de alimentos, se promoverá la participación de las formas de organización social de la producción, así como de la pequeña y mediana industria, predominantemente en el lugar de origen de las materias primas, lo que permite al productor primario participar en los beneficios de la transformación".

Esto da cabida a desarrollar y generar empresas públicas municipales en el área de agroindustrias, sería un fundamento material para la obtención de ese objetivo que debe ser un punto esencial para nuestro desarrollo como país.

El Plan Nacional de Desarrollo, en lo referente a la Política Regional, determina lo siguiente:

"En lo que se refiere al artículo 115 constitucional: La revisión y redistribución de las competencias entre las tres instancias de gobierno; en este contexto, la Federación asume su función como instancia rectora del desarrollo nacional, procurando la descentralización en diálogo y coordinación con las entidades, en tanto que éstas y los municipios deberán continuar con su proceso de fortalecimiento."

Esto conlleva a que una forma determinante del fortalecimiento es sin duda la generación de empresas públicas-paramunicipales con una clara tendencia al desarrollo de agroindustrias.

"El plan propone, en otro de sus apartados, la creación de centros agroindustriales que se aboquen a la fabricación de productos necesarios para el consumo básico de los habitantes de las distintas regiones del país. Para ello, se considera necesario atender las características propias de cada región, impulsando el desarrollo de ramas de la agricultura y de la industria que tengan un impacto directo en beneficio de los mercados regionales e impulsen las economías locales."

Y por último el Plan establece en el punto 9.2.4., el fortalecimiento Municipal.

"Para lograr un desarrollo estatal integral es necesario dar más vigor al municipio, pugnando por su autonomía; fortalecimiento, su economía y adecuando conforme a su potencial, los vínculos más efectivos con los gobiernos estatal y federal.

La última reforma al artículo 115 constitucional, establece los principios y atribuciones en que habrán de fundamentarse las acciones de los municipios; los gobiernos federal y estatal emprenderán acciones para fortalecer su capacidad de ejecución.

El fortalecimiento de la capacidad financiera municipal se logrará mediante diversos apoyos económicos a programas específicos, así como a través del impulso a su capacidad recaudatoria, de acuerdo con las prioridades estatales. Esto permitirá la mejor dotación de servicios básicos para la población, entre los que destacan: agua potable, alcantarillado, rastros, mercados y otros de infraestructura urbana; convirtiendo al municipio en un verdadero promotor del desarrollo."

POLITICA DEL ESTADO SOBRE LA INDUSTRIA ALIMENTARIA TRANSNACIONAL

1. La política en materia de producción y distribución de alimentos, es incierta.

2. Las directrices para tratar la inversión extranjera en la industria alimentaria, dictadas por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (no existe).

En el sexenio anterior, se determinó:

1. Política alimentaria de producción y distribución fue el Sistema Alimentario Mexicano (SAM).

Documento de gabinete determina que 122 subsidiarias de transnacionales dominan casi totalmente la industria de alimentos elaborados.

La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras se agrega que "el crecimiento de las empresas extranjeras del Sector Agroindustrial, en las que el capital foráneo participa mayoritariamente, se sujeta al cumplimiento de su programa de mexicanización, estructurado sobre bases económico-financieras que permitan una mexicanización efectiva dentro de un plazo razonable, ya que esta opción proporciona al Estado mayores elementos de planeación al estar las empresas extranjeras controladas y supervisadas por éste".[4]

La Comisión ha reducido su intervención cuando mucho a juzgar el grado de eficiencia microeconómica de la inversión, mediante la posible incorporación de algunos objetivos generales, como la generación de empleo.

[4] Véase, Rogelio Ramírez de la O, *De la Improvisación al fracaso*, Centro de Ecodesarrollo, 1983, pág. 153.

De Ramírez de la O., explica que:

"Las operaciones comerciales con el exterior que realizan las transnacionales de alimentos reflejan fundamentalmente estrategias de abastecimiento interno, ciertas políticas gubernamentales y corporativas y un cambio en los hábitos de consumo y los patrones de producción nacional."

Ramírez de la O., asimismo manifiesta que:

"Lo prioritario es que se defina qué tipo de industria se requiere para México. Esto implica reconocer que la empresa transnacional fabrica bienes que no son rigurosamente los básicos de la clase trabajadora, cuidar de que ésta no absorba a la industria tradicional, productora de bienes básicos para las mayorías".

"El Estado debería adoptar posiciones más claras, en definir hasta qué grado desea regular la diversificación de las empresas transnacionales del ramo y para su efecto decidir qué tan eficaz es la restricción de la inversión directa."[5]

"Por otra parte, si la preocupación está en los patrones oligopólicos que le permiten a la transnacional crecer más rápido que la empresa local y así erigir barreras a la entrada de nuevos competidores, deben regularse las prácticas oligopólicas."[6]

"En la industria alimentaria el grado de involucramiento en los mercados extranjeros no conlleva a un mayor intercambio internacional de bienes, aunque sí hay una transferencia significativa de tecnología, que consiste principalmente en la mercadotecnia."[7]

"Sector industrial con diferente grado y patrón de orientación externa sector de producción de bienes de consumo básicos para la clase trabajadora. Estos bienes deben estar disponibles en forma abundante y a precios más que accesibles."[8]

El sector de alimentos procesados representa indudablemente un área en la cual la presencia transnacional debe complementarse con una industria nacional fuerte, productora de bienes básicos. La asociación entre ambas necesita darse a nivel de industria más que a nivel de empresa, y procurarse que la regulación asegure tanto la disponibilidad de productos diferenciados como básicos y que el consumo de la clase trabajadora se satisfaga inminentemente con bienes básicos.

Por tal motivo, veo la necesidad apremiante de crear empresas agroindustriales en los municipios, ya que podrá ser la única respuesta a los futuros problemas alimenticios de nuestro país, el fortalecer este tipo de empresas que satisfagan necesidades locales nos dará mayor independencia y vigorización nacional.

[5] Rogelio Ramírez de la O, Idem., pág. 217.
[6] Rogelio Ramírez de la O, Idem., pág. 218.
[7] Idem., pág. 219.
[8] Idem., pág. 220.

CONCLUSIONES

1. No llegan a veinte los municipios autosuficientes en la República de los 2,387 existentes, los mismos requieren de recursos económicos y humanos necesarios para su desarrollo.

2. En Oaxaca que tiene 527 municipios, de los cuales 95 por ciento más que pobres, son ayuntamientos que no cuentan con los recursos necesarios para su desarrollo. No tienen ni para pagar los sueldos de empleados y se da el caso de muchos que carecen de presidente municipal porque nadie quiere aceptar el cargo.

3. Muchos municipios están quebrados financieramente, un ejemplo palpable es Cuernavaca, Mor., requiere para sus servicios de un presupuesto de $ 1'300,000.00 pesos mensuales, y tiene recaudaciones por $ 500,000.00 pesos mensuales.

4. El Gobierno Federal ha creído que la descentralización de la economía del país consiste en trasladar empresas que se encuentran en el centro hacia la periferia. Para tal efecto, el Estado ha concedido una gran cantidad y diversidad de incentivos fiscales para hacer atractivo el cambio de sede de las empresas, como infraestructura necesaria para su traslado.

5. Las empresas reubicadas en la provincia efectivamente elevan el empleo, pero a medida que pasa el tiempo no solamente no crean empleos, sino los destruyen. En efecto, la presencia de compañías poderosas en la economía regional favorecen el encarecimiento de los servicios de la mano de obra, provocando el cierre de pequeñas industrias locales que generalmente abastecen de bienes básicos a la población regional.

6. El traslado de empresas a la provincia no cumple con el objetivo de disminuir los costos de producción, antes bien, hay grandes riesgos de acrecentarlos sensiblemente, como, aumento en la mano de obra y servicios, ya que tienden a igualarse a los que imperan en el lugar de donde proviene y así también la transportación de los productos a los centros de consumo.

7. El sector paraestatal mexicano es todo menos rígido y unívoco pues, por una parte, se consideran empresas paraestatales todas aquellas que satisfagan cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Que el Gobierno Federal aporte o sea propietario de 50% o más del capital social o de las acciones de la empresa.

b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar acciones de serie especial, que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal.

c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, junta directiva u órgano equivalente, o de designar al presidente, director o gerente, o tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración o de la junta directiva u órgano equivalente.

8. Organismos descentralizados todas las personas morales creadas por la Ley del Congreso de la Unión o decreto del Poder Ejecutivo Federal,

cualquiera que sea la forma o estructura que adopten siempre que reúnan los siguientes requisitos:

a) Que su patrimonio se constituya total o parcialmente con fondos o bienes federales o de otros organismos descentralizados, asignaciones, subsidios, concesiones o derechos que le aporte u otorgue el Gobierno Federal, o con los rendimientos de un impuesto específico.

b) Que su objeto o fines sean la prestación de un servicio público o social, la explotación de bienes o recursos propiedad de la nación, la investigación científica y tecnológica, o la obtención y aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

9. No es fácil establecer con rigor las fronteras precisas entre una y otra de las figuras que asume la intervención estatal en la economía, como no es fácil llegar al deslinde del ancho campo en que ha de interpretarse el bien social en el marco de la filosofía, la técnica y la práctica de quienes encarnen socialmente las atribuciones y las decisiones de política del Estado en materia de acción o intervención en la vida económica; si bien, por la forma y tipo de organización es, pues, evidente la enorme flexibilidad que puede asumir la estructura paraestatal de unas a otras unidades que la conforman.

RECOMENDACIONES

1. Para la descentralización de empresas hacia la provincia, es necesario recrear las condiciones políticas y económicas que permitan distribuir el poder y la riqueza, pero al mismo tiempo crear nuevas empresas e industrias, nuevos mercados, nuevas oportunidades de empleo, y por ende se requiere un cambio en la estructura política del partido del Estado en donde predominan los sectores sobre las regiones.

2. Se deben crear empresas paramunicipales, toda vez que vendrán a resolver problemas del empleo, comercialización de productos y por ende fortalecerán al municipio libre, se recomienda ampliamente la generación de agroindustrias.

3. Los congresos locales deberán legislar sobre las reformas constitucionales y adecuar sus leyes estatales para el fortalecimiento financiero del ayuntamiento a través de la empresa paramunicipal.

4. Se deberán determinar políticas estatales claras para el buen desarrollo de empresas paramunicipales, así como lineamientos organizacionales.

5. La empresa paramunicipal deberá contar con sus propias políticas a seguir conforme a sus objetivos internos, que a su vez deberán estar acordes a los lineamientos estatales en este rubro.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa 1983.

CUMMINGS, THOMAS y S. MOLLOY, EDMOND: *Improving Productivity and the Quality of Work Life*, Editorial Praeger, Special Studies, New York 1977.

DEAL, TERRENCE y KENNEDY, ALLAN: *Corporate Cultures*, the Rites and Rituals of Corporate Life, Editorial Addison-Wesley Publishing Company, London 1982.

FLORES, CIPRIANO: *La Administración Capitalista del Trabajo*, Editorial UNAM, 1981.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Editorial Porrúa, S.A., 1983.

OUCHI, WILLIAM: *Teoría Z, cómo pueden las empresas hacer frente al desafío japonés*, Fondo Educativo Interamericano, S.A., 1982.

PASCALE, RICHARD y ATHOS, ANTHONY G.: *The Art of Japanese Management*, Simon and Schuster, New York, 1981.

Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988, Poder Ejecutivo Federal.

RAMÍREZ DE LA O., ROGELIO: *De la Improvisación al Fracaso*, Centro de Ecodesarrollo, Ediciones Océano, S.A., 1983.

TELLO, CARLOS y CORDERA ROLANDO: *México, La Disputa por la Nación; Perspectivas y Opciones del Desarrollo*, Editorial Siglo Veintiuno, Tercera Edición, 1981.

LA RACIONALIZACION DE NORMAS Y PROCEDIMIENTOS EN EL SECTOR SALUD

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

La adición del párrafo tercero del artículo 4o. de la Constitución Política, que consagra el derecho a la protección de la salud, amplía el espectro de las garantías sociales que propenden al desarrollo integral del hombre y de la sociedad.

El gran objetivo en materia de salud de la presente administración es, precisamente el de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, en términos de ampliación de la cobertura y mejoramiento de la calidad de los servicios.

Lograr que todos los mexicanos tengan acceso a servicios de salud de calidad homogénea, conlleva el serio compromiso de mejorar integralmente la organización y funcionamiento de los mismos.

Teniendo en cuenta que la integración y desarrollo del Sistema Nacional de Salud es uno de los compromisos prioritarios del Gobierno Federal, se plantea la inmediata necesidad de crear las condiciones aptas para su consolidación.

La consecuencia inmediata es la reorganización de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, para fortalecer sus estructuras y funciones normativas, acentuando su carácter de dependencia coordinadora del sector salud, con las atribuciones, organización y responsabilidades que faciliten la regulación y control de los servicios de salud en el país.

Esta actividad se inscribe en la estrategia de modernización, tendiente a mejorar y democratizar el funcionamiento del aparato público, a dar un uso más racional a sus recursos y a habilitarle para prestar un más eficaz servicio.

La modernización de la Secretaría de Salubridad y Asistencia deberá ser congruente con el Programa de Modernización Administrativa del Gobierno Federal e impulsar los procesos de sectorización, desconcentración y descentralización de la Administración Pública Federal, para apoyar los principios fundamentales de la filosofía política del sistema.

Los fundamentos y modalidades operativas del proceso de modernización a nivel de la Administración Pública Federal, así como su significación en el contexto de la vida nacional, fueron precisa y claramente expuestos en este foro por el Lic. José Francisco Ruiz Massieu. Retomando de su ponencia los principios fundamentales para enfocarlos específicamente al sector

salud, procuraré describir cómo se concibe y se lleva a cabo la modernización en la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

Asimismo, me permitiré exponer algunas ideas, que si bien tienen carácter general, considero oportuno incluir para enmarcar más cabalmente el análisis del proceso de modernización en esta Secretaría.

Uno de los principios fundamentales del mejoramiento del servicio público, es la simplificación de los procedimientos administrativos que correspondan a las gestiones y solicitudes de los particulares.

Constituye expectativa legítima del ciudadano que la administración pública actúe en forma eficaz y expedita en la prestación de los servicios que la población requiere, y que han sido confiados a la competencia de la primera.

No podrán ser debidamente satisfechas las necesidades sociales, si se obstaculiza la acción de los particulares con requisiciones y procedimientos disfuncionales, en algunos casos tanto para el ciudadano que acude al poder público en solicitud de un servicio como para la propia administración que lo presta.

En la medida en que el Estado asume un papel activo, protagonista en la creación y conservación de condiciones para que se hagan efectivas las garantías sociales reconocidas, incrementa su intervención en la regulación de los procesos económicos, políticos, culturales, sociales y administrativos, en función de la complejidad de la propia sociedad.

El Estado pasa así de ser un mero administrador de los intereses públicos a constituirse en regulador y rector, con el objetivo de lograr un desarrollo nacional equilibrado y pacífico, que refuerce y mantenga la convivencia social armónica.

La expansión de las funciones reguladoras del Estado, con los beneficios evidentes que reporta a la sociedad, tiende, sin embargo a una desviación contraproducente a la dinámica del desarrollo, al traducirse en una compleja red de reglamentaciones, requisitos, mecanismos y trámites que terminan obstaculizando la actividad productiva y aún el accionar del propio Estado.

Esta situación conlleva a rendimientos decrecientes y, en algunos casos, hasta negativos en función de los objetivos perseguidos.

El exceso de regulación puede provocar, en definitiva, un abismo entre el Estado y la sociedad gobernada, en la medida en que frustre la iniciativa, desaliente y desanime al particular, con la consiguiente pérdida de confianza y credibilidad para el aparato estatal y la desmoralización de los propios servidores públicos.

Los obstáculos a las legítimas aspiraciones de los ciudadanos conducen a desviaciones de conducta, por el camino de la especulación y de la corrupción. El exceso de regulación hace que el Estado disminuya su capacidad de control efectivo.

Si la regulación en sí misma es imprescindible para conducir el complejo proceso del desarrollo nacional, su exceso distorsiona los objetivos, hasta el punto de desnaturalizarlos.

El ciudadano debe conocer, con claridad y precisión, cuáles son sus derechos y ante quién puede exigirlos; por su parte, el servidor público debe tener perfecta conciencia de la naturaleza de su función, de a quién sirve y para qué, y cómo debe cumplir con sus responsabilidades.

También es necesario evitar que tanto el particular como el servidor público se sientan impotentes frente a una maquinaria que los supera y los condiciona.

La estrategia de renovación moral y de descentralización de la vida nacional, confluyen en la necesidad de un proceso de desburocratización o de desregulación, que integran la otra gran estrategia de modernización, tendiente por un lado a eliminar el exceso de regulación, devolviendo al Estado y a la sociedad su capacidad real y efectiva, y por otro, a detectar los aspectos particulares de insuficiencia de regulación. Ambas vertientes conducen al desarrollo armónico deseado.

La desburocratización o desregulación implican la eliminación de reglas y normas innecesarias o reiterativas que entorpecen el proceso administrativo y originan la aparición de conductas inconvenientes en los servidores públicos; la simplificación y transparencia de trámites; la eliminación del carácter personal y particular de las decisiones, con su influencia arbitraria en los actos de gobierno; la eliminación, dentro de la organización administrativa, de los niveles y de las unidades cuya existencia no esté plenamente justificada en función del servicio que prestan.

Obviamente, la desburocratización y la desregulación no son un fin en sí mismas, sino que deben responder a los objetivos superiores de las políticas, estrategias, planes y programas que el Estado impulsa en beneficio de la sociedad en general.

La Secretaría de Salubridad y Asistencia ha venido determinando las bases para la instrumentación del Programa de Modernización Administrativa de la dependencia, en coordinación con la unidad de Modernización de la Administración Pública de la Secretaría de Programación y Presupuesto. El desarrollo de este Programa requiere, asimismo, del apoyo y orientación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, especialmente en el ámbito de control y evaluación.

En primer lugar, se ha planteado la necesidad de instrumentar la normatividad que regule y oriente el desarrollo del Programa de Modernización Administrativa para la organización y administración integral de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, con el objeto de que sus normas, políticas, sistemas, recursos y actividades respondan a una visión de conjunto que las vincule e interrelacione, dentro de un esquema de organización funcional, que apoye el proceso de integración del sector salud y del Sistema Nacional de Salud.

La modernización y sistematización de los servicios de salud permitirá asegurar la aplicación de políticas, normas y modelos de alcance nacional; racionalizar el costo y funcionamiento de los servicios e incrementar la cobertura y eficiencia de los mismos; posibilitar el uso congruente e intensivo de los recursos; propiciar la adecuada ubicación de los servicios y favo-

recer la acción coordinada en la materia, tanto con las otras dependencias del Ejecutivo Federal, como entre la Federación, los estados y los municipios y respecto de las que realicen los sectores social y privado.

Se parte de la certeza de que el proceso institucional de la Secretaría de Salubridad y Asistencia exige la instrumentación de políticas y normas de organización tendientes a abatir la duplicidad, la desarticulación, el desperdicio, las omisiones y las deficiencias, para el óptimo aprovechamiento de los recursos afectos al funcionamiento de la dependencia.

La experiencia indica que el elevado número y la heterogeneidad de los procedimientos a través de los cuales la Secretaría de Salubridad y Asistencia emite actos que afectan los derechos e intereses de los particulares, entorpecen las gestiones de éstos, y propician la ineficiencia y la corrupción.

Por su parte, la legislación sanitaria se caracteriza por la profusión de ordenamientos y la coexistencia de normas recientes con otras de larga data y dudosa vigencia. La abundancia asistemática de reglamentos y disposiciones de menor rango, junto con el uso inmoderado de la técnica de derogación tácita, dificulta el conocimiento del marco jurídico efectivamente en vigor. Además, la dispersión en el tiempo de disposiciones con contenido fundamentalmente técnico y operativo, permite dudar de su funcionalidad y posibilidades de aplicación, dado el acelerado grado de avance de la ciencia y la tecnología.

Las carencias y deficiencias valoradas o comprobadas que se vienen enunciando, aunadas a la concepción de que la modernización tiende a la mejor prestación de los servicios, y pasa necesariamente por la simplificación y racionalización de la infraestructura operativa de los mismos, constituye el marco de referencia en el que ha desarrollado y desarrolla sus actividades la Comisión de Simplificación de Procedimientos Administrativos de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, creada por Acuerdo Secretarial, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 24 de enero de 1983.

Del seno de la misma han surgido ya ideas que, en algunos casos, se plasmaron inmediatamente en instrumentos normativos. Es ejemplo de ello el Acuerdo entre la Secretaría de Salubridad y Asistencia y de Hacienda y Crédito Público, tendiente a la simplificación de trámites a las exportaciones, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 10 de junio de 1983, el cual, tomando en cuenta las necesidades nacionales en materia de obtención de divisas, así como los intereses de la industria local, en el sentido de disponer de mercados idóneos para la colocación de su producción, establece las bases y modalidades de la exportación de productos vinculados a la salud. Los criterios que inspiran dicho Acuerdo son la protección de la calidad y seguridad de los elementos que se exporten, al mismo tiempo que la simplificación, en la medida de lo posible, de los trámites y requisitos a cargo de los particulares exportadores. El objetivo principal es crear las mejores condiciones para que efectivamente se desarrolle una actividad de interés nacional, sin atentar contra los principios que inspiran el control sanitario.

Otra manifestación de los criterios que presiden la labor de la citada Comisión es el Acuerdo que establece las normas de modernización administrativa para la organización de las unidades de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 22 de junio de 1983.

Dicho Acuerdo tiene por objeto establecer las bases para que la integración de las unidades administrativas de la Secretaría de Salubridad y Asistencia sea congruente con los requerimientos y objetivos del Sistema Nacional de Planeación Democrática, del Sistema Nacional de Salud y del Programa de Modernización Administrativa de la Administración Pública Federal.

En tal virtud, dichas normas tenderán a promover los procesos de reorganización, sectorización, desconcentración y descentralización de la Administración Pública Federal, y serán la base para conformar el Manual de Organización General de la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

Algunas de las medidas consideradas en el ámbito de la Comisión ya se han plasmado operativamente en diversas áreas de la Secretaría.

En este sentido destacan los ajustes y adecuaciones llevados a cabo en materia de licencias y vigilancia sanitaria.

En el primer aspecto, se han adoptado medidas concretas que facilitan el trámite a cargo de los particulares, racionalizando al mismo tiempo la actividad propia del aparato administrativo. Son ejemplos concretos de los avances en este campo, el establecimiento de orientación a los interesados para la realización del trámite de obtención de licencia sanitaria; la agilización del trámite mismo, previa simplificación de los requisitos de su solicitud; la mecanización de las operaciones repetitivas; la adecuación del catálogo de giros; la implementación de un registro permanente y actualizado de los establecimientos sujetos a control, y la implantación de procedimientos que permitan evaluar el cumplimiento de los requisitos sanitarios. Todo ello complementado con la reorientación de los recursos existentes hacia la eficaz y eficiente atención del público.

En esta materia se prevé a corto plazo consolidar un nuevo sistema de licencias sanitarias, y poner en marcha una campaña de censo de establecimientos que deban contar con licencia sanitaria para su funcionamiento.

En materia de vigilancia sanitaria, las acciones de modernización se han encaminado a la programación de las inspecciones, dirigiéndolas prioritariamente a las actividades de mayor riesgo para la salud o como respuesta a problemas detectados o reportados; a la simplificación de los trámites que se relacionan con el Departamento de Ingeniería Sanitaria, para agilizar las demandas del público tendientes a la aprobación de planos, y a la adecuación de la estructura de las áreas de inspección para la atención de los problemas prioritarios.

Las acciones proyectadas para racionalizar la vigilancia sanitaria, son las siguientes: programar campañas de inspección especiales; mecanizar las inspecciones repetitivas; llevar el seguimiento del trámite que resulte de la inspección mediante un sistema computarizado; definir los criterios de dictamización de las nuevas actas de inspección; sistematizar las órdenes y

plazos que deriven de las anomalías detectadas en los establecimientos, y elaborar los procedimientos para el control de cadáveres que serán entregados a las instituciones de educación superior, con fines de investigación.

En el área de calificación se han adecuado los procedimientos del Departamento de Clausuras para agilizar los trámites de los interesados. Para los mismos efectos, se delegó la calificación de extemporaneidades en el área de licencias, bajo las normas fijadas por el área de calificación.

Asimismo, se prevé establecer un procedimiento de imposición de sanciones relativas a anomalías detectadas a través de las nuevas actas de inspección; llevar el control del trámite que resulte de la imposición de sanciones a través de equipos de cómputo, y establecer un procedimiento para la consulta y control de los expedientes de las personas que interponen recursos de inconformidad, también a través de equipos mecanizados.

Estas medidas de modernización y sistematización tienden a implantar un nuevo sistema de vigilancia sanitaria a nivel nacional, previo el establecimiento de normas técnicas para el ejercicio de las acciones respectivas. Asimismo, se prevé agilizar los procedimientos para la atención de quejas que se reciban de la ciudadanía, y reestructurar la oficina de notificaciones para agilizar la entrega de documentos a los interesados.

En el área de la Oficialía Mayor también se han adoptado medidas concretas tendientes a la modernización de los procedimientos, que conllevan mayor eficiencia en el ejercicio de sus atribuciones específicas.

La Oficialía Mayor es, por su propia naturaleza, un área de apoyo administrativo a las actividades sustantivas de la Secretaría y, en tal virtud, sus funciones resultan vinculadas a toda la estructura administrativa y operativa de la misma. Su objetivo fundamental es prestar servicios infraestructurales que permitan a las áreas sustantivas desarrollar integralmente las acciones a su cargo. En este marco, podría decirse que los principios que inspiran las actividades de la Oficialía Mayor se traducen en dos grandes objetivos: por un lado, dar eficiencia, eficacia y congruencia al sistema administrativo y por el otro, brindar apoyo a las actividades de las áreas sustantivas de la Secretaría. De estos objetivos se derivan los programas, subprogramas y acciones específicas, a cargo de las unidades administrativas que le están adscritas.

El espectro de las actividades de apoyo a cargo de la Oficialía Mayor abarca las áreas de administración, administración de personal, adquisiciones, contabilidad y administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública. La naturaleza de las funciones supone un gran volumen de actos administrativos y acciones concretas de carácter permanente, que implican toma de decisiones y asunción de responsabilidades.

Uno de los principios fundamentales para agilizar la prestación de servicios de índole administrativa, es la desconcentración de la toma de decisiones, mediante su delegación en funcionarios subalternos, lo cual garantiza efectividad y oportunidad de resultados.

La modernización administrativa de la Secretaría de Salubridad y Asistencia pasa, como hemos venido diciendo, por la dinamización de los procedimientos en función de criterios de eficiencia y eficacia.

En respuesta a este imperativo, se ha considerado conveniente instrumentar la delegación de determinadas facultades relacionadas con la ejecución y tramitación de asuntos administrativos encomendados a las áreas de la Oficialía Mayor, en funcionarios subalternos, sin perjuicio de su ejercicio directo por parte de los titulares originales.

Esta idea se ha plasmado en el Acuerdo por el que se delega en el Oficial Mayor, directores generales, directores de área y otros servidores públicos que en el mismo se identifican, el ejercicio de facultades expresamente indicadas, en materia de prestación de servicios, arrendamiento, obra pública, mantenimiento y conservación, administración del fondo revolvente, recursos humanos, adquisiciones y administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública. Todo ello con sujeción a las disposiciones aplicables, incluyendo la legislación vigente en materia de responsabilidades, así como a las autorizaciones presupuestarias correspondientes y a la observancia de los programas aprobados.

Este Acuerdo se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de febrero, y será complementado, para facilitar su operatividad, con las circulares que se consideren necesarias.

Los principios que inspiran la modernización de la Secretaría de Salubridad y Asistencia se encuentran recogidos en la Ley General de Salud, de reciente sanción, que instrumenta la sistematización de la prestación de servicios de salud, en función de las tres estrategias que inspiran la política del Gobierno Federal en la materia: sectorización, descentralización y modernización.

La Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de febrero, inicia el proceso de modernización en materia de legislación sanitaria, y por lo tanto marca el primer paso de una tarea progresiva y sistemática tendiente a dotar de un marco jurídico completo y eficaz al derecho a la protección de la salud.

De la Ley deriva la inmediata necesidad de instrumentar jurídicamente el espectro amplio y complejo de la legislación secundaria, comprensiva de reglamentos y disposiciones de menor rango que hagan posible la aplicación de la misma Ley.

Igualmente, en función de la concurrencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, se desprenden nuevas atribuciones para estas últimas, que exigen la adecuación de su marco local, para que puedan ser ejercidas con un efectivo sustento jurídico.

Pero además de la estructura general de sistematización y reordenación de la prestación de servicios de salud, y de las normas que contiene en materia de simplificación de trámites y requisitos en beneficio de los particulares interesados y de la propia administración, la Ley General de Salud consagra principios específicos de modernización administrativa, que se considera oportuno destacar.

Antes de pasar a su análisis, es preciso señalar que, junto a la burocratización o exceso de regulación que ya hemos comentado, suele presentarse un fenómeno igualmente distorsionador: el exceso de discrecionalidad.

La discrecionalidad es la facultad que el Estado otorga a un servidor público, para que, en ausencia de reglamentos, resuelva los asuntos de su competencia.

Pero la discrecionalidad no debe significar la posibilidad de decisiones abusivas, caprichosas, manipuladoras o arbitrarias que perjudique las relaciones entre la ciudadanía y la Administración Pública, sino por el contrario, debe estar al servicio del mejoramiento y la simplificación de las funciones a cargo del Estado.

Las facultades discrecionales son entendidas como aquellas que permiten realizar una apreciación libre de las condiciones y circunstancias de cada caso, para decidir si se debe obrar o abstenerse de ello, en qué momento debe hacerse y qué contenido se va a dar a la actuación respectiva.

Teniendo en cuenta que la Secretaría posee amplias facultades de autoridad, cuyo uso debe racionalizarse a fin de que las acciones en que se traducen sean más eficaces, se prevean fenómenos de corrupción y se evite inhibir las actividades legítimas de los ciudadanos, la Ley General de Salud incluye la enunciación de criterios para el ejercicio de facultades discrecionales. Este precepto carece de precedente en la legislación sanitaria.

La Ley consigna los mínimos indispensables que deben concurrir en el ejercicio de la facultad discrecional, a fin de evitar que la autoridad caiga en el extremo de que sus actos resulten arbitrarios y, por lo tanto, revista una molestia o redunde en privación, en perjuicio del gobernado, circunstancia que debe erradicarse en todo acto de gobierno.

Entre estos criterios se cuentan la debida fundamentación y motivación; la consideración de las necesidades sociales y nacionales y, en general, de los derechos a intereses de la sociedad; la evaluación de precedentes que se hayan dado en el ejercicio de las facultades específicas que van a ser usadas, de la experiencia acumulada a ese respecto, así como de otros elementos provenientes del superior jerárquico tendientes a la predictibilidad de la resolución de los funcionarios. Se incluyen también normas precisas en materia de notificación de las resoluciones adoptadas.

Los principios fundamentales que inspiran los criterios comentados son los de legalidad, supremacía del interés público sobre el particular, racionalidad y seguridad en los recaudos formales.

Por otra parte, la Ley contiene un precepto, también sin precedentes en la legislación sanitaria mexicana, por el cual se sientan las bases jurídicas y administrativas para que los actos de la autoridad sanitaria se ajusten a criterios y principios conscientes y definidos, que constituyan una garantía de recto ejercicio de las atribuciones, para beneficio y seguridad de los particulares.

La trascendencia de esta disposición está dada por su carácter de imperativo legal al que deben sujetarse los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Los principios que se incluyen son los de legalidad, a fin de sujetar el acto a su fundamento jurídico; imparcialidad, consistente en actuar objetivamente, evitando preferencias o consideraciones personales; eficiencia, es decir, correlación con los supuestos de acción; economía, entendida como administración programada, recta y prudente de los recursos; probidad, consustanciada con la honestidad e integridad del funcionario; participación, como democratización de la toma de decisiones; publicidad, vinculada al principio de transparencia de la gestión; coordinación, consistente en la conjunción de voluntades para alcanzar un objetivo común; eficacia, entendida como correlación entre la acción y el fin perseguido; jerarquía, como disciplina en función de los niveles de responsabilidad en la toma de decisiones, y buena fe, a partir del leal saber y entender del servidor público.

Para completar el proceso de modernización, la desregulación y el establecimiento de límites al ejercicio de facultades discrecionales debe ser apoyado con medidas colaterales, tales como la capacitación, el estímulo en función de la entrega, eficacia y eficiencia en la prestación del servicio, las promociones, las adecuaciones escalafonarias y otras acciones de similar naturaleza que coadyuven a fortalecer al funcionario que cumple efectivamente con las funciones que le fueron asignadas y a desarrollar su conciencia de servidor público.

¿ES LA CONTRALORIA GENERAL DE LA FEDERACION UN OMBUDSMAN ADMINISTRATIVO?

GERARDO MATA ALVAREZ

En la tradición jurídica de las naciones, siempre han existido mecanismos e instituciones que han vigilado la conducta del Soberano e intentado ejercer un verdadero y efectivo control sobre sus actividades. Estas instituciones creadas y reglamentadas en diversas épocas, han tenido por lo general, una vida efímera. Por ello es pertinente mencionar aquí, la institución del Ombudsman, la cual lleva más de siglo y medio de existencia. Es una institución que con el transcurso del tiempo, se perfecciona más en áreas de aplicación como son: el comercio, la prensa, las universidades, el ejército, etc., etc. Existe un aspecto que identifica al Ombudsman y a la Contraloría General de la Federación en nuestra patria, y es el que ambas realizan labor de investigación.

El Ombudsman es una institución que data de fines del siglo XVI y surge en Suecia con el propósito de mantener informado al monarca en su ausencia, de las actividades que desarrolla su gabinete. Su actividad fue en un principio, la de informador, más adelante, se le otorga la facultad de denunciar y posteriormente, se le confieren funciones de asesor legal del Parlamento en la expedición de las leyes. Es de observarse, que durante el tiempo que ha operado, nunca se le han conferido facultades ejecutivas como las de variar, modificar o revocar los actos de las autoridades que investiga, siendo éste el principal aspecto que permite diferenciarlo de otras instituciones análogas, incluyendo aquellas del país en que surgió, tales como el Canciller de Justicia y Autoridades Judiciales.

Los rasgos característicos del Ombudsman Clásico o Parlamentario, en opinión de Donald C. Rowat son: "1. El Ombudsman es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la Legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila a la administración; 2. Se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y los errores administrativos, y 3. Tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas".

Las atribuciones arriba citadas, nos permiten identificar al auténtico Ombudsman Parlamentario, sin embargo, puede catalogarse éste como Administrativo, cuando es representante del Ejecutivo, de quien dimana su nombramiento; su actuación se encamina a atender quejas específicas del

público contra injusticias y errores administrativos; tiene poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas. Los tratadistas que se han avocado al estudio de esta institución, aseveran que la cuestión de determinar a un Ombudsman no está influenciada por el nombre que recibe o la manera en que está organizado internamente, sino tan sólo, que exista identificación en la finalidad que persigue y sobre todo, su carencia de fuerza ejecutiva, para ser calificado como tal.

Después de la segunda guerra mundial, surgen en la mayoría de los países europeos, instituciones que reciben diversas denominaciones de acuerdo a la tradición de los pueblos que la asimilan, como son los casos del Mediateur en Francia, el Ombudsman Militar en Alemania Federal, el Comisionado Parlamentario en el Reino Unido, la Prokuratura en la Unión Soviética y más recientemente el Abogado del Pueblo en España; de todo lo cual se colige, la importancia que ha adquirido esta institución, lo que ha sucitado, que destacados tratadistas como el maestro Fix Zamudio, señalen su universalidad por trascender más allá de los sistemas jurídicos y políticos que lo adoptan.

Congruente con nuestra tradición jurídica, en México localizamos diversas instituciones que a lo largo de nuestra historia realizan la tarea de controlar la actividad del gobernante, tales son: los Juicios de Residencia y de visitas durante la época colonial, el Procurador de los Pobres en la época independiente, poco después el juicio de Garantías, el Ministerio de Justicia durante el Porfiriato, la Contraloría de la Nación, la Contaduría Mayor de Hacienda dependiente de la Cámara de Diputados, que lleva el control del gasto público, etc. Instituciones todas que han contribuido a la fiscalización de la actividad pública del Estado.

El Ombudsman Administrativo, tiene como aspectos esenciales: 1o. Recibir quejas del público contra actos de autoridad que sean injustos o bien por errores administrativos que causen daño a la persona del quejoso; 2o. investigar tales actos, y 3o. Conminar a la autoridad responsable en su caso, para que actúe dentro del límite de sus competencias. Esta actuación constituye un complemento a los medios de defensa de los particulares frente a la administración y es a la vez, un medio de control de la actividad del gobernante a fin de hacer valer el principio de legalidad dentro del estado de derecho.

Secretaría de la Contraloría General de la Federación

Con fecha 29 de diciembre de 1982, se publicaron en el *Diario Oficial* de la Federación las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, entre ellas, la que contiene la adición del artículo 32 bis mediante la cual se reglamenta la actividad de la nueva Secretaría de la Contraloría de la Federación y cuya creación se debió en gran medida a la anunciada renovación moral de la administración pública a través de auditorías, evaluación, detección y prevención de decisiones, fijando la penalización correspondiente por faltas de los servidores públicos, con objeto de elevar la eficiencia

de la administración pública federal, según reza la Exposición de Motivos de las reformas a la citada Ley. La tarea a desarrollar por la nueva Secretaría comprendía anteriormente a varias dependencias del Ejecutivo Federal, como se deduce de los departamentos de diversas Secretarías de Estado, que pasaron a integrar la Secretaría de la Contraloría con su personal, presupuesto, mobiliario, vehículos, instrumentos, aparatos, maquinaria, archivo y en general, el equipo que esas dependencias utilizaban para la atención de sus atribuciones.

Visto lo anterior, la constitución de la Contraloría General de la Federación, se integra por las dependencias siguientes:

I. Presidencia de la República; Coordinación General del Sistema de Evaluación.

II. Secretaría de Hacienda y Crédito Público; Dirección General de Fondos y Valores y Departamento de Auditoría Externa de Instituciones Nacionales de Crédito de la Dirección General de Crédito Público.

III. Secretaría de Programación y Presupuesto; Dirección General de Control y Auditoría Gubernamental de la Dirección de Supervisión de la Dirección General de Contratos y Obras de la Subdirección de Responsabilidades de la Dirección General de Contabilidad Gubernamental.

IV. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; Departamento de Supervisión de Sistemas de Inspección de la Dirección General de Normas sobre Adquisiciones y Almacenes y del Departamento de Inspección Preventiva de la Dirección General de Bienes Muebles.

V. Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología; Subdirección de Control y Supervisión de la Dirección General de Control de Zona Federal y de la Coordinación de Unidades Descentralizadas de Control de Bienes Inmuebles de la Dirección General de Control de Bienes Inmuebles.

VI. Procuraduría General de la República; Oficina de Registro de Manifestaciones de Bienes.

VII. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; Oficina de Registro de Manifestaciones de Bienes.

La Secretaría de la Contraloría tiene como responsabilidad fundamental, consolidar la confianza que el Estado deposita en los servidores públicos, de igual modo, apoya a la Procuraduría de la República en la investigación de los delitos de orden federal detectados por la propia dependencia, vigila el cumplimiento de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y a la vez, practica investigaciones y auditorías conforme lo dispone el citado Ordenamiento en relación a la situación patrimonial de los servidores públicos.

Respecto al Poder Legislativo, la nueva Secretaría se coordina con la Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados, la que lleva al cabo el estudio de la cuenta pública del año anterior y determina la exactitud de los egresos anuales efectuados por las diversas dependencias gubernamentales y en caso de discrepancia entre las cantidades y las partidas respectivas del presupuesto, o si no existe exactitud o justificación en los gastos realizados, lo pone de manifiesto ante la Procuraduría General de la Repú-

blica, a fin de que ésta proceda a deslindar responsabilidades de acuerdo con la Ley y en su caso, iniciar el proceso político respectivo.

Igualmente, la Contraloría tiene facultades para sugerir normas a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, el control y fiscalización de las entidades financieras, opinar sobre proyectos de normas en materia de contratación de deudas y en el manejo de fondos y valores que formula la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La relación que guarda la Contraloría con los gobiernos estatales y municipales, es la de fiscalizar y evaluar el uso de los fondos federales en programas de inversión coordinados con esas autoridades.

La Secretaría goza también de atribuciones de control, vigilancia, fiscalización y evaluación en las tareas de la administración pública federal, con facultades para expedir las normas necesarias y obtener así los informes, datos y cooperación técnica, que deben darse entre las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos. Su actuación la efectúa conforme a la organización interna, dentro de la cual existen: dos Subsecretarías, una Coordinación General de Comisiones y Delegados de Contraloría en el Sector Público, una Oficialía Mayor, una Contraloría Interna, la cual está a cargo de un funcionario denominado Contralor Interno, quien es designado por el Presidente de la República y sólo es responsable ante él, doce Direcciones, así como Unidades Subalternas y Delegaciones Estatales o Regionales.

La constitución orgánica de la Secretaría, asimila varias dependencias de algunas Secretarías de Estado y realiza el control y fiscalización de la actividad pública administrativa. Estas atribuciones que se le han otorgado y la forma en que desempeña sus actuaciones, nos permite descubrir deficiencias a las cuales nos referiremos brevemente.

Las funciones encomendadas a la Secretaría de la Contraloría, son consecuencia de la voluntad de la actual administración, de agrupar en una sola dependencia los medios de control, mediante la revisión constante de los procedimientos y prácticas de fiscalización ya existentes en el ámbito de la administración con el propósito de que ésta prosiga su labor en una constante transformación.

Asimismo, la Contraloría, ejerce una labor de control a nivel federal de la administración pública centralizada y paraestatal, mediante la planeación, organización de un sistema de vigilancia y evaluación gubernamental, apoyándose en las funciones a su cargo con el propósito de elevar la eficacia de la administración.

La relación que guarda la Contraloría General de la Federación con el Ombudsman Clásico, se evidencia en la labor de investigación que efectúan ambas, misma que es amplia o restringida según el caso, esto quiere decir, que la Contraloría posee atribuciones de vigilancia del gasto público federal y su congruencia con el presupuesto de egresos, en tanto que la función de la institución escandinava queda excluida de este renglón en virtud de que es competencia directa del Parlamento. De igual manera, los diferentes Ombudsman que han surgido recientemente, actúan en campos en los que la

Contraloría no interviene, como por ejempo, en la prensa, comercio, industria y el ejército.

Dentro de los aspectos que cabe puntualizar, está la de atender las quejas del público contra injusticias y errores administrativos, tal y como se presenta en el Ombudsman Parlamentario, desafortunadamente, la Contraloría no contempla dentro de sus funciones esa circunstancia, porque su tarea es la de expedir normas que regulen el funcionamiento de los instrumentos y procedimientos de control de la administración pública federal (Artículo 32 bis L.O.A.P.F) y en su caso determinar las bases sobre las que las instancias del público serán atendidas y resueltas con eficiencia (Artículo 49 párrafo 2 L.F.R.S.P.) teniendo tan sólo como atribución la 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 (Artículo 32 bis Fracc. XVI de L.O.A.P.F.).

De lo anterior se concluye, que la función de recibir quejas directas del público contra actos de autoridad, no es función primordial de la Contraloría.

Debe enfatizarse la importancia que reviste la atención que se presta a las quejas presentadas por los particulares, al denunciar el incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, las que por desgracia, no llegan a prosperar en la mayoría de las veces al no existir los medios adecuados para su solución.

El artículo 49, parte primera, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, determina:

> "En las dependencias y entidades de la administración pública se establecerán unidades específicas a las que el público tendrá fácil acceso, para que cualquier interesado pueda presentar quejas y denuncias por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, con las que se iniciará, en su caso, el procedimiento disciplinario correspondiente".

En complemento al artículo transcrito, el primer párrafo del artículo 50 del mismo Ordenamiento, establece:

> "La Secretaría (Contraloría General de la Federación) el superior jerárquico y todos los servidores públicos tienen la obligación de respetar y hacer respetar el derecho a la formulación de las quejas y denuncias a las que se refiere el artículo anterior y de evitar que con motivo de éstas se causen molestias indebidas al quejoso."

Los preceptos arriba transcritos, determinan la posibilidad de acudir a las dependencias y entidades de la administración a presentar quejas y denuncias por incumplimiento de las funciones de los servidores públicos y la obligación de éstos de respetar el derecho de petición, en la formulación de las quejas y denuncias presentadas, siendo tarea de la Contraloría el determinar las normas y procedimientos a fin de que las instancias del público sean debidamente atendidas.

Respecto a las denuncias presentadas y a la acción que inicia el procedimiento en un juicio político, la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* de 28 de diciembre de 1982, título IV, previene en el artículo 109, párrafo cuarto, inciso tercero, lo siguiente: "Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo".

En iguales términos se expresa el artículo 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, pero a pesar de ello la acción de los particulares en relación a los preceptos enunciados, se ve frustrada en múltiples casos, y para que la acción prospere es preciso allegarse los medios de prueba necesarios, complicándose esta situación cuando dichas probanzas obran en oficinas y archivos públicos y los encargados de los mismos, se niegan a proporcionarlos so pretexto de ser confidenciales o secretos, y en el mejor de los casos se obtienen después de un tiempo relativamente largo, tras lentos trámites burocráticos, llevando con ello, el consiguiente desaliento y desconsuelo de quien ejercita la acción respectiva. Por eso es conveniente que la Contraloría facilite el acceso a informes, datos y cooperación que sea necesaria a quien lo solicite. De hacerse esto, se estimulará efectivamente la conciencia cívica al denunciar anomalías dentro de la administración pública, restableciéndose así la confianza en nuestras instituciones al comprobar que éstas actúan eficazmente en favor de la sociedad.

Sería deseable, que la Contraloría, además de las funciones que le han sido otorgadas con una facultad conminatoria para llamar la atención de la autoridad denunciada y lograra que ésta actuara dentro de un marco de legalidad.

Consideraciones

La Contraloría y el Ombudsman Clásico, se identifican en cuanto ambas ejercen un control y fiscalización de la actividad pública administrativa, las dos son designadas por los poderes federales Ejecutivo y Legislativo respectivamente, sin embargo la autonomía de la Contraloría está limitada por la Ley, reglamento, decreto, acuerdos y órdenes del Presidente de la República de quién directamente depende, en tanto que la actuación del Ombudsman es más independiente por cuanto que guía su actuación libremente dentro de facultades previamente establecidas. Dichas instituciones tienen la obligación de rendir su informe anual de sus actividades al órgano del cual dimana su designación y en el caso de la Contraloría, directamente del Ejecutivo Federal (Artículo 32 bis fracc. XIV L.O.A.P.F.), mismas que desarrollan también, actos de investigación, auditoría, sugieren y coordinan pero no tienen facultad de revisar, modificar o alterar las decisiones de las autoridades que investigan, no obstante, la Contraloría puede imponer sanciones (artículo 52 de la L.F.R.S.P.).

Podemos considerar que la Contraloría reúne los rasgos característicos de un Ombudsman Administrativo, a pesar de las diferencias apuntadas, en el entendido de que ella no está inspirada en la institución escandinava, atento a que en nuestra tradición jurídica han existido mecanismos de control análogos, ello mismo podemos expresar de la Procuraduría Federal del Consumidor, la cual reviste todas las características de un Ombudsman del Consumidor, "cuyos antecedentes inmediatos, aun cuando no necesariamente tomados como modelos, se encuentran —según el maestro Fix-Zamudio— en las leyes de protección y defensa del consumidor, expedidas en Venezuela (5 de agosto de 1974) y en Costa Rica (28 de febrero de 1975) respectivamente".

Alternativas de Control en nuestro Sistema Jurídico

A últimas fechas la actividad pública administrativa ha crecido considerablemente y su campo de acción es cada día mayor, abarcando ya casi todos los aspectos de la actividad de las personas. La fuerza del Ejecutivo frente a los dos poderes restantes se ha incrementado de tal manera, que la fórmula de Montesquieu ha quedado rebasada. Es de lamentar que los poderes Legislativo y Judicial hayan renunciado a sus facultades constitucionales, que de ejercerlas, fortalecerían su posición frente al Ejecutivo; a tal efecto citamos el caso de las facultades de investigación que posee la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contempladas en el artículo 97 de nuestra Carta Magna, por el que se faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que lleve a cabo la averiguación de "la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual." Esta última posibilidad cobra más importancia si observamos que los medios de defensa de los particulares resultan insuficientes, incluyendo el juicio de garantías, al que de acuerdo con el principio de relatividad que lo norma, sólo protege a aquel que lo invoca y deja desprotegidos a buen número de personas que por carecer de conocimientos y recursos económicos, se ven privados de la protección de la justicia.

Por lo que hace al poder Legislativo, sería conveniente que los Diputados como representantes del pueblo, dedicasen su tiempo a labores de gestoría dentro de la circunscripción de sus distritos en las etapas de receso del Congreso. Por otro lado, el Ejecutivo interviene en atribuciones que competen al Legislativo, como es la revisión de la cuenta pública a través de la Contaduría Mayor de Hacienda como órgano técnico de la Cámara de Diputados. Sobre este aspecto debe decirse que la reforma de 1982 a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, facultó al Ejecutivo a "Coordinarse con la Contaduría Mayor de Hacienda para el establecimiento de los procedimientos necesarios que permitan a ambos órganos el cumplimiento de sus responsabilidades" (artículo 32 bis fracc. XIII L.O.A.P.F.). Tal circunstancia se debió posiblemente, a lo remisa que ha sido la Cámara de Diputados en el cumplimiento de su deber, o bien a la escasez de recursos que le impiden cumplir con su cometido.

Lamentablemente, tanto el poder Legislativo como el Judicial, han cedido terreno en favor del Ejecutivo, convirtiendo la división de poderes en el predominio de uno solo: el Ejecutivo. A mayor abundamiento, la vigilancia que debían ejercer la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Cámara de Diputados se ha convertido en algo puramente teórico.

A la luz de lo que sucede, procede buscar soluciones que permitan el fortalecimiento de las instituciones jurídicas por medio de la acción directa de los particulares.

El Ombudsman Parlamentario, fue instituido entre otras cosa, para que vigilara el cumplimiento de las leyes expedidas por el Parlamento, aspecto fortalecido por la intervención del público para denunciar irregularidades y arbitrariedades de los servidores públicos dentro de la administración. En nuestro país es de suma importancia la formulación de denuncias y su cauce, situación que estimula la conciencia cívica, permite controlar efectivamente la actividad del gobernante, y logra con ello una eficiente administración de justicia; aspectos que se ven reforzados con la acción directa de la Contraloría la cual garantiza la tranquilidad del denunciante; a pesar de esto último, recientemente se han suscitado acontecimientos que han inquietado a la opinión pública y a los cuales nos referiremos a continuación:

Tres oficiales de policía denunciaron la conducta de sus superiores, que les exigían cierta cantidad de dinero por cada día de trabajo. Esta acusación llegó a oídos del Presidente de la República, quien ordenó a la Contraloría realizara las averiguaciones correspondientes y comprobados los cargos, fueron consignados los jefes responsables ante el Ministerio Público. El epílogo de esta denuncia fue, que los policías denunciantes fueran removidos de sus puestos para ser incorporados a la sección de granaderos, sin que la Contraloría haya intervenido en forma alguna para garantizar la seguridad de los mismos. Otro caso similar, fue el que se presentó en el Instituto Nacional Indigenista, donde siete funcionarios denunciaron la conducta del director del organismo por ciertas compras irregulares que hacían presumir la existencia de un fraude; al no encontrar respuesta a su acusación, acudieron a la Contraloría, quien investigó el asunto quedando acreditados los cargos contra el director del instituto, siendo éste consignado ante el Ministerio Público. El resultado fue que los acusadores quedaron despedidos de sus empleos sin que la Contraloría interviniera un forma alguna para evitar tal arbitrariedad.

Los dos casos citados nos dan una idea de la relevancia que tiene la intervención de los particulares en la denuncia de conductas e irregularidades dentro de la administración, pero al mismo tiempo, nos demuestran lo nugatorias que resultan por falta de garantías a quien ejerce ese derecho, todo lo cual frustra y retrasa la vigencia de una auténtica renovación moral.

Secretaría de Justicia

En nuestra patria se han sugerido reformas dentro de la organización del poder Ejecutivo, tendientes a lograr el mejoramiento en la administración

de justicia, tal es el caso de la "Secretaría de Justicia" en que hace poco más de veinte años, la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, por resolución adoptada en la Asamblea General Ordinaria, celebrada el día 1º de marzo de 1961, acordó solicitar a las autoridades competentes, el establecimiento de una Secretaría de Justicia, con objeto de que el Ejecutivo Federal fincara responsabilidades administrativas y con respeto absoluto a la independencia y libertad de criterio de los juzgadores se obtuviera con ello una mejor actuación de la administración pública.

Como resultado de la mala administración de justicia a que hicieron mención los destacados barristas, señores licenciados Antonio Martínez Báez, Eugenio Ramos Biderbeck y Ricardo Couto, a través de ensayos realizados por los mismos, el Colegio de Abogados pugnó por una Secretaría de Justicia, destacando como función principal, la responsabilidad consciente y efectiva de los servidores públicos, sobre todo en lo relativo a la impartición de la justicia que coadyuvara a la realización de la paz social y prosperidad de la nación.

Los antecedentes del Ministerio de Justicia, los encontramos en el régimen de Porfirio Díaz, durante el cual dicha institución existió bajo el nombre de "Secretaría de Justicia", misma que fue suprimida al entrar en vigor la actual Constitución de 1917. Los motivos esgrimidos por los constituyentes para suprimirla, fueron entre otros, el considerar que el citado Ministerio, constituía un instrumento más con que contaba el Dictador y sus agraciados para influir en los fallos de las autoridades judiciales. A favor del restablecimiento de la Secretaría de Justicia y después de aclarar las razones por la que se suprimió, el licenciado Ricardo Couto afirma: "En estas circunstancias resulta pueril pensar, que la Secretaría de Justicia que hoy se creara, fuera reflejo de la que funcionó en la época de Díaz; ésta fue el órgano de un gobierno dictatorial; aquélla sería de un gobierno democrático".

Las atribuciones que corresponderían a la propuesta Secretaría, en opinión de los honorables barristas que así lo sugirieron a principios de la década de los sesentas, se encontraban dispersas entre las diversas dependencias del ejecutivo de ese entonces, según se desprende de la lectura de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 23 de diciembre de 1958. Más tarde al ser abrogada por la actual Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de diciembre de 1976, se asignaron básicamente a la Secretaría de Gobernación, Secretaría de Educación Publica, Secretaría de Programación y Presupuesto y Procuraduría General de la República.

Las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de diciembre de 1982, por las que se creó y reglamentó la actividad de la Contraloría General de la Federación, vinieron a precisar y concentrar los medios de control con que cuenta el Ejecutivo Federal respecto a la marcha de la administración, dejando a salvo las que se le asignan al Poder Judicial en su funcionamiento interno (artículo 97 Constitucional).

Dirección de Quejas de la Presidencia de la República

Es una dependencia directamente subordinada al Presidente de la República, quien por conducto de su Secretario particular, recibe las quejas del público contra actos de autoridades, cuando éstas no han atendido debidamente los requerimientos de los interesados. Es nuestro personal punto de vista, que esta dependencia reúne todas las características de un verdadero Ombudsman Administrativo, porque investiga, efectúa visitas a autoridades, informa y conmina a las denunciadas a que cumplan con su deber en el campo de sus atribuciones. Por razones de índole diversa no se ha promovido lo relativo a su presupuesto y base administrativa. Es de fijar la atención que las personas que acuden a esta Dirección, lo hacen pensando en que es el Presidente el que va a oírlos y solucionar sus problemas, como una reminiscencia quizás, de la figura paternalista que tenemos la mayoría de los mexicanos.

Conclusiones

Consideramos que los diversos medios de control que existen en el sistema jurídico de nuestro país, incluidos los que constitucionalmente corresponden a los poderes Legislativo y Judicial, tienen su complemento en la actuación de los particulares al denunciar las irregularidades que se manifiestan dentro de la administración y constituyen en este aspecto, un medio de apoyo de la Contraloría para hacer de su función un verdadero Ombudsman Administrativo.

BIBLIOGRAFIA

ARTEAGA NAVA, ELISUR; *Las Grandes Innovaciones del Derecho Administrativo;* México, 1983.
CASTRO, JUVENTINO V., *El Ombudsman y el Sistema Constitucional Mexicano;* México, 1977.
COUTO, RICARDO; *Sobre la Imperiosa Necesidad de Reinstaurar la Secretaría de Justicia;* México, 1963.
FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR; *Reflexiones Comparativas sobre el "OMBUDSMAN"*, sobretiro de la memoria del Colegio Nacional, tomo IX, México, 1979.
ROWAT, DONALD C., *El Ombudsman. El defensor del ciudadano;* México, 1973.

UN ASPECTO DEL ORDEN JURIDICO ADMINISTRATIVO FEDERAL MEXICANO EN LOS UMBRALES DEL SIGLO XXI: EL EXCESO DE REGULACIONES

MAURICIO OROPEZA Y SEGURA

"Las leyes colocan la seguridad de todos por encima de la seguridad de uno". Cicerón

Cuando solamente faltan 17 años para que se produzca el cambio de siglo, es útil reflexionar en cuál es el panorama general del derecho mexicano —desde el punto de vista de los dispositivos en materia administrativa vigentes—, con el propósito de hacer un inventario cualitativo realista y crítica serena y constructiva de la situación que priva en esta materia.

El advenimiento de la nueva centuria promete una serie de cambios radicales en los órdenes cultural, educativo y no se diga en el tecnológico y en lo que se refiere a las ciencias exactas y naturales.

Casi se puede decir que hemos perdido nuestra capacidad de asombro, ante acontecimientos reales que se producen cotidianamente y que parecen inverosímiles.

En relación con la ciencia del derecho, que a la vez es técnica y es arte, es mi convicción que requiere ser modernizada y puesta en la realidad de la época, el Derecho no puede, no debe, rezagarse, es necesario que quienes profesamos la abogacía en México nos aboquemos ¡ya! al análisis de la problemática que en la realidad plantea nuestro orden normativo, con el ánimo de depurarlo, de mejorarlo, en fin, de hacerlo más justo, en tanto que sirva a la sociedad como instrumento de armonía para su desarrollo pacífico.

Reiteramos que el propósito de este trabajo es hacer el inventario jurídico de lo existente en materia administrativa en 1983 y crítica serena, con fines constructivos para el porvenir.

La libertad individual consiste en hacer lo que uno quiera, siempre y cuando no se incurra en lo prohibido y se cumpla con lo ordenado por la Ley.

Por su parte, la libertad de actuación de los gobernantes, de los agentes de la autoridad, debe constreñirse a realizar, única y exclusivamente aquellos actos para cuya realización están expresamente facultados por la Ley.

Expresado en forma simple, el Estado de Derecho es aquel en que tanto gobernantes como gobernados, "saben a qué atenerse". Porque sobre de ellos priva el imperio del orden normativo.

En un Estado sin Derecho se daría un simple fenómeno de fuerza por parte de quienes detentan el poder. Un derecho sin el Estado, se convertiría en una utopía, carente de realidad, ya que la estructura jurídica por perfecta que fuera, carecería de la coacción que garantizará su efectividad.

En México, por tratarse de un orden jurídico de derecho escrito, la principal fuente del Estado de Derecho es la Constitución, la Ley, los Tratados Internacionales y demás dispositivos secundarios que de ellos emanan.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma suprema del Estado Mexicano, en ella se consagran los principios rectores de la organización estatal, dice: Quiénes integran el pueblo del Estado; en quién radica la soberanía; cuál es su forma de gobierno; cómo se organizan y dividen los órganos del poder; y, además contiene los derechos individuales y sociales fundamentales de los gobernados y garantiza la forma de hacerlos valer.

Desde otro punto de vista, la Constitución contiene las limitaciones a la acción del poder público y es norma fundamental de la cual derivan los demás dispositivos jurídicos.

En vigor a partir de 1917, la Carta de Querétaro ha sido objeto de múltiples reformas, estudios y debates. Sin embargo, es indudable que, con sus aciertos y sus errores, México ha consolidado con base en ella la más prolongada etapa de estabilidad política y social de su historia.

Estabilidad política y social, verdaderamente excepcional en un mundo convulso como es en el que nos ha tocado vivir, sería difícil enumerar las múltiples guerras intestinas, independentistas y regionales, además, de la gran conflagración mundial, que han azotado a la humanidad desde 1917, fecha en que entró en vigor el Código Político Mexicano, lo cual contrasta con la paz que durante el lapso ha existido en México.

Rígida en teoría, la Carta Magna de 1917, ha resultado ser demasiado flexible en la práctica, algunas de las reformas y adiciones han sido producto de las necesidades de la realidad social. Pero, se debe admitir, otras modificaciones al texto constitucional, han sido irrelevantes, innecesarias o francamente desafortunadas.

Sobre este particular, hoy más que nunca tenemos la convicción de que las reformas a la Constitución deben producirse previos estudios a fondo de la realidad social y estar apoyadas en buena técnica jurídica.

Algunos principios jurídico-políticos, por ejemplo, la no reelección del Ejecutivo, se encuentran tan arraigados en la conciencia cívica de los mexicanos que consideramos no deben variar.

Después de cruentas luchas en el siglo inmediato pasado, en México, se ha consolidado un peculiar federalismo.

Decimos peculiar federalismo, en virtud de que en la realidad es innegable la preponderancia de los órganos federales —especialmente del Ejecutivo— en la vida jurídico, política y económica del país y, por otra parte, desde el punto de vista histórico el federalismo mexicano no tiene la sustentación que sí tuvo su modelo norteamericano.

Hemos hecho mención al sistema federal, toda vez que este estudio se encuentra encaminado al estudio del orden normativo federal mexicano en el orden administrativo de finales de siglo XX; y el hecho es que, en nuestros días, existe una concentración considerable de poder en los órganos federales, especialmente el que ejerce el Ejecutivo Federal, lo cual, en buena medida, ha sido la causa de la expansión de la Administración Pública Federal y del universo normativo que la misma aplica.

Tan es cierto lo antes afirmado, que uno de los más importantes esfuerzos que ha venido realizando el Gobierno Federal en los últimos años es descongestionar el exceso de trámites que se realizan en el Distrito Federal.

La desconcentración regional de la Federación, de que se hace mención en el párrafo que antecede es muestra clara de que la concentración de poder aun desde el punto de vista meramente geográfico, ha llegado a extremos preocupantes para la sociedad mexicana de las postrimerías de este siglo. Situación inversa a la que determinó que en la ciudad de México, hasta mediados del siglo, se ubicara el centro de las grandes decisiones nacionales en todos los órdenes y que provocó situaciones negativas tales como; el precario desarrollo político, económico y social de parte considerable de las entidades federativas y el crecimiento desordenado, desorbitado y anárquico que la sede los Poderes Federales, presenta en estos días, aunado a una explosión demográfica alarmante.

Tan preocupante como la explosión demográfica es la explosión normativa federal, especialmente en materia administrativa, pasemos a ocuparnos de ella.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma suprema y de ella emana la legislación secundaria integrada por: las leyes y decretos del Congreso de la Unión, los tratados y convenciones internacionales; y los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Ejecutivo Federal.

La abundancia de la Legislación Secundaria es tal, que solamente para dar una muestra de su magnitud, a continuación señalamos algunos datos tomados del Manual de Organización de la Administración Pública Federal, publicado en 1982, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes aplica regularmente 315 dispositivos y la de Gobernación 130, con tales cifras se destaca la dimensión cuantitativa del problema, en el entendido de que en las restantes dependencias del Ejecutivo Federal se dan situaciones similares.

Además de abundante, el orden normativo se encuentra disperso y no es fácil encontrar las fuentes que permitan localizar un determinado ordenamiento por parte de quienes deben cumplirlo.

Para dar solución al problema enunciado en el párrafo anterior el Gobierno Federal ha realizado esfuerzos de catalogación y compilación de las regulaciones, tales como los que se describen a continuación.

En 1970, la Comisión de Administración Pública de la Secretaría de la Presidencia, publicó un "PRONTUARIO DE DISPOSICIONES JURIDICAS PARA LAS SECRETARIAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO", en dicho trabajo se contiene una compilación nominal de disposiciones que: "Permite una presentación homogénea de las normas jurídicas, ajustada al

orden establecido por la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, o en su caso, a algún otro texto legal que fije la competencia de las entidades del sector público. Cuando la recopilación se hace conforme a la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, se ha tomado como base el artículo correspondiente a cada dependencia; en los demás casos, el criterio para la recopilación ha sido la legislación que determina las funciones específicas de la entidad. El listado describe las fracciones que asignan diversas competencias a la dependencia de que se trata y para cada fracción señala el conjunto de disposiciones derivadas, que dan contenido a esa atribución concreta. En la presentación de la legislación se sigue un orden jerárquico. En efecto, aparecen en primer término las normas constitucionales, para continuar con los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, los decretos y los acuerdos. Para mayor facilidad en la localización de estas disposiciones se indica su fecha de publicación en el *Diario Oficial* de la Federación. Para completar este listado se anexa, al final, una recopilación de las principales disposiciones de aplicación común por las Secretarías y Departamentos de Estado.[1]

Con el sistema semejante al descrito anteriormente —entre 1971 y 1976— se publicaron, por la Dirección General de Estudios Administrativos de la Secretaría de la Presidencia, cinco ediciones del PRONTUARIO DE DISPOSICIONES JURIDICAS DE LAS DEPENDENCIAS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL, elaborados por el Comité Técnico de Normas Jurídicas, integrado por los responsables jurídicos de la Administración Pública Federal.

En 1977, la Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República, publicó otro PRONTUARIO DE DISPOSICIONES JURIDICAS DE LAS DEPENDENCIAS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL, el cual fue elaborado por el Grupo de Trabajo de los Directores Jurídicos de la Administración Pública Centralizada, siguiendo sistemas similares a los que le precedieron.

En febrero de 1982, se publicó por la citada Coordinación General de Estudios Jurídicos de la Presidencia de la República, el "MANUAL DE ORGANIZACION DEL GOBIERNO FEDERAL DE 1982", en dicho documento entre otros aspectos se contienen las BASES JURIDICAS de organización y funcionamiento de los Poderes Federales.

EL MANUAL de que se ha hecho mención es el antecedente más cercano de compilación del Orden Normativo Federal, realizado por el Gobierno de la República. Sin embargo, por ser un documento de contenido primordialmente administrativo tiene escasa relevancia jurídica.

A partir de 1970 y hasta 1981, se publicaron 33 volúmenes que integran la serie de LEYES, REGLAMENTOS, DECRETOS y ACUERDOS DEL GOBIERNO FEDERAL, en las obras de referencia, de periodicidad anual, se reproducían íntegramente las regulaciones publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación.

[1] Prontuario de Disposiciones Jurídicas para las Secretarías y Departamentos de Estado. Secretaría de la Presidencia. México 1970. Págs. 9 y 10.

En dichas publicaciones aparecen índices, también anuales, por: sectores administrativos; orden cronológico; jerarquía normativa; y atendiendo a su vinculación con la Reforma Administrativa.

Desde luego, el esfuerzo por dar congruencia a estas publicaciones mediante los índices antes referidos significó un avance. Sin embargo, la dispersión de los índices, ya que solamente comprenden periodos anuales, impide la necesaria síntesis que permita un conocimiento de conjunto verdaderamente confiable y de fácil consulta.

En septiembre de 1981, la Coordinación General de Estudios Administrativos de la Presidencia de la República, editó las BASES JURIDICAS DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA DEL GOBIERNO FEDERAL 1976-1982, con el propósito de actualizar la obra que, con el mismo título, se publicó el 25 de abril de 1977. Ambos documentos se refieren exclusivamente a disposiciones relativas a la Reforma Administrativa del Gobierno Federal.

Actualmente, se hacen los trabajos conducentes por parte de la Comisión de Estudios Jurídicos de la Administración Pública Federal, para actualizar El Prontuario, perfeccionando su presentación.

El Senado de la República, y algunas Secretarías de Estado también han realizado importantes trabajos de compilación y catalogación de los dispositivos que les atañen. El Senado, en lo que se refiere a tratados y convenciones internacionales.

Además, del esfuerzo del Gobierno Federal que ha sido reseñado, hemos tenido noticias de los trabajos de compilación realizados por algunos tratadistas, tales como: el señor licenciado Pedro R. Suinaga, quien escribió la obra VEINTE AÑOS DE LEGISLACION MEXICANA (1930-1951) Editorial Stylo México, 1951; los señores licenciados Miguel Acosta Romero y Rafael I. Martínez Morales que son coautores de la obra CATALOGO DE ORDENAMIENTOS JURIDICOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL, Editorial Porrúa 1983, y el que publicó el señor licenciado Fernando Alejandro Vázquez Pando, APENDICE CRONOLOGICO, Sobretiro de Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 10, México, julio 1978.

En un cuadro muy interesante elaborado por el autor citado en último término se reporta el siguiente dato: "La cronología general engloba 1,693 actos publicados del 1o. de enero de 1968 al 31 de diciembre de 1977. . .".

Es decir, en menos de diez años, el acucioso investigador detectó una cifra tan impresionante que no cabe más que una conclusión: ESTAMOS ANTE EL EXCESO DE REGULACIONES. Conclusión que se confirma abundantemente si hacemos una revisión, aunque sea somera, del mundo normativo en materia administrativa vigente de México en 1983.

Para mejor ilustrar lo anterior, del volumen I, número 12 de los Cuadernos de Divulgación Legislativa, publicados por la Secretaría de Salubridad y Asistencia, el 20 de julio de 1983, obtuvimos las cifras siguientes respecto al número de dispositivos publicados en el *Diario Oficial* que aplica dicha dependencia: preceptos constitucionales 7; leyes 17; convenciones interna-

cionales 23; reglamentos 65; decretos 44; acuerdos presidenciales 16; acuerdos del Secretario 30; disposiciones varias (avisos, circulares e instructivos) 13.

Es decir a la fecha citada, la mencionada Secretaría aplicaba 192 dispositivos todos ellos publicados en el *Diario Oficial.*

El amplísimo mundo normativo administrativo integrado por múltiples leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, circulares, avisos, etcétera, determina que sobre los habitantes de la República recaiga un haz de normas que le hacen centro de imputación de múltiples deberes consistentes en obtener permisos, licencias, autorizaciones, registros y, en fin, cumplir infinidad de requisitos que les dificultan su actividad productiva cotidiana y les someten a la constante actuación y vigilancia de una muy variada cantidad de representantes de la autoridad y les obligan a distraer tiempo y recursos considerables para satisfacer los requerimientos —no siempre apegados a derecho— de los agentes del poder público.

Es principio general de derecho que la "ignorancia de la Ley no excusa su cumplimiento y a nadie aprovecha". Sin embargo, es tal la magnitud del exceso de regulaciones que el simple hecho de dar a conocer los ordenamientos jurídicos en el *Diario Oficial* de la Federación, ya no es suficiente para que las autoridades que deben aplicar las normas y mucho menos sus destinatarios, las conozcan en su verdadero contenido, alcance y consecuencias.

El conocimiento accesible del orden jurídico y la simplificación de los dispositivos son un imperativo de la época, ya que la experiencia administrativa demuestra que el exceso de regulaciones produce trámites repetitivos o excesivos, complicado y considerable papeleo, demasiados empleados involucrados, irresponsabilidades o responsabilidad difusa.

De lo anterior, deriva la necesidad de depurar las relaciones administrativas para la cual se proponen medidas tales como las siguientes:

El punto de partida necesario consistirá en compilar los dispositivos que aplica cada dependencia y las entidades agrupadas en los sectores respectivos, con el propósito de formular el inventario jurídico actualizado del orden normativo aplicable por la Administración Pública Federal.

Analizar el sistema normativo en su conjunto por lo que toca a dispositivos que afecten a grupos sociales cualitativa y cuantitativamente representativos, por ejemplo, los de los trabajadores, campesinos, comerciantes, industriales, etc., con el propósito de precisar los obstáculos derivados de la multiplicidad de ordenamientos y proceder a erradicarlos, mediante la creación de normas rectoras o de síntesis que den las bases fundamentales para la aplicación de los dispositivos.

Existen determinadas regulaciones que implican la participación concurrente de varias entidades de la Administración Pública Federal y de las autoridades estatales y municipales. En dichos casos se juzga pertinente analizar los dispositivos aplicables y fijar con precisión los límites competenciales evitando de esta forma duplicidad de trámites, criterios contradictorios e invasiones jurisdiccionales.

La tarea anterior, además, redundará en beneficio de la descentralización ya que uno de los factores que influyen en la concentración excesiva de trámites administrativos en el Distrito Federal tiene su origen en dispositivos anacrónicos que fijan competencia exclusiva para autoridades radicadas en dicha entidad federativa.

Leyes abrogadas o derogadas, especialmente las que lo han sido tácitamente, continúan aplicándose por inercia o ignorancia de los que tienen que aplicarlas y de quienes deben cumplirlas.

Por lo contrario, otros dispositivos derogados o abrogados; pero, que durante su vigencia generaron derechos adquiridos han dejado de aplicarse en perjuicio de particulares, ocasionando la violación del orden constitucional.

En estos casos, se juzga necesario el estudio del orden normativo para dar solución constitucional a los conflictos de leyes en el tiempo y por lo que toca a las normas parcialmente vigentes es necesario detectarlas y ubicarlas adecuadamente en los ordenamientos idóneos.

No son pocas las regulaciones que, por carecer de apoyo real, se tornan en letra muerta, son innecesarias y, sin embargo, formalmente tienen vigencia. Motivo más que suficiente para abrogarlas o derogarlas, siempre sin afectar derechos adquiridos.

No es poco frecuente el hecho de que en dispositivos de jerarquía menor, por ejemplo, reglamentos, se repitan textual y literalmente preceptos legales. La circunstancia enunciada es, por lo menos, innecesaria. Por lo tanto, no debe subsistir.

Otro aspecto, el más importante, consistirá en la confrontación de los ordenamientos con la Jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con los mismos, a efecto de ubicar aquellas regulaciones que el Poder Judicial Federal ha declarado viciadas de inconstitucionalidad para proceder a su adecuada modificación o, en su caso, a su abrogación o derogación.

El propósito de estas reflexiones es apuntar el problema y su finalidad es someterlo a la consideración de los estudiantes y estudiosos del Derecho para procurar solucionarlo.

DERECHO AGRARIO

LA SIMULACION AGRARIA

MAMUEL RUIZ DAZA

Los estudiosos de los problemas relacionados con la simulación han llevado sus investigaciones hasta límites que parecerían descabellados. No es así, pues aún en el reino vegetal podemos encontrar ejemplos que se asemejan a los actos simulados que realizan los hombres. Lo propio acontece en el reino animal pues hay especies en que lo característico es asemejarse a las cosas de su medio ambiente. Tal forma de vida constituye su medio de protección y defensa, la conservación de su especie. El mimetismo de los animales encuentra su par en la simulación. El hombre, si no tiene ética, es un simulador empedernido. Así, los mercaderes, si glosamos a Platón, constituyen el ejemplo más acabado. Son los perfectos simuladores. Anuncian sus productos como los mejores del mundo, cuando son de mediana calidad. Lo malo y mediano en calidad está disfrazado de óptima clase.

En nuestros días tales anuncios se han amplificado gracias a los medios masivos de comunicación. También se simulan virtudes, y Cicerón grita: "¡Hipocresía! ¡Falaz imitación!" El ladrón se ostenta como honrado; el deshonesto como honesto, el irresponsable como responsable; el mentiroso como amigo de la verdad; el ignorante como sabio; el enemigo como amigo. Nada de extraño hay, pues, en que se simulen actos ajustados a las leyes, cuando en realidad ni existen o su verdadera naturaleza es otra. Tácito afirma que también se simula en el rostro la esperanza. Ovidio dice que se simula el gozo.

¿Por qué se da la simulación en el hombre? La respuesta se encuentra en su naturaleza psicosomática. El hombre puede desdoblarse en actos de intención y declaración de voluntad. Cuando los segundos no corresponden a los primeros, tenemos la simulación. Una es la intención y se manifiesta otra. Se "intenta" una cosa y se "declara" otra. Se dice: eres un hombre honrado, y la intención verdadera es decir: eres un verdadero pillo. Hay, pues, una mentira deliberada. Se formula un contrato de donación, y su naturaleza oculta es la de una compraventa; se disfrutan extensiones de tierras prohibidas por la Ley, y se las disfraza de pequeñas propiedades. Se da la simulación en el hombre porque tiene una intención que no necesariamente manifiesta su voluntad. Tal capacidad de incongruencia, de divergencia deliberada y secreta, nace de la estructura psíquica del hombre. Claro —repetimos— cuando no hay ética. La simulación es una máscara, un fantasma, un sepul-

cro blanqueado, un simulacro. En efecto, la raíz sánscrita del término así lo demuestra. La evolución del mismo no ha contradicho su significación originaria. Símulo o sámalo (igual) deriva de la raíz sánscrita *sa*, de donde proviene *samo;* el griego *omos, ómalos* (igual); el término latino *semol, semel, símilis, simul-tas, simulare*. Simular es similar. Todos estos términos en el fondo tienen la significación de hacer semejante, parecido, esto es, hacer semejante una cosa a otra. El propio término sámalo implica una relación, relación de semejanza, de igualdad. De *simulatio* proviene simulación, simulacro. La simulación y el simulacro parecen algo verdadero; pero en realidad no son otra cosa que algo parecido, semejante a lo verdadero. El simulacro, en la milicia, no es una verdadera batalla, una verdadera guerra; es simplemente una máscara de guerra, algo fingido, un fantasma bélico. "Se llama simulación —dijo Jasón del Mayno— a la imagen que tiene superficie de verdad, pero no médula". El simulador es el hombre que en forma astuta, maquinada, sutil, hábil, hace creer en una cosa que no existe realmente o que su naturaleza es otra. En la vida corriente y diaria encontramos hombres que son artistas casi perfectos en el arte de la simulación.

En la simulación no sólo hay acuerdo e inteligencia entre las partes que emiten deliberadamente una declaración divergente del acto volitivo, sino que lo característico y distintivo, podríamos decir, lo constitutivo y esencial en la simulación estriba, precisamente, entre la divergencia voluntaria que se da entre intención y declaración, entre la oposición consciente del acto intencional con el acto declarado, entre lo querido y lo manifestado. Pero además, constituye rasgo esencial, por lo menos en materia agraria *hic et nunc*, de la simulación: el engaño. La declaración mentirosa, falaz, ficticia, tiene como finalidad engañar, crear una ilusión. "Se quiere —dice Ferrara— engañar sobre el ser de una situación no verdadera". Por otra parte, en materia agraria casi siempre se daña o pretende dañar, pues además de que se oculta la violación de la ley, y ley de interés público (afectar excedentes), se defrauda a los campesinos al no entregárseles las tierras afectables a que tienen derecho.

Si quisiéramos precisar un poco más la simulación agraria, podríamos decir que presenta estos dos aspectos: para reducir el latifundio a pequeña propiedad, se hacen enajenaciones que contravienen la ley, pues ésta afecta los excedentes de los límites señalados a la pequeña propiedad. Estamos pues frente al principio *contra legem agere;* en forma oculta, velada, secreta, escondida, se contraviene una ley prohibitiva que no permite tener más tierras que las señaladas por la ley como pequeñas propiedades. Pero además se da el otro principio: *in fraudem legis agere* o simulación ilícita, pues entendemos el término fraude en sentido amplio, extendido, como daño y perjuicio que se causa a los campesinos solicitantes de tierras, al no dotarlos según lo orden la ley, que en este caso se elude, se soslaya y el daño precisamente proviene del *contra legem agere*. En la especie, esto es, en materia agraria, la simulación es instrumento o medio para eludir la ley: la simulación es fraudulenta.

La simulación no puede ser perfecta. De ahí que en muchos casos sea fácilmente descubierta; en otros, se requiera de un ojo avispado para detectar los indicios que puedan conducir al acto simulado. Los indicios son las huellas, los vestigios, los signos, los antecedentes; en cierto sentido los nuncios, los mensajeros de lo que tiene que venir o encontrarse. Desde antiguo se trató el tema general relacionado con los signos, con los indicios. Se dijo que "el nombre indicio se da, en efecto, a lo que causa en nosotros el conocer". Se los clasificó incluso en refutables e irrefutables, naturales y convencionales, instrumentales y formales. Los indicios naturales conducen por sí mismos al conocimiento de otra cosa; los convencionales o artificiales tienen conexión con la cosa significada por convención o institución del hombre.

Los signos o indicios instrumentales son primeramente conocidos y conducen después al conocimiento de otro. Los formales se dan solamente en el conocimiento y son las formas mentales del objeto conocido. Aquí, por la forma mental, se conoce al mismo tiempo el objeto. Generalmente los indicios son algo sensible; engendran, además del conocimiento sensible que se tiene de ellos mismos, otro tipo de conocimiento en la mente: el conocimiento intelectual de la cosa desconocida. El concepto es signo formal y natural; la palabra hablada es signo instrumental y artificial.

"La Inteligencia", sobrenombre con que se designó a Aristóteles, dijo que "las palabras habladas son signos o símbolos de las impresiones de la mente; las palabras escritas son signos de las palabras habladas". Las palabras habladas constituyen, pues, signos primarios de las impresiones mentales. En materia agraria, el legislador estableció los indicios de la simulación, incorrectamente llamados presunciones. La presunción ya supone la prueba del indicio y la inferencia lógica. Probado el indicio es lícito que la mente infiera. Inferencia e indicio dado, probado, integran la presunción. Los indicios que el legislador estableció son: a) Falta de linderos efectivos que delimiten los predios o que las señales divisorias se hayan colocado después de la fecha de publicación de la solicitud de tierras; b) Cuando haya concentración del provecho o acumulación de beneficios provenientes de la explotación de diversas fracciones, en favor de una sola persona; c) Cuando se realice el fraccionamiento de una propiedad afectable, sin la autorización de la Secretaría de la Reforma Agraria; d) Cuando se fraccione una propiedad afectable en ventas con reserva de dominio, y e) Cuando el usufructo de dos o más fracciones se reserve para el primitivo propietario o para alguno de los adquirentes.

Problema relacionado con la simulación es el de la prueba. En materia de derecho privado, por algún tiempo y en el derecho intermedio italiano, se exigió que la simulación fuera probada dilucide, perfecte, concludenter, se exigió la liquidíssima probatio.

Es sabido que la doctrina italiana de la simulación es la que ha alcanzado su máximo desarrollo y perfección, que en tal doctrina sus teóricos y prácticos se ocuparon de las pruebas de la simulación, pues en los siglos XIV y XV la simulación se tuvo como útil y su práctica fue cotidiana, ya que

se burlaban las leyes prohibitivas de la usura, las leyes que imponían tremendas cargas fiscales, y a toda costa, esto es, a toda simulación, se huía de las confiscaciones. Decisionistas y Consilistas se ocuparon de la prueba de la simulación de las conjeturas e indicios que presumen su existencia. En el siglo XVII Mantica y De Luca se ocuparon en especial de fijar con toda precisión la prueba de la simulación. Mantica asentó el principio de que "cuando se perjudica a un tercero, hay que presumir fácilmente la simulación". ¿Qué hubiera dicho este cardenal si conociera que en México tales terceros perjudicados son los campesinos que trabajan la tierra ajena, por carecer de la propia, los que no tienen un capital en la industria ni en el comercio, ni en la agricultura mayor del equivalente a cinco veces el salario mínimo mensual fijado para el ramo correspondiente? ¡Fácilmente presumiría la simulación!

Es evidente que la simulación acepta las pruebas que prescribe el derecho: la testimonial, la confesional, la instrumental, la llamada *per publicam vocem ef famam*. Esta última prueba es de suma importancia en el derecho agrario mexicano. La simulación acepta todas las pruebas directas. Sólo excepcionalmente se dan. Pero es incuestionable que la presuncional, que se basa en los indicios, huellas, vestigios, conjeturas, antecedentes, es la prueba idónea y la prueba plena, aunque sea indirecta. Sabemos que la simulación es refractaria, por regla general, a la prueba directa. De allí que la de presunciones sea la prueba apropiada. Esta se basa en los indicios. La simulación se prueba por presunciones; la presunción se funda en el indicio. El indicio se debe probar, comprobar, por quien pretende obtener de la simulación beneficios a su favor. Y aquí surge el conflicto. Ya alguna vez se discutió acremente sobre el número de indicios o conjeturas que se necesitan para tener una *liquidíssima probatio*. Sabido es que debe probarse *in specie, non in genere;* que se tiene que demostrar la *causa simulationis*, que esta causa debe ser suficiente e idónea y, además, contemporánea. Que aunque la causa pudiera ser superveniente, en materia agraria bastaría para engendrar —y tener por cierta— la sospecha de la simulación. ¿Cuántos indicios se requieren para tener por fundada la inferencia inductiva que conduzca a la simulación? ¿Tres indicios? ¿Dos? ¿Uno?

La opinión sensata exige que tal decisión se deje al arbitrio del juez en cada caso y teniendo en cuenta las circunstancias de persona, lugar, tiempo, cosas. Esto es, las pruebas indirectas que se infieren del ambiente y momento en que nace la simulación, de las relaciones entre las partes, del contenido del propio acto simulado, de su finalidad. Podríamos agregar nosotros que para los casos de simulación agraria, en México, debería ser un indicio más el interés desmedido de los latifundistas en librarse de los procedimientos agrarios. Esto aplicado, principalmente, a determinados estados de la República. Claro que los indicios de que hay simulación deben ser graves y claros, y las sospechas fundadas *(urgentes suspiciones)*. Y cuando los indicios sean leves, las conjeturas débiles, los indicios no muy claros, entonces entre sí se complementan, si son concordantes, e integran una prueba plena. Aquí rige el principio: *quod si non prosunt singula, multa colleta iuvant* ("si no aprovechan uno por uno, todos unidos ayudan"). Es incuestionable, pues, que la prueba de presunciones es la prueba plena en materia de simulación agraria, es la *liquidíssima probatio.*

Ya desde antiguo se sostuvo que la simulación que se realiza *in fraudem legis*, se prueba plenamente por la presunción. *Nam et tunc probatio praesumptiva habetur pro patenti probatione*. Este criterio lo ha hecho jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con la prueba presuncional se descubre la falta del elemento espiritual en el acto simulado, la divergencia entre la voluntad y su manifestación y cuál fue la verdadera intención de los simuladores, burlar la ley y defraudar a los campesinos. Aún cabría preguntar: ¿cuál sería el criterio en caso de duda? Se sostiene la opinión de que debe decidirse que el acto es simulado, si hay fraude a la Ley Agraria. Funda tal opinión el artículo 27 constitucional y el acuerdo expedido por don Venustiano Carranza. En materia agraria no rige, por violarse una ley de interés público, el criterio que se aplica en los negocios privados: *indubo benigna interpretatio adhibenda est, ut magis negotium valeat quam pereat*. Podemos, pues, asentar con toda certeza de que ni la Secretaría de la Reforma Agraria ni los campesinos pueden imaginar, inventar el indicio; sino que existiendo, tienen que probarlo, comprobarlo. De aquí es lícito que el supremo juzgador agrario concluya, mediante razonamiento lógico, en la simulación, o que la conclusión brote en forma directa, efecto formal primario de la ley. La presunción es definida por nuestra ley, como la consecuencia que la ley o el juzgador infieren de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido. En nuestro caso, el legislador estableció en leyes las presunciones de simulación y, por eso, se llaman legales. (Artículo 210, fracción III, de la Ley Federal de Reforma Agraria.) Pero aún así, se debe probar el indicio.

Los casos de simulación, dentro de la Ley Agraria, cumplen procedimentalmente las garantías esenciales: principio de legalidad y principio de audiencia. Se juzga y decide un conflicto de simulación agraria con base en leyes expedidas con anterioridad al caso, y a nadie se perjudica ni se beneficia sin haber sido oído y vencido en juicio. Los campesinos interesados pueden solicitar a la Secretaría de la Reforma Agraria que inicie el procedimiento para declarar la nulidad de los actos de simulación; también pueden formular dicha solicitud la Comisión Agraria Mixta y el Ministerio Público Federal. La propia Secretaría de la Reforma Agraria puede iniciar de oficio tal procedimiento. La solicitud o el acuerdo que inicia de oficio el procedimiento se publica en el Periódico Oficial del Estado en que se encuentren ubicados los bienes objeto del procedimiento de nulidad y, además, se notifica a los presuntos afectados; se realizan las investigaciones del caso, se reciben las pruebas y alegatos dentro de un término fatal de 30 días siguientes a la publicación de la solicitud, se emite la opinión por la Secretaría de la Reforma Agraria, el dictamen por el Cuerpo Consultivo Agrario, y resuelve en definitiva el Presidente de la República. La declaratoria de nulidad del fraccionamiento simulado trae como consecuencias la nulidad de todos los actos derivados del mismo acto simulado, los predios son afectados para

satisfacer necesidades de los núcleos agrarios, la cancelación de las inscripciones de los actos jurídicos declarados nulos, tanto en el Registro Público de la Propiedad, como en el Registro Agrario Nacional. Podemos considerar, pues, que en el acto simulado no se transfiere la propiedad y que, incluso, la posesión es una máscara o fantasma de posesión, sombra sin cuerpo. La interpretación de la ley, que nos place llamar para estos casos, "de exigencia social campesina" compele a que no se respete pequeña propiedad al simulador. Razones: en algunos casos el simulador, el concentrador de proyectos, no es ni propietario ni poseedor de predio alguno. En otros, el simulador es propietario o poseedor de algún predio que se encuentra dentro del límite señalado por la ley, pero como acumula o se le suman otras superficies por simulación, entonces, además de afectársele el excedente del límite permitido por la ley, debería afectársele —por ser violador astuto, sutil, contumaz de la ley agraria— la totalidad de los predios. Pensamos que esta interpretación puede reñir con la literalidad de la ley; pero de ninguna manera con el espíritu de la propia Ley Constitucional. La interpretación y aplicación de la ley se deben anticipar a cualquier reforma legal que considere que debe, en todo caso, coincidir la literalidad de la ley con su espíritu. Pero las reformas, si las hubiera, que las debe haber, deben traer también aparejadas algunas penas para el simulador: las del fraude en contra de los campesinos, y posiblemente algunas penas por falsedad. Deben tipificarse estos delitos agrarios en las leyes ordinarias.

Conviene hacer la aclaración de que el procedimiento para declarar la nulidad de un acto simulado se puede iniciar, seguir y culminar en forma autónoma, independiente; pero en la mayoría de los casos, este procedimiento se incorpora a una acción y procedimiento de dotación de tierras, de ampliación o de creación de nuevos centros de población ejidal. Rige en estos casos, el principio de economía procesal. No convendría negar una acción de dotación de tierras, porque dentro del radio legal no hay fincas que puedan afectarse por las causales comunes y corrientes, para después iniciar un procedimiento de simulación e iniciar otro de dotación y entonces sí beneficiar al mismo núcleo agrario solicitante. De aquí que para evitar vueltas y más vueltas, se incorpore el procedimiento de simulación a uno de dotación, ampliación o de creación de nuevo centro de población ejidal.

Causó cierto pánico la inclusión, en la Ley Federal de Reforma Agraria, de un procedimiento especial para la acción de simulación. Muchos propietarios, agrícolas y ganaderos, "pusieron el grito en el cielo"; pero olvidaron que Venustiano Carranza y Pastor Rouaix combatieron la simulación en la Circular No. 25, de 11 de junio de 1917. En efecto, la prevención segunda sentó el criterio de "que todo medio, real o simulado, que se emplee con el fin de eludir la aplicación del Decreto del 6 de enero de 1915, será desechado de plano por ser radicalmente nulo e ineficaz como absolutamente contrario a una disposición de orden público que no depende en caso alguno del capricho o juicio de los particulares, según los artículos 7o. y 15, del Código Civil vigente". Esta circular que se dio a conocer a las Comisiones Locales Agrarias, a los delegados y al público en general, combatió el fraccionamiento de los terrenos en contienda y su venta a los miembros de los mismos pueblos, que los poseedores de predios rústicos, reclamados por los pueblos, en restitución o dotación y de acuerdo con la ley del 6 de enero de 1915, realizaban. Los poseedores, con tal procedimiento, pretendían eludir las afectaciones dictadas por el Presidente de la República, cuyos fallos "no persiguen personas, sino cosas". El procedimiento seguido por los terratenientes fue considerado radicalmente nulo por ser acto simulado y contravenir una ley de orden público, la del 6 de enero de 1915. La ventas realizadas —se dijo— carecen de eficacia jurídica y no pueden constituir obstáculo para cumplir las determinaciones agrarias que dicte el Presidente de la República.

Por otra parte, tales resoluciones constituyen la cosa juzgada. La circular que se comenta, llegó a más: todo acto incluso real, que tuviera como finalidad eludir la aplicación del decreto del 6 de enero de 1915, fue considerado radicalmente nulo e ineficaz. Las tierras, pues, así afectadas, fueron restituidas a sus legítimos propietarios, las comunidades indígenas, o dotadas a los núcleos agrarios que carecían de ellas. El Código Agrario de 1934 igualmente combatió la simulación en su artículo 37, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, el 12 de agosto de 1937. "Artículo 37. . . se tendrán como simulados, y por tanto no producirán efecto alguno en materia agraria, los fraccionamientos:

"I. Cuando el usufructo de dos o más fracciones se reserve para el primitivo propietario o para alguno de los fraccionistas, o para un tercero;

"II.Cuando no haya deslinde o señalamiento efectivo sobre el terreno; o

"III. Cuando, en general, se compruebe que, a pesar del fraccionamiento, la concentración del provecho obtenido en la explotación de las diversas fracciones, o la acumulación de beneficios provenientes de las mismas, se hace en favor de una sola persona.

"En estos casos, se considerarán formando un solo predio las fracciones que se encuentran sujetas al régimen indicado."

Como se lee en este primer párrafo del artículo 37 del Código Agrario de 1934, aún no había la claridad suficiente para hablar en forma directa de la simulación. La palabra "como" simulados equipara a una simulación. Si la expresión literaria fue deficiente, no lo es, en cambio, el espíritu del artículo, pues claramente se establecen los indicios que, probados o comprobados, conducen necesariamente a la figura de la simulación. El Código Agrario de 1940, en su artículo 69, combatió a su vez la simulación agraria. Señaló tal artículo el personal que debe comprobar los indicios de la simulación, personal del Departamento Agrario, pero debería tomar en cuenta los documentos, pruebas y declaraciones del fraccionador, de los fraccionistas y de los solicitantes de ejidos. Los indicios para presumir la simulación son los mismos que los señalados por el Código Agrario de 1934. Sólo se agrega un indicio más: "Artículo 69.— Se tendrán como simulados y por lo tanto no producirán efecto alguno en materia agraria, los fraccionamientos: 1.— Cuando a pesar de haberse hecho el fraccionamiento con anterioridad a la presentación de la solicitud no se haya operado en favor de los fraccionistas

el traslado de dominio de sus respectivas fracciones". Se agregan, además, dos o tres precisiones. El Código Agrario de 1942 combate también la simulación en su artículo 64. Tal artículo prescribe: "La división y el fraccionamiento de los predios afectables se sujetarán por cuanto toca a la materia agraria, a las siguientes reglas: I.—. . .; II.—. . .; III.— Cuando el usufructo de dos o más fracciones se reserve para el primitivo propietario o para alguno de los adquirentes, la división o el fraccionamiento se considerarán como simulados. IV.— Cuando no haya deslinde o señalamiento efectivo sobre el terreno o cuando las señales divisorias se hayan colocado después de la fecha de la publicación de la solicitud, se considerarán esos hechos como indicios de simulación; pero para declarar la nulidad será preciso que se demuestre la existencia de una concentración del provecho, acumulación de beneficios, provenientes de la explotación de las diversas fracciones, en favor de una sola persona".

"La simulación deberá comprobarse en forma plena, oyendo a todos los interesados y a los solicitantes de ejidos y recabando pruebas en las diversas oficinas públicas y en los centros comerciales y obteniendo todos los datos necesarios para concluir en forma fehaciente sobre la existencia de la simulación. Esta regla se aplicará siempre que se plantee una cuestión relativa a la simulación de división o de fraccionamiento." Como se lee, son los mismos indicios que señaló el Código de 1934. En lo referente a la prueba, el Código Agrario de 1942, publicado en 1943, exige prueba plena de la simulación, manda que se oiga a todos los interesados, que las pruebas se recaben en oficinas públicas y centros comerciales, y que todos estos datos sirvan "para concluir en forma fehaciente" sobre la existencia de la simulación.

Parece que no basta probar o comprobar el indicio, sino que se percibe el viejo y lejano grito de Paolo de Castro, y de Graciano: *Simulatio est dilucide, perfecte, concludenter probanda.* ("Hay que probar la simulación en forma clara, perfecta y concluyente.") El avance de la Ley Federal de Reforma Agraria consiste en que sólo debe probarse el indicio para que opere la prueba de presunciones. Probado el indicio se da el efecto prescrito por la ley; se da la presunción. Esta prueba indirecta es, no obstante, prueba plena. Con este criterio se han resuelto ya muchos expedientes agrarios de simulación. Los fraccionamientos auténticos, reales, verdaderos, de predios afectables se sancionan, afectando, con otros criterios fundados en los preceptos positivos.

En la historia del Derecho Agrario se descubre una fuerza telúrica irresistible para castigar a los simuladores. Conocido es el caso de Licinio Stolo. Después de las leyes agrarias de Espurio Casio, Espurio Melio, Manlio Capitolino, Licinio Stolo propuso leyes agrarias al pueblo romano, en el año 376 A. de C. Los datos que se conservan de esas leyes licinias son: que nadie, en Roma, podía tener más de quinientas yugadas de tierras públicas (*ager publicus*). Sobre dicha extensión no se podían apacentar más de cien cabezas de ganado mayor y quinientas de menor; obligatoriamente los dueños de las quinientas yugadas debían mantener cierto número de hombres libres para vigilar los trabajos; los excedentes de las 500 yugadas o de las 100

cabezas de ganado mayor o 500 cabezas de ganado menor serían quitadas a los dueños para distribuirse equitativamente (lotes de siete yugadas, aproximadamente dos hectáreas) a los pobres, a los plebeyos. Además, se sancionaba con una multa las violaciones a la ley.

Pues bien, Licinio Stolo violó su propia ley, pues era dueño de 1,000 yugadas del *ager publicus;* puso 500 yugadas a nombre de su hijo, "para ocultarlas", en vez de entregarlas a la República para que fueran repartidas entre los pobres. Como Stolo violó y se burló de su propia ley, sufrió las penas impuestas por la misma. La Ley Licinia indudablemente que moderó las ambiciones de acaparamiento de tierras por patricios y plebeyos, pues Catón dice: "Todos querríamos tener más de quinientas yugadas de tierra, pero la ley no lo permite".

Son muchas las reflexiones que nos asaltan al citar las leyes agrarias de Licinio Stolo. Cada quien que formule las suyas. Por lo pronto, cabe decir que en México muchos musitan, con tristeza, las palabras de Catón. Otros muchos se encuentran en el caso de Licinio Stolo.

¡Hay que descubrirlos para aplicarles las leyes agrarias mexicanas! Posiblemente hemos olvidado que "se debe arrancar de toda vida la simulación".

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

LA FORMULACION DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

JOSÉ HUMBERTO CASTRO VILLALOBOS

A partir de 1945, la Comunidad internacional inicia un acentuado proceso de descolonización, que a lo largo de 30 años, permitirá que cerca del centenar de Estados accedan a la vida independiente.[1]

En forma paralela, la propia Comunidad internacional, a través de uno de los órganos políticos más representativos, como lo es la Asamblea General de las Naciones Unidas, comienza, la "revisión" de gran parte del *corpus iuris gentium* existente.

El hecho de que la propia Comunidad de Estados haya triplicado su número de miembros, será un factor que facilite el cuestionamiento de ciertos sectores del llamado "derecho internacional clásico". La actitud de desconfianza de los nuevos Estados hacia un orden jurídico en cuya creación no participaron, constituirá una razón determinante en la ulterior evolución de las instituciones internacionales.

El derecho internacional tradicional, que en realidad fue un derecho netamente europeo impuesto a otros continentes con el argumento, bastante convincente, de las bayonetas, mantenía una situación de supremacía a favor de las potencias coloniales y otros Estados, ya que las reglas internacionales prevalecientes, recogían sus propios y muy particulares intereses políticos. Así, nace el recelo de los países de reciente independencia que no habiendo colaborado en la formulación de un derecho internacional que les es altamente desfavorable, pretenden sustituirlo por uno que corresponda más legítimamente a sus aspiraciones.[2] Surge, de esa manera la conciencia cada vez más apremiante, de contar con un derecho internacional de alcance universal. De lograrse este desiderátum, sería la primera ocasión en la historia de las relaciones internacionales, que el orden jurídico de la Comunidad

[1] Durante el pasado mes de septiembre, al abrirse el XXXVIII Periodo de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue admitido como Miembro 158 de la Organización el Estado de San Cristóbal y Nieves.

[2] Haciendo una implacable disección del derecho internacional clásico en su parte relativa a la responsabilidad internacional, el antiguo Magistrado de la CIJ, Luis Padilla Nervo afirmó: "Aquí (se refería a la responsabilidad) las normas internacionales no sólo se crearon al margen de los pequeños Estados sino en su contra, por estar fundadas casi exclusivamente en relaciones desiguales entre grandes potencias y pequeños Estados". Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1957, Vol. I, p. 165.

internacional fuera un orden que reflejaría concepciones de una gran mayoría de sus miembros.

Las disposiciones fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas demuestran, que sus autores estaban tan preocupados por evitar nuevas conflagraciones, que no otorgaron al derecho internacional un papel relevante en la conducción de las relaciones internacionales. Había que evitar a toda costa nuevas amenazas a la paz y a la seguridad internacionales, sin importar, que al pretender alcanzar tales objetivos se "sacrificara" al derecho, y considerando esto último, como un mal necesario.

De conformidad con el artículo 13 de la Carta, la Asamblea General promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional por dos conductos. Primero por intermedio de órganos subsidiarios cuyo mandato es precisamente el codificar este tipo de normas. Tal es el caso de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). El órgano en cuestión lleva a cabo un proceso de codificación y sistematización de normas que vienen precedidas de una amplia base consuetudinaria y que generalmente son reconocidas como reglas de *lex lata*. Son normas cuya vigencia no es cuestionada.

El otro conducto es el que lleva a cabo la Asamblea General cuando en la prosecución de los objetivos contenidos en la Carta, utiliza los mecanismos que tiene a su alcance para señalar directrices a los Estados Miembros. Es decir, que la Asamblea emplea las resoluciones que emite para indicar ciertos parámetros de comportamieento que en determinados casos rebasan el estrecho marco estimativo considerado en la Carta.

Así, varias resoluciones de la Asamblea General aprobadas a lo largo de los tiempos se les atribuye una cierta "dosis" de obligatoriedad, en una interpretación distinta de la que establecen los artículos 10 a 14 de la Carta. En ese sentido, el hecho de que la Carta solamente les reconozca a las resoluciones de la Asamblea, el carácter de una "invitación" dirigida a sus miembros, no es obstáculo que impida que algunas de ellas obtengan un valor jurídico cierto.[3] Y ello no puede ser entendido como un apartamiento de las disposiciones pertinentes de la Carta de San Francisco. Dicho instrumento sólo le atribuye un determinado carácter a las resoluciones, pero no prohíbe considerar otro. Recordemos que según el autorizado juicio de Sloan, "el vocablo recomendación no tiene un significado uniforme, ni según el texto de la Carta, ni conforme al derecho internacional general que estaba en vigor cuando se elaboró aquélla, ni de acuerdo con la práctica de las Naciones Unidas. De tales condiciones no se deduce directamente la competencia de la Asamblea para adoptar resoluciones obligatorias; pero sí demuestra, al menos, que el empleo del término "recomendación" por la Carta, al definir la competencia de la Asamblea no es, en sí, un obstáculo

[3] De conformidad con la Carta, las únicas decisiones de la Asamblea que implican vinculación para los Estados son: las cuestiones presupuestarias (Art. 17), la designación del Secretario General (Art. 97) y la expulsión de un Estado Miembro (Art. 6).

legal que impide emitir resoluciones distintas de la recomendación".[4] Ello puede ser así, debido a que como afirma Jorge Castañeda, "tratándose de algunas resoluciones, la producción de efecto jurídico, que desde cierto punto de vista puede calificarse de obligatorio, no tiene su origen en la Carta sino en la práctica de la Organización, o por mejor decirlo, en un desarrollo consuetudinario no previsto por los autores de la Carta".[5]

Lo que ha sucedido, es que la Asamblea General ha tenido necesidad de reflejar una actividad jurídica fuera de los estrechos marcos constitutivos en que fue concebida, para el cumplimiento de sus propósitos. Esto equivale a sostener que la Asamblea ha desarrollado sus propios mecanismos para establecer principios o reglas generales, cuya estimativa legal no corresponde a una situación determinada por la Carta.

César Sepúlveda ha explicado que las fuentes clásicas como los tratados, la costumbre, los principios generales de derecho, etc., son insuficientes y además lentas para producir reglas jurídicas confiables, así como aceptables para la gran mayoría de los Estados. La creación de normas a través de los grandes cuerpos políticos como la Asamblea General de las Naciones Unidas, dentro de su limitado campo parece ser la única oportunidad de alcanzar normas que la comunidad como un todo acepte plenamente.[6]

Las resoluciones de la Asamblea General han venido a llenar un hueco en la formulación del nuevo derecho internacional, simplificando sus mecanismos de generación de reglas internacionales.

Las resoluciones de la Asamblea, cuyo denominador común parecer ser su valor exorbita el de una mera "invitación a seguir una conducta" para los Estados Miembros, presentan las siguientes características:

1) *Elemento material:* que su contenido se refiera a cuestiones jurídicas de un carácter general;
2) *Elemento subjetivo:* evidenciar la *opino iuris* del órgano, ya sea en el momento de aprobar la resolución, o por los términos empleados en el cuerpo de la resolución, o bien por la conducta seguida posteriormente por sus destinatarios, o incluso por las invocaciones de que como precedentes legales es objeto.
3) *Modalidad del consentimiento:* que la resolución haya sido aprobada por consenso o en su defecto por una notable mayoría.

Respecto al primer elemento, es necesario que el pronunciamiento de la Asamblea, se refiera a cuestiones legales que representan un interés general de la Comunidad en contraposición a situaciones o casos particulares que no

[4] Sloan: "The Binding Force of a "Recomendation" of the General Assembly of the United Nations", en XXV BYIL, 1948, p. 71.

[5] Castañeda, Jorge: Valor jurídico de las resoluciones de la Naciones Unidas, México, 1967, p. 19.

[6] Sepúlveda, César: Manual de Derecho Internacional para Oficiales de la Armada de México. SRE y SM. Archivo Histórico Diplomático, México, 1981, pp. 20 y 21.

envuelven referencias de orden público internacional. Pues en este último caso, es decir, ante la ausencia de un interés comunitario, no cabría invocar la actividad generadora de la Asamblea como satisfaciendo el primer elemento.

En cuanto al elemento subjetivo, es necesario comprobar la *opinio iuris* de la Asamblea. Ello puede conseguirse observando los términos empleados en el cuerpo de la propia resolución al momento de ser aprobada, o teniendo en cuenta las declaraciones de las delegaciones al momento de explicar su posición respecto al instrumento sancionado. También la *opinio iuris* puede encontrarse en la conducta de los Estados con posterioridad a la adopción de la resolución; y finalmente por la frecuencia con que se cite como precedente por los Estados.

Refiriéndose a la modalidad cuantitativa en que se expresa el consentimiento de los Estados al apoyar una resolución, los autores difieren en cuanto a exigir la presencia del consenso o de una mayoría calificada. Dos autores mexicanos con gran experiencia en la diplomacia multilateral, Jorge Castañeda y Sergio González Gálvez se muestran partidarios de que la resolución sea aprobada por "grandes mayorías". Por su parte el antiguo Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Eduardo Jiménez de Arechaga, atribuye necesariamente la presencia del consenso. Igualmente, en una investigación reciente para UNITAR, un autor alemán, Harry Wunsche, se muestra favorable a que la resolución debe ser adoptada por todos los Estados Miembros.[7]

Si bien, la tendencia reciente muestra que las decisiones de los órganos de las Naciones Unidas tienden hacia el consenso, aún no puede hablarse de que la Comunidad de Estados esté preparada para actuar bajo su consigna. De allí, que una mayoría calificada sea el elemento más acorde con los tiempos presentes. Además, ha podido observarse, que cuando una negociación se realiza bajo la premisa del consenso, el resultado, es por lo general un documento mediatizado. Ello tiende a aumentar en la medida en que la premisa negociación-consenso, está delimitada de manera inflexible. Así, la resolución 37/10 de la Asamblea que aprueba la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales entre Estados, constituyó un ejercicio demasiado comprometido, porque el consenso presidió toda la negociación. Se demuestra así, que el consenso determina el resultado de una negociación y produce documentos mediatizados o francamente repetitivos de disposiciones legales vigentes que no agregan ningún elemento nuevo al derecho existente.

Jiménez de Arechaga sostiene que un examen del papel de las resoluciones de la Asamblea General muestra tres concepciones distintas:

a) "Pueden reconocer como derecho consuetudinario normas existentes con anterioridad y declararlas en calidad de tales;

[7] Wunsche, H: "The principle of the Common Heritage of Mankind", en Progressive Development of the principles and norms of international law relating to the new international economic order, UNITAR/DS/6, 1983, p. 468.

b) Una norma *in estatus nacendi* de derecho consuetudinario en vías de formación, puede cristalizar gracias al hecho de haber sido adoptada por unanimidad en una declaración de la Asamblea;

c) Una resolución que claramente es de *lege ferenda*, puede sin embargo, servir de punto de partida para que posteriormente, y ajustándose a ella, la práctica de los Estados transforme la resolución en una norma consuetudinaria."[8]

Es decir, que una resolución de la Asamblea puede confirmar una regla existente como sucedió con el principio de la no intervención; precisar lo que es el derecho ante situaciones nuevas o confusas como las reglas relativas a la regulación del capital extranjero; germinar lo que más tarde sería derecho consuetudinario como en el caso de los fondos marinos como patrimonio común de la humanidad; y finalmente, precisar el carácter no jurídico de una cierta práctica existente como la libertad de pesca en alta mar.

Coincidimos plenamente con González Gálvez,[9] cuando afirma que si bien una resolución de la Asamblea no tiene la fuerza vinculante plena de un tratado, el negarle todo alcance en el plano jurídico, hay una distancia que no puede ignorarse so pena de caer en grave error.

Lo razonable, para este autor, es considerar que las resoluciones de la Asamblea General pese a carecer de la fuerza obligatoria de un tratado, en muchos casos, expresan un acuerdo general, especialmente si han sido aprobadas por fuertes mayorías, por lo que ellas confirman o fortalecen precedentes existentes en el derecho internacional.[10] Así como lo ha dicho el internacionalista Jorge Castañeda, si bien la Asamblea General no crea nuevas normas, sí puede probar con autoridad su existencia.[11]

"Hay finalmente, un argumento decisivo, cualquiera que sea el juicio que se tenga sobre el valor jurídico de esas resoluciones, nadie podría admitir que lo contrario de lo que ha sido aprobado por medio de aplastantes mayorías en el seno de una Asamblea que representa el sentir de la casi totalidad de las naciones que existen en el mundo, puede ser tenido como una costumbre internacional o por un principio generalmente reconocido de derecho internacional. Por consiguiente, aún negando que esas resoluciones constituyan reglas jurídicas obligatorias o que confirmen reglas o principios jurídicamente válidos, se concluye que el principio contrario, es decir, el que fue derrotado en una votación tampoco puede ser presentado como regla vigente."[12]

Aún derogando el derecho existente que no ha recibido la sanción de la mayoría, la Asamblea desempeña un papel importante en la precisión del

[8] Jiménez de Arechaga, E.: El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid, 1980, p. 39.

[9] Intervención del Representante de México, Sergio González Gálvez, en la Comisión Jurídica de la Asamblea de la ONU, el día 26 de noviembre de 1982. Doc. A/C.6/37/SR.55 p. 15.

[10] Ibidem.

[11] Castañeda, op. cit. p. 176.

[12] Intervención del Representante de Mexico. . . op. cit. p. 15.

derecho internacional contemporáneo, constituyendo un termómetro legal sobre ciertas prácticas, ya sea para consagrarlas o rechazarlas.

Las resoluciones de la Asamblea General que a nuestro juicio representan un valor jurídico y no meramente recomendatorio son las siguientes:

1) Resolución 95 (I), Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg;
2) Resolución 96 (I), El Crimen de Genocidio;
3) Resolución 217 (III), Declaración Universal de Derechos del Hombre;
4) Resolución 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales;
5) Resolución 1962 (XVIII), Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre;
6) Resolución 2131 (XXV), Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía;
7) Resolución 2625 (XXV), Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;
8) Resolución 2749 (XXV), Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional;
9) Resolución 3314 (XXIX), Definición de la Agresión;
10) Resolución 3281 (XXIX), Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados;
11) Resolución 37/10, Declaración de Manila sobre el Arreglo por medios pacíficos de las controversias internacionales entre Estados.

IMPUESTOS COMPENSATORIOS NORTEAMERICANOS A LAS EXPORTACIONES DE OTROS PAISES

ANTONIO PRADO NÚÑEZ

Recientemente la prensa nacional se ha ocupado mucho de los impuestos compensatorios al acero mexicano, decretados por el Gobierno de los Estados Unidos.

El impuesto compensatorio, tiende a lograr que las mercancías extranjeras, ingresen a la Unión Americana con un costo igual al que dichas mercancías tienen al ser producidas en los Estados Unidos.

En tales condiciones, el impuesto se aplica a todas aquellas mercancías, a las cuales el Gobierno norteamericano considera que se les favorece con subsidios en su país de origen, y que por tanto entran a la Unión Americana costando menos que las mercancías producidas dentro de la propia Unión.

Antes de 1980, todos los procedimientos sobre impuestos compensatorios de los Estados Unidos, se fundaban en la Sección 303 de la Ley Norteamericana de Aranceles de 1930 (Tariff Act of 1930).[1]

Siguiendo a dicha Sección, los impuestos compensatorios debían imponerse si el Departamento Norteamericano del Tesoro determinaba que la mercancía importada a los Estados Unidos había recibido en su país de origen un subsidio o ayuda gratuita en cualquiera de los estadios de su manufactura, producción o exportación.

Pero el propio Tesoro, en aras de unas mejores relaciones internacionales, podía renunciar al cobro del impuesto como lo llegó a hacer con respecto a varias importaciones provenientes de México.

Así las cosas, en 1979, una nueva Ley, la Ley sobre Acuerdos de Comercio de 1979, vino a añadir un Título VII a la Ley de Aranceles de 1930, estableciendo aún mayores conceptos por los que debería considerarse que existe un subsidio. Esta nueva Ley entró en vigor en los primeros días de 1980. El nuevo Título VII, es también aplicable a los países que hayan firmado el Código de Subsidios del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade.

[1] Por costumbre, se le da a las leyes federales norteamericanas un nombre, pero en rigor, forman todas ellas parte de un código único, con magníficos índices, que se denomina oficialmente "CODIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS (USC)". Ello facilita grandemente la búsqueda de cualquier ley federal estadounidense. Los impuestos compensatorios se encuentran en la sección 2501 (artículo) del Título 19, del USC. A su vez, los títulos del Código, pueden tener títulos del Título, y éstos a su vez tendrán "secciones", que corresponden a lo que nosotros conocemos por "artículos".

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio), o bien que hayan concluido acuerdos bilaterales de comercio con los Estados Unidos.

Pero en este último caso, los impuestos compensatorios, solamente podrán imponerse cuando se demuestre que las mercancías importadas a los Estados Unidos, están causando efectivamente un daño a la industria norteamericana.

México, no es miembro del GATT, ni tiene concertado acuerdo bilateral alguno de comercio con los Estados Unidos, y por lo tanto las importaciones mexicanas no tienen derecho a pasar por la prueba del daño, y entonces lo que ocurre es que las importaciones mexicanas, de cualquier mercancía que se pueda imaginar, pueden ser sujetas a los impuestos compensatorios, simplemente sobre la base de que se les encuentre haber sido subsidiadas en cualquiera de sus etapas de manufactura, producción o exportación.

Igualmente a principios de 1980, la aplicación de los impuestos compensatorios, que antes se encontraba confiada al Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, fue transferida a un organismo desconcentrado, llamado "Administración del Comercio Internacional" (International Trade Administration. ITA), dependiente del Departamento de Comercio del vecino país.

De acuerdo con el nuevo Título VII, una vez determinado el impuesto por la "Administración", y en su caso confirmado por el Poder Judicial, el Tesoro, no puede renunciar a cobrarlo.

Desde esos primeros días de 1980, la mencionada Administración del Comercio Internacional, ha decidido 13 casos de impuestos compensatorios en contra de importaciones mexicanas.

De estos 13 casos, siete han sido fallados fincando impuestos compensatorios en contra de productos mexicanos; tres casos fueron suspendidos por haberse celebrado convenios entre los exportadores mexicanos, el Departamento de Comercio y los solicitantes del impuesto, y tres casos fueron fallados estableciendo que por no haber verdaderos subsidios en los productos, no había lugar a imponer impuestos compensatorios en contra de las exportaciones mexicanas.

Los casos en los que el fallo de la Administración fue en el sentido de que sí existía subsidio y en los que por lo tanto se estableció un impuesto compensatorio, fueron los instaurados en contra del cemento; del negro de humo; productos fundidos de acero para construcción; globos de hule; litargirio; cerámica y vestidos de cuero.

La Sección 771 (5) del Título VII de la Ley de Acuerdos Comerciales de 1979, define el término "subsidio", y previene que dicha expresión "subsidio", tal y como se usa en la Ley, tiene el mismo significado que el de ayuda gratuita o donación, en los términos de la Sección 303 de la Ley de Aranceles de los Estados Unidos.

De conformidad con la Sección 303 de la ya citada Ley de Aranceles de los Estados Unidos, son subsidios: las entregas de dinero, de bienes o de cualquier otro beneficio económico; cualquier ayuda preferencial a la exportación; cualquier ayuda económica directa o indirecta en las etapas de manufactura, producción o exportación; la aportación de capital hecha sobre bases no comerciales; dar garantías en favor de las empresas sobre bases no consistentes con sanas consideraciones comerciales; proveer bienes o servicios a precios preferenciales; la entrega de fondos o el perdón de deudas para cubrir pérdidas de operación en las industrias que hagan las exportaciones y finalmente, asumir los costos o los gastos de manufactura, producción o distribución.

El procedimiento para imponer estos impuestos compensatorios es un procedimiento jurídico que se maneja en forma de juicio ante la Comisión de Comercio Internacional (International Trade Commission), que es un organismo administrativo dependiente del Departamento de Comercio de los Estados Unidos.

Es un error muy extendido en nuestro país, creer que el procedimiento para la imposición de los impuestos compensatorios es fundamentalmente político. Lo anterior es falso. Toda la investigación, todos los parámetros para determinar cuando algún insumo debe o no considerarse como subsidio, y la determinación misma del monto del subsidio, son un procedimiento estrictamente jurídico, manejado por abogados dentro del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, sujeto a la garantía norteamericana del debido proceso legal consagrada por el Artículo 14, Sección I, de la Declaración de Garantías Individuales (Bill of Rights), de la Constitución Norteamericana y revisable por el Poder Judicial.

Lamentablemente y precisamente por haber estimado que la imposición de impuestos compensatorios era un proceso político, y por la inexcusable falta de defensa jurídica de algunos de los exportadores mexicanos en contra de estos procedimientos, fue por lo que muchos de ellos se perdieron irremediablemente.

Por el contrario, los casos en los que a tiempo se comprendió que la intervención del abogado era fundamental, como en el caso del amoniaco, magistralmente defendido por la oficina de Pemex en Washington, redundaron en la no imposición de impuestos compensatorios, y en otros casos, en los que también hubo adecuada defensa jurídica, el importe del impuesto fue verdaderamente sin importancia, en cuyo caso no se afectó la competitividad de nuestros productos en el mercado norteamericano.

Técnicamente de acuerdo con las leyes americanas aplicables, las demandadas (respondents) no son las empresas exportadoras, sino el Gobierno de México y el emplazamiento se notifica a los funcionarios diplomáticos mexicanos encargados de los aspectos comerciales de la Embajada.

A pesar de que el demandado técnico es el Gobierno Mexicano, nuestra Embajada por falta de personal jurídico y por no tener el conocimiento directo de los datos técnicos del caso, encomienda a cada empresa la defensa legal del problema relativo a sus propias exportaciones, bajo la supervisión del Comité de Defensa de las Exportaciones dependiente del Instituto Mexicano de Comercio Exterior, el cual orienta jurídicamente al exportador mexicano. El Comité, para el aspecto del manejo jurídico en Washington,

cuenta con el apoyo de la Gerencia General Jurídica de Nacional Financiera, S.A.

El procedimiento legal a grandes rasgos es el siguiente:

a) La empresa norteamericana que se considera lesionada interpone su demanda ante la Administración de Comercio Internacional de los Estados Unidos.
b) Se corre traslado con la demanda al funcionario diplomático encargado de las relaciones comerciales de la Embajada del país exportador.
c) Dicho funcionario diplomático debe contestar la demanda y debe contestar un cuestionario técnico elaborado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos.
d) El funcionario diplomático deberá notificar a los exportadores afectados, de su derecho para comparecer como terceros interesados, o como coadyuvantes de su propio Gobierno.
e) Con vista a las contestaciones del Gobierno demandado y sus exportadores, la Comisión permite la entrada de terceros interesados o coadyuvantes en ayuda de la parte actora, o sea de la empresa norteamericana que solicitó la determinación y aplicación del impuesto.
f) Se emitirá una interlocutoria preliminar que fijará los temas y alcances del proceso amplio de cognición.
g) Se abrirá un periodo probatorio de 75 días dentro del cual, funcionarios norteamericanos podrán ir al país exportador a inspeccionar libros y papeles de todas las partes que hayan comparecido; se podrán recibir testigos y peritos, de acuerdo con el sistema norteamericano de preguntas y repreguntas (cross examination).
h) Se emitirá una resolución final en el ámbito administrativo, la cual fijará los conceptos de subsidio y el monto definitivo del impuesto compensatorio.
i) La anterior determinación final, es impugnable ante el Tribunal de Comercio Internacional de los Estados Unidos, el cual aunque sólo tiene competencia para conocer de cuestiones administrativas, es un organismo dependiente del poder judicial.
j) La sentencia del Tribunal de Comercio Internacional, es apelable ante el Tribunal Federal de Circuito.
k) Sólo en el caso de que la sentencia del Tribunal de Circuito contuviera cuestiones constitucionales, puede interponerse el recurso de "Certiorari" ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

Mientras el procedimiento se encuentre caminando, se puede suspender el cobro del impuesto si el país exportador neutraliza el monto del subsidio, llegando a un acuerdo entre actor y exportador, con la aprobación de la Administración.

Siguiendo la consabida teoría norteamericana del "stare decisis",[2] la Administración de Comercio Internacional de los Estados Unidos, ya ha determinado que el uso de ciertos programas mexicanos de fomento económico, constituyen subsidios, y así lo ha venido decidiendo en sus diferentes resultados. Estos programas son: el FOMEX; los préstamos otorgados bajo algún cajón específico del encaje legal, a los que la Administración Norteamericana ha denominado Préstamos de los Artículos 94 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares (totalmente injustificado y carente de base legal alguna); Cedis; Exenciones de impuestos concedidas por nuestros Estados; Ceprofis para la promoción de las exportaciones; Ceprofis para el desarrollo regional y prioritario; préstamos del FONEI; 30% de descuento en las tarifas de energía eléctrica para empresas en zona prioritaria; toda clase de exenciones a los impuestos de exportación, y la depreciación acelerada.

Es indispensable que el abogado mexicano que patrocine a empresas nacionales que exporten a los Estados Unidos, cobre conciencia de que los juicios de impuestos compensatorios en los Estados Unidos son asuntos jurídicos y no políticos; que pueden defenderse con éxito y que la inactividad redundará en la creación de un precedente desfavorable contra México, tal vez irreversible y que mediante un correcto desempeño profesional puede ser evitado.

[2] Esto quiere decir "el precedente". Lo decidido en un caso, normalmente será obligatorio "stare decisis"; lo decidido debe permanecer. Dejar sin efecto un precedente es considerado un verdadero triunfo por cualquier abogado norteamericano, ya que en verdad no es nada fácil. Los precedentes de un tribunal u organismo administrativo que opera "in forma judicio" son obligatorios para él mismo bajo ciertas condiciones, y hay una cierta costumbre de acatarlos aunque en rigor no fueran obligatorios. Recientemente un tribunal de Dallas, en un famoso caso bancario (The Callejo Case" "), fundó su decisión simplemente copiando a la letra una sentencia, emitida en un caso que contenía los mismos hechos, por el Juzgado de Distrito de la Ciudad de Nueva York. (The Frankel Case" ".)

DERECHO LABORAL

LEGISLACION LABORAL BANCARIA

ANTONIO MONTES PEÑA

Dos épocas claramente definidas se observan en la Legislación Laboral Bancaria:

Antes y después de la nacionalización de la banca.

A la primera nos referiremos solamente como el antecedente histórico y con respecto a la segunda, haremos un breve análisis temático de la nueva Ley Laboral Bancaria.

Como efecto principalísimo de la Revolución Mexicana, en los albores del siglo XX, surge imponente nuestra Constitución Política en 1917; en ella se consagran por primera vez en la Historia los derechos de los trabajadores.

En efecto el Artículo 123 enumera las llamadas garantías sociales de los trabajadores; y con ello México se anticipa a naciones de mayor desarrollo social y económico como Alemania y la propia Rusia, entonces en plena Revolución Bolchevique.

En el texto original del Artículo 123 se otorgaban facultades a los Estados de la República para expedir sus propias leyes laborales, que tendrían vigencia en su circunscripción territorial. Sin embargo, los estados no estaban preparados para legislar en esa materia, había otros problemas prioritarios, de manera que sólo algunos como Jalisco, Yucatán, Estado de México y Veracruz, entre otros, expidieron leyes sobre el trabajo.

Esto quizá motivó al constituyente permanente para que, en el año de 1929 se modificara el Artículo 73 Fracción X de la Ley Fundamental y se otorgaran al Congreso de la Unión facultades para legislar en materia laboral con carácter Federal, y regular las relaciones laborales en toda la República.

Fue así como, después de esta reforma constitucional se expidiera la Primera Ley Federal del Trabajo en 1931.

En ella se omitía a los trabajadores bancarios, porque se les consideraba como empleados de cuello blanco, que estaban por encima de una legislación laboral como la que recién se había promulgado. También se excluía de su régimen a los Trabajadores al Servicio del Estado (Artículo 2º y 237 de la Ley Federal del Trabajo de 1931).

El legislador había ignorado al trabajador Bancario.

En medio de grandes inquietudes que despertó la legislación laboral sobre todo en los grupos industriales de Monterrey, que provocaron la intervención directa del General Lázaro Cárdenas, inesperadamente, pero con-

ciente de la conveniencia de regular las relaciones laborales en ese sector, expidió el 15 de noviembre de 1937 el primer Reglamento de Trabajo de los Empleados de las Instituciones de Crédito y Auxiliares.

Los temas principales a que hacía referencia el reglamento eran: El ámbito de aplicación a todos los empleados de las Instituciones de Crédito y Auxiliares, Libertad en la Contratación del Personal; el establecimiento de un escalafón; la fijación de los sueldos por medio de tabuladores; se definía el salario mínimo, Jornada de Trabajo, Vacaciones, Servicio Médico, Maternidad, Pensión Vitalicia de Retiro, Participación de Utilidades, Indemnización en caso de despido y la competencia de la Comisión Nacional Bancaria, para intervenir en los problemas laborales.

Este reglamento fue derogado en 1953 por otro que expidiera el Presidente Adolfo Ruiz Cortínez, el que a su vez fue reformado en 1972 por el entonces Presidente Luis Echeverría Alvarez.

Este último reglamento entró en cuestionamiento el primero de septiembre de 1982, fecha de la nacionalización de la Banca.

A partir de esta fecha se inicia la segunda etapa de la legislación laboral bancaria.

En el decreto de nacionalización del primero de septiembre de 1982, se expresó que los derechos de los trabajadores no serían afectados.

En el decreto de 6 de septiembre del mismo año, se creó una comisión intersecretarial para que dentro del apartado "B" del Artículo 123 Constitucional se dictaran las normas, para regular las relaciones laborales sin menoscabo de los derechos de los trabajadores.

El 17 de noviembre de 1982 se promulgó la reforma al artículo 123 de la Constitución en su apartado "B" creando la Fracción XIII bis, por virtud de la cual las relaciones con los trabajadores bancarios se regirían por el propio apartado "B".

Aparentemente esta reforma Constitucional daba fin al proceso de definición del marco jurídico laboral de los empleados bancarios, pero la realidad no era así, a partir de esta reforma surgió una serie de interrogantes: ¿Les sería aplicable a los trabajadores bancarios la Ley Reglamentaria del Apartado "B" llamada "Ley Burocrática"?

¿Sería suficiente con la expedición de condiciones generales de trabajo por parte de los directores generales de los bancos?

¿Sería posible una ley reglamentaria de la fracción XIII bis?

Opiniones fueron y vinieron pero el vacío existía; sin embargo, lo curioso es que los bancos continuaron laborando normalmente y sus trabajadores no sufrieron perjuicio alguno.

Las dudas se despejaron cabalmente, cuando el Señor Presidente de la República Don Miguel de la Madrid, envió en el periodo pasado de sesiones del Congreso, la iniciariva de "Ley Reglamentaria de la Fracción XIII bis del Apartado "B" del Artículo 123 Constitucional", iniciativa que a virtud del proceso legislativo se convirtió en la Ley que ahora para brevedad le llamamos LEY LABORAL BANCARIA.

¿Qué contiene esta Ley?

En cuanto a su contenido la "Ley Reglamentaria de las Fracciones XIII bis del Apartado "B" del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se integra en seis capítulos. Capítulo Primero: Disposiciones Generales. Capítulo Segundo: Días de descanso, vacaciones y salario. Capítulo Tercero: Seguridad social y prestaciones económicas. Capítulo Cuarto: Suspensión, cese y terminación de los efectos de los nombramientos. Capítulo Quinto: De la Federación Nacional de Sindicatos Bancarios. Capítulo Sexto: De la supervisión de las Instituciones.

Siguiendo los principios generales del Derecho laboral y los expresados en los Decretos Presidenciales de los días 1º y 6 de septiembre de 1982, en el sentido de que los empleados bancarios, conserven los derechos laborales adquiridos, sin sufrir lesión alguna con motivo de la expropiación, la Ley Laboral Bancaria, integró a su texto los beneficios que contenía el Reglamento de Trabajo de los empleados de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Al mismo tiempo la Ley Laboral Bancaria, en semejanza al Reglamento adopta conceptos propios de la Ley Federal del Trabajo, ya que sigue siendo supletoria en lo no previsto en la misma.

Sin embargo, adopta también conceptos propios de la Ley Burocrática no sólo en cuanto a la aplicación directa de los títulos tercero, séptimo, octavo y décimo, sino también establece el nombramiento y el cese, según se expresará más adelante.

Siguiendo el orden de sus artículos tratando de tematizarlos, la Ley se puede explicar a grandes rasgos de la siguiente manera:

En cuanto al ámbito terriorial de validez (Art. 1º), es de observancia general en toda la República.

En el ámbito personal de validez (Arts. 1º y 2º), rige las relaciones laborales de los trabajadores de las instituciones que presta el servicio público de banca y crédito, el Banco de México y el Patronato del Ahorro Nacional, con cada una de las referidas instituciones.

Establece el nombramiento (Art. 2º), como el acto en virtud del cual se establece la relación laboral y los trabajadores desempeñan sus labores.

En cuanto a ocupación de vacantes y puestos de nueva creación (Art. 2º), el sindicato puede proponer candidatos los cuales deberán pasar por el correspondiente proceso de selección.

Establece como trabajadores de confianza (Art. 3º) los siguientes:

Directores Generales;
Subdirectores Generales;
Directores y Subdirectores Adjuntos;
Directores y Subdirectores de División o de Area;
Gerentes, Subgerentes y Jefes de División o de Area;
Subgerentes Generales;
Gerentes;
Secretarias de Gerentes y de sus superiores;
Contadores Generales;

Contralores Generales;
Cajeros y Subcajeros Generales;
Representantes Legales y Apoderados Generales.

Conforme al Catálogo General de Puestos:
Quienes administren, controlen, registren o custodien información confidencial básica de carácter general.
Quienes desempeñen funciones de dirección, inspección, vigilancia, fiscalización, investigación científica, asesoría, consultoría, de carácter general.
El catálogo general de puestos de la Institución (Art. 3º), será formulado, aplicado y actualizado conjuntamente por la Institución y el Sindicato.
Tocante a puestos de confianza referidos al catálogo general de puestos, el Sindicato participará para los efectos previstos.
Define a los trabajadores de base (Art. 4º), como los que no sean de confianza.
En cuanto al derecho de permanencia en el trabajo (Art. 4o.), establece que corresponde a los trabajadores de base, después de cumplir 12 meses de servicio.
Tiene por consecuencia que, en el caso de separación del empleo sin causa justificada, puedan optar por la reinstalación o la indemnización, consistente en tres meses de salario y 20 días por año de servicios.
En caso de separación injustificada de trabajadores de confianza, estos no tendrán derecho a la reinstalación.
En la situación de los Directores Generales (Art. 4º), su nombramiento o remoción son actos libres del Presidente de la República, a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público.
En cuanto a la aplicabilidad de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (Art. 5º), son aplicables a las relaciones laborales entre las instituciones que prestan el servicio público de banca y crédito y sus trabajadores en cuanto no se opongan, las disposiciones contenidas en los siguientes títulos de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
3º Relativo a la organización colectiva de los trabajadores y Condiciones Generales de Trabajo.
7º Relativo al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y el procedimiento ante el mismo.
8º Relativo a los medios de apremio y a la ejecución de los laudos.
10o. Relativo a las correcciones disciplinarias y sanciones que pueda imponer el Tribunal.
Las disposiciones supletorias (Art. 5º), son supletorias en el siguiente orden:

— La Ley Federal de Trabajo;
— El Código Federal de Procedimientos Civiles;
— Leyes del orden común;

— La costumbre;
— El uso;
— Los principios generales del derecho;
— La equidad.

En cuanto a derechos a la seguridad social y vivienda (Art. 5º), los trabajadores son sujetos al régimen previsto en la Ley del Seguro Social y a la Ley del Instituto Nacional del Fondo para la Vivienda de los Trabajadores, por lo que toca a los derechos respectivos.
Prestaciones Anteriores: (Art. 6º), se mantendrán los derechos, beneficios y prestaciones de los trabajadores bancarios cuando sean superiores y se hubieran venido otorgando con anterioridad.
Las Condiciones Generales de Trabajo consignarán tales derechos, beneficios y prestaciones.
Días de descanso obligatorio, serán los mismos que señala la Ley Federal del Trabajo, además de los que con igual carácter determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de la Comisión Nacional Bancaria.
Días de descanso semanal, ordinariamente serán Sábados y Domingos, con goce de sueldo íntegro.
Primaria Sabatina-Dominical: (Art. 8º.), los trabajadores que normalmente realizan en esos días labores de mantenimiento y vigilancia y los que rotativamente hacen guardia para prestar servicios a usuarios en Sábados o Domingos, percibirán una prima equivalente al 25% sobre el salario diario que corresponde a los días ordinarios de trabajo.
Salario doble (Art. 8º), tentrán derecho a salario doble los trabajadores que presten servicios en los días de descanso, sin disfrutar de otros en substitución.
El salario doble es independiente del que le corresponde por el descanso, así como del tiempo que comprende el servicio prestado dentro de los límites de la jornada obligatoria.
Substitución de días de descanso (Art. 8º), cuando se hubiera trabajado en día de descanso en forma continua, se disfrutarán los días con que aquellos se substituyen, también de forma continua.
Vacaciones (Art. 9º), los trabajadores tendrán derecho a un periodo anual de acuerdo a lo siguiente:

Durante los primeros 10 años de servicios, 20 días laborables; durante los siguientes cinco años de servicio, 25 días laborables.

En años posteriores 30 días laborables.
Término para el disfrute de vacaciones (Art. 9º-I), se podrán tomar vacaciones durante los siguientes seis meses al vencimiento de cada año de servicios.
Los periodos de vacaciones no serán acumulables.
Las vacaciones no podrán compensarse con remuneraciones.

Prescripción del derecho a vacaciones (Art. 9º-II), prescribe en un año a partir de la terminación de los seis meses siguientes al vencimiento del año en servicios.

Forma de los periodos (Art. 9º-III), por regla general se disfrutarán las vacaciones en un solo periodo. Excepcionalmente podrán disfrutarse en dos periodos.

Fijación de las fechas de vacaciones (Art. 9º-IV y V), las instituciones fijarán éstas en un programa anual, de tal manera que no se perjudiquen las labores.

Sólo podrá modificarse la fecha de inicio del periodo de común acuerdo entre las instituciones y el trabajador.

Prima de vacaciones (Art. 9º), antes de iniciar las vacaciones los trabajadores recibirán el salario correspondiente al tiempo que duran y una prima del 50% del salario que corresponde al número de días laborables que comprende el periodo vacacional.

Remuneración proporcional por vacaciones no disfrutadas (Art. 9º), en caso de terminación de la relación laboral antes de cumplir el año de servicios, el trabajador tendrá derecho a una remuneración proporcional al periodo de trabajo, por concepto de vacaciones no disfrutadas.

Salario mínimo bancario (Art. 10), se fijará en los tabuladores y será un 50% mayor que el salario mínimo general que rige en la localidad.

Salarios y tabuladores (Art. 11), los salarios se fijarán y regularán por medio de tabuladores formulados por las instituciones, considerando sus necesidades particulares.

Los tabuladores serán aprobados por las dependencias competentes, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria.

Para la aprobación, se tomarán en cuenta:

Las Condiciones Generales de Localidad;

Los demás elementos para que a cada puesto se le clasifique dentro del tabulador que corresponda, de acuerdo con la calidad, cantidad y responsabilidad del trabajo, en cada institución.

Sistema de retribución adicional a los salarios por antigüedad (Art. 12o.-I, II y III), tendrán derecho a compensación los trabajadores con cinco años al servicio de la institución, como sigue:

Para computar la antigüedad se tomará como base meses completos, independientemente del día del ingreso.

Por cada cinco años completos se tendrá derecho a un 25% anual sobre el salario mínimo bancario mensual que rija en la localidad.

Por cada cinco años de servicio se incrementará en la misma proporción el porcentaje, hasta los cuarenta años.

El pago se hará proporcionalmente en forma quincenal mediante el sistema de nómina utilizada.

La compensación formará parte del salario del trabajador, consecuentemente deberá considerarse para el cómputo de las diversas prestaciones que le correspondan.

Descuentos a los salarios (Art. 13o.-I a VI), por regla general están prohibidos, con las siguientes excepciones:

- Pago de pensiones alimenticias decretadas por autoridad competente;
- Pago de deudas por anticipos de salarios, pagos erróneos o en exceso, o por pérdidas o averías causadas por negligencia.
  La cantidad exigible por estos conceptos no podrá ser mayor del importe de un mes de salario del trabajador.
  La institución y el trabajador convendrían el monto del descuento, pero sin que pueda ser mayor del 30% del excedente del salario mínimo general, que rija en la zona. Estas deudas en ningún caso devengarán intereses.
- Pago de deudas de los trabajadores derivadas de las prestaciones a que tengan derecho de acuerdo con la Ley. Los descuentos a los salarios mensuales no excederán del 30% o del 40% cuando incluyan créditos hipotecarios o pagos a terceros por créditos derivados conforme al Capítulo III de la Ley.
- Pago de abonos para pagar préstamos del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, de las entidades u organismos públicos o de Sociedades Nacionales de Crédito, para la adquisición, construcción, reparación, ampliación o mejoras de vivienda o para pagar pasivos derivados de los conceptos anteriores.
- Cuando la vivienda se ubique en conjuntos habitacionales financiados por el INFONAVIT, entidades u organismos públicos o sociedades nacionales de crédito, se descontará el monto que determinen las disposiciones legales para cubrir gastos de administración, operación y mantenimiento del conjunto. Los descuentos deberán haber sido aceptados libremente por el trabajador.
- Pago de cuotas para la constitución y fomento de sociedades cooperativas o cajas de ahorro, aceptados expresa y libremente por el trabajador y no mayores del 30% del excedente del salario mínimo en la zona.
- Pago de cuotas sindicales previstas en los estatutos de los sindicatos.

Aguinaldo (Art. 14), el derecho a recibirlo se tendrá cuando se hubiere prestado un año completo de servicios.

Será equivalente a 40 días del último salario percibido en el año, cuando menos.

Se cubrirá antes del 10 de diciembre de cada año.

Quienes no hubieren laborado año completo, recibirán la parte proporcional al tiempo trabajado.

Desarrollo, capacitación y adiestramiento (Art. 15), las instituciones estarán obligadas a:

— Proporcionar a los trabajadores los medios necesarios para su superación personal y mejoramiento de sus conocimientos;
— Dar facilidades para el desarrollo de su cultura general y física así como de sus facultades artísticas.
Los trabajadores tienen derecho a recibir capacitación y adiestramiento para elevar su nivel de vida y productividad en el trabajo. Ello de conformidad a los programas que elaboren las instituciones de acuerdo a sus posibilidades presupuestales y aprobados por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Préstamos a corto y mediano plazo e hipotecarios (Art. 16), en los términos y de acuerdo con las antigüedades que se establezcan en las condiciones generales de trabajo, los trabajadores tendrán derecho a obtener de las instituciones:

— Préstamos a corto plazo para atender necesidades extraordinarias;
— Préstamos a mediano plazo para la adquisición de bienes de consumo duradero;
— Préstamos con garantía hipotecaria o fiduciaria, para ayudar a resolver el problema de casa-habitación.

Seguridad social (Art. 17), los trabajadores y pensionados de las instituciones y sus familiares derechohabientes gozarán de los siguientes beneficios que establece la Ley del Seguro Social:

— Seguros de riesgos de trabajo.
— Seguros de enfermedades y maternidad.
— Seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte.
— Guarderías para hijos de asegurados.
— Ayuda para gastos de matrimonio.
El Instituto Mexicano del Seguro Social, satisfacerá estos beneficios en los términos del convenio de subrogación de servicios y en lo que este no prevea, lo harán las instituciones.

Las instituciones otorgarán a los trabajadores:

— Una pensión vitalicia de retiro complementaria a la de la vejez o cesantía en edad avanzada que, en su caso, conceda el IMSS.
— El pago de un 50% más de los beneficios que en dinero establece la Ley del Seguro Social en los casos de incapacidad por riesgos de trabajo o por invalidez, si el siniestro se realiza estando el trabajador al servicio de la institución.
— Prestaciones relativas a pagos por defunción y a gastos funerarios a las personas designadas conforme a lo previsto en las condiciones generales de trabajo, en los casos de fallecimiento de trabajadores o pensionados.

Para percibir estas prestaciones no será necesario el juicio sucesorio.

Las instituciones tendrán los mismos derechos que la Ley de la materia concede al IMSS por cuanto a las prestaciones que otorguen en substitución de éste.

Condiciones generales de trabajo (Art. 18), establecerán los beneficios y prestaciones de carácter Económico, Social y Cultural de los trabajadores, sus requisitos y características.

En lo tocante a condiciones generales de trabajo, las instituciones tomarán en cuenta la opinión del Sindicato, serán presentadas a la consideración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y sometidas a la aprobación de la de Programación y Presupuesto.

Suspensión temporal de los efectos de los nombramientos (Art. 19), son causas de la suspensión temporal de las obligaciones de prestar el servicio y pagar el salario, sin responsabilidad para trabajadores o instituciones:

— La enfermedad contagiosa del trabajador, en cuyo caso la suspensión temporal solamente opera respecto de la obligación de prestar el servicio.
— La incapacidad temporal ocasionada por un accidente o enfermedad que no constituya un riesgo de trabajo. Igualmente en esta hipótesis la suspensión sólo se refiere a la obligación de prestar el servicio.
— La prisión preventiva del trabajador seguida de sentencia absolutoria.
Si el trabajador obró en defensa de los intereses de la institución ésta tendrá la obligación de pagar los salarios dejados de percibir por aquel.
— El arresto del trabajador.
— El cumplimiento de los servicios y el desempeño de los cargos mencionados en el artículo 5º de la Constitución y el de las obligaciones consignadas en el artículo 31 fracción III de la propia Constitución. (El artículo 5o. menciona los siguientes servicios: el de las armas, los de jurados, los profesionales de índole social. También menciona los cargos consejales y los de elección popular, directa o indirecta, las funciones electorales y las censales.)
El artículo 31, fracción III consigna como obligación de los mexicanos alistarse y servir en la Guardia Nacional.
— La falta de los documentos y requisitos legales y reglamentarios, necesarios para la prestación del servicio imputable al trabajador.

Causa del cese de los efectos de nombramientos (Art. 20), son causas las siguientes conductas del trabajador:

— Incurrir en falta de probidad, honradez, actos de violencia, amagos, injurias contra los representantes de la institución o el personal directivo o administrativo, salvo que medie provocación o se obre en defensa propia;

— Cometer contra sus compañeros cualquiera de los actos arriba mencionados y como consecuencia alterar la disciplina del lugar de trabajo;
— Cometer fuera del servicio, contra los representantes de las institución los actos mencionados, con gravedad tal que se imposibilite el cumplimiento de la relación de trabajo.
— Ocasionar intencionalmente perjuicios materiales o económicos, en el desempeño o con motivo de sus labores, en edificios, obras, maquinarias, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo.
— Ocasionar los perjuicios mencionados, graves, sin dolo pero con negligencia tal que ésta sea la única causa del perjuicio;
— Comprometer por imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que en él se encuentren;
— Cometer actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo.
— Revelar secretos de operación o asuntos de carácter reservado de la institución;
— Tener más de tres faltas de asistencia en un periodo de 30 días, sin permiso ni causa justificada;
— Desobedecer a los representantes de la Institución en asuntos de la relación de trabajo, sin causa justificada;
— Negarse a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos para evitar accidentes o enfermedades;
— Concurrir a sus labores en estado de embriaguez, bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante sin que medie prescripción médica, en cuyo caso deberá poner en conocimiento del hecho a los representantes de la institución y presentar la prescripción.
— Ser sujeto de sentencia ejecutoriada que le imponga pena de prisión que le impida cumplir con el trabajo;
— Ofender o injuriar a los usuarios del servicio, conducirse en forma desatenta y descomedida frente a ellos;
— Será motivo de cese también las causas análogas, graves y de consecuencias semejantes a las anteriores.

Causas de separación sin responsabilidad para el trabajador (Art. 21), son causas:

— Ser engañado por la institución en cuanto a las condiciones de trabajo.
  Esta causa dejará de surtir efectos después de 30 días de haberse iniciado la prestación del servicio.
— Incurrir el personal directivo o administrativo a los familiares de éstos, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos;

— Incurrir las personas indicadas en los actos que se mencionan en el párrafo anterior, aún fuera del servicio, si su gravedad es tal que haga imposible el cumplimiento de la relación laboral;
— Incurrir la institución en alguno de los siguientes hechos:
  — Pagar un salario inferior al correspondiente.
  — Reducir el salario.
  — No entregarlo en el lugar y fecha convenidos o acostumbrados.
  — Hacer descuentos no permitidos por la Ley;
  — Ocasionar el personal directivo o administrativo intencionalmente daños a las herramientas o útiles de trabajo y responsabilizar al trabajador.
  — Ocasionar o permitir la existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador, por carencia de condiciones higiénicas o incumplimiento de medidas preventivas.
  — Comprometer la institución con imprudencia o descuido la seguridad del establecimiento o de las personas que en él se encuentren.
  — Las causas análogas, graves y de consecuencias semejantes a las anteriores.

Causas de terminación de las relaciones de trabajo (Art. 22).

— Renuncia escrita del trabajador.
— Terminación del tiempo o de la obra en los casos en que el trabajador tuviese nombramiento por tiempo u obra determinables.
— La adquisición por el trabajador de las calidades de pensionado por jubilación, invalidez o incapacidad permanente o total.
— Incapacidad física o mental del trabajador o inhabilidad manifiesta que haga imposible la prestación del trabajo.
— Muerte del trabajador (Art. 22 fracciones I- II- III- IV y V).

Federación Nacional de Sindicatos Bancarios (Art. 23), es la única central reconocida por la Ley.

Los sindicatos podrán constituirla y adherirse a ella.

Supervisión por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional Bancaria (Art. 24), en cualquier tiempo, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, podrá supervisar el cumplimiento de las obligaciones que la Ley en otras disposiciones aplicables imponen a las instituciones.

También podrá proveer lo necesario para su aplicación.

Vigencia de la Ley (Art. 1º Transitorio), a partir del 1º de enero de 1984.

Disposiciones derogadas (Art. 2º Transitorio), quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la Ley.

Vigencia de los reglamentos interiores (Art. 3º Transitorio), continúan en vigor los Reglamentos hasta que se expidan las condiciones generales de trabajo.

Término para la expedición de las condiciones generales de trabajo (Art. 3º Transitorio), las condiciones deberán expedirse dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley.

Expedición de nombramientos (Art. 4º Transitorio), las relaciones laborales continuarán surtiendo efectos.

Las relaciones laborales se formalizarán con la expedición de los nombramientos en un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley.

La falta de expedición de nombramientos no impedirá la continuidad de las relaciones de trabajo establecidas con anterioridad al vencimiento del plazo.

Como puede verse, la Legislación Laboral Bancaria, en esta segunda época ha alcanzado un nivel de importancia insospechado.

De un reglamento Presidencial acusado de Inconstitucional, se ha transformado en una Ley Constitucional, expedida por el Congreso y aceptada cabalmente por el sector al que fue destinada, el que la ha recibido con beneplácito.

Quizá algunas de sus disposiciones merezcan la adopción por otros regímenes laborales, ya que en realidad se mejoraron textos anteriores.

El proceso de afinación del marco jurídico laboral para la banca, no ha concluido. Como se señala en el texto de la Ley comentada, los Directores Generales de las Sociedades Nacionales de Crédito habrán de expedir en breve el documento que en detalle establezca los derechos y obligaciones laborales de unos y otros, este documento que substituirá al reglamento interior de trabajo de cada Institución será depositado ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, por ser el competente para ello, nos referimos a "LAS CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO", cuando esto haya ocurrido tendremos la oportunidad de tocar nuevamente este tema.

PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES EN LAS UTILIDADES DE LAS EMPRESAS

BONIFACIO PADILLA GONZÁLEZ

SUMARIO. *Introducción. Los Constituyentes de 1917. Antecedentes en diversos países. Antecedentes y evolución en México. Naturaleza jurídica de la participación: Corresponde a la Secretaría del Trabajo determinar la participación.*

INTRODUCCION

La historia, como producto materializado del espíritu humano, de la actividad del hombre impulsada por diversas apetencias generales, es con frecuencia relegada a segundo término en la interpretación de las instituciones sociales.

Los abogados con frecuencia recurrimos a las normas para interpretar las normas, y hacemos derecho comparado. Es decir, consideramos que el derecho es la génesis del quehacer humano. El derecho es producto circunstancial del hombre, es fruto de su tendencia natural a darse seguridad en una forma de conducta que considera útil para sí y para la colectividad, según requerimientos previos.

Ello es aplicable a una institución jurídica relevante en diversos países: la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. ¿Nació por voluntad del legislador? No, nació de la naturaleza de las cosas. Cuando se abandonan los antiguos modelos de producción y surge la revolución tecnológica y con ella la revolución industrial, en su seno se gesta la revolución ideológica. Esta puede manifestarse socialmente como revolución armada o como causa de una transformación profunda de las estructuras.

Muchos Estados no fueron capaces de prever las consecuencias, los desajustes, las injusticias de un nuevo sistema económico avasallador. La vorágine de la producción en masa hizo que el productor antiguo, el señor de sus bienes y de su familia, se viera orillado a la bancarrota porque ya las cosas no tendrían carácter personal sino marca industrial. De señor de su taller familiar se convierte en asalariado por necesidad. Ya no se establece relación personal de intercambio casi directo de satisfactores, como antes, sino una relación conjunta y explosiva de angustias. La revolución era sólo una consecuencia lógica. Marx le dio una respuesta a la interrogante hu-

mana de la inseguridad y de la insatisfacción, pues era cierto que los bienes se producían en mayor cantidad y en mayor calidad, a más bajo precio, pero para los menos, los menos necesitados. No quedaba más alternativa que la que actualmente, con menos acritud se vive: o se cambia la estructura (revolución) o se modifica a formas más justas (reforma).

LOS CONSTITUYENTES DE 1917

Aquí está la importancia, la visión histórica de nuestros Constituyentes. México no era un país en auge industrial, pero se proyectaba ya en el desarrollo capitalista y era necesario darle savia justa en su raíz. No existía una gran masa obrera asalariada movida por la desesperación. Pero era necesario hacer surgir, en contrapeso, una clase amplia, laboriosa, productiva, firme sustento de una sociedad mexicana nueva que rehuyera el fantasma del odio y de la injusticia tenaz de los pocos. Proclaman el principio de que la libertad debe tener como prerrequisito la libertad económica: "La libertad misma no puede estar garantizada si no está resuelto el problema económico". "La miseria es la peor de las tiranías y si no queremos condenar a nuestros trabajadores a esa tiranía, debemos procurar emanciparlos" (Jara, sesión del 26 de diciembre de 1926) "La revolución quiere que los mexicanos tengan la independencia económica para que puedan ser unos ciudadanos de la República y las instituciones libres puedan funcionar para hacer la felicidad de la Nación" (Macías, sesión del 28 de diciembre de 1916).

Surge el artículo 123 constitucional aleccionado por las ideas sociales de Europa, por las experiencias sin salida cierta en esos momentos de Francia e Inglaterra. No surgió del capricho sino de la previsión; no del conflicto abierto, sino de la necesidad de evitarlo en forma razonable. No lo pidió una masa obrera organizada, lo creó un Constituyente consciente de las necesidades y proyecciones del alma nacional. Idearon un proyecto de nación en la justicia. De manera que si no nació del odio y de la división, ninguno de sus postulados puede proyectarse en tal sentido, buscando suprimir a uno de los interlocutores de la relación laboral, al patrón. Busca el equilibrio entre los factores de la producción. Este es el eje ideológico, político, jurídico, de todo el artículo 123 Constitucional.

En el Diario de los Debates del Congreso Constituyente, en la parte relativa al reparto de utilidades, se dice: "Creemos equitativo que los trabajadores tengan una participación en las utilidades de toda empresa en que presten sus servicios. A primera vista parecerá ésta una concesión exagerada y ruinosa para los empresarios; pero, estudiándola con detenimiento, se tendrá que convenir en que es provechosa para ambas partes".

Que era una actividad legislativa previsora lo confirma la afirmación del Constituyente Andrade: "La Constitución actual debe responder a los principios generales de la revolución constitucionalista. La revolución constitucionalista tiene la gran trascendencia de ser una revolución eminentemente *social* y, por lo mismo, trae con corolario una transformación en todos los órdenes. . . Los elementales principios para la lucha constitucional, que

traen como corolario las libertades públicas, fueron las clases obreras, los trabajadores de los campos, ése fue el elemento que produjo este gran triunfo y por lo mismo, nosotros debemos interpretar esas necesidades y darles su justo coronamiento".

¿Qué es eso de "revolución social"? En la memorable sesión del 27 de diciembre de 1916, el Diputado obrero por Veracruz tomó la palabra: "Cuando desde Coahuila el ciudadano Venustiano Carranza proclamaba la revolución social, y recuerdo, entre otras cosas, que como aquello era sorprendente, mi patrón se preguntaba a sí mismo e interrogaba a algunos compañeros que estaban allí: 'y ¿qué es revolución social?'. Y una de las personas que allí asistían contestó: 'Que tú hagas partícipe de tus utilidades a tus trabajadores, para que éstos obtengan un mejoramiento efectivo . . .Esto es, en lo que a ti se refiere, una de las partes de la revolución social que encabeza Don Venustiano Carranza' ".

Para que se confirmen que eran analistas de la historia, de su historia, que querían una nación sin esclavitud ideológica, están las palabras de Cravioto: "Para que conste nuestra filiación exacta en la historia de este Congreso Constituyente, en nombre de mis compañeros declaro que, con las tendencias que he esbozado y que son las que sostenemos en la realización de la política militante, no encontramos otro adjetivo que caracterice esta entremezcla entre el liberalismo y el socialismo, nosotros nos proclamamos renovadores . . .". "En el Congreso se enfrentan los diputados del llamado Grupo Renovador partidarios de Venustiano Carranza y que eran muy técnicos y muy duchos en materia parlamentaria . . . Lizardi, Macías, Palavicini, Cravioto. . . y radicales: Ugarte, Gracidas, Jara, Mújica . . . (Memoria de la Primera Comisión para el Reparto de Utilidades, Vol. I, pág. 88). El Lic. José Campillo Sáinz en esa sesión del 7 de junio de 1963, acertadamente sintetiza: "Todo eso que hemos visto sobre el artículo 123, muestra que en realidad México no imitó de nadie . . ., nosotros somos precursores, no somos imitadores". Se habla en el Congreso Constituyente de "ponerle un par de pistolas al Santo Cristo", se lanzaban puyas, pero "esto es en realidad una disputa de pasillos. Lo que tenemos en la discusión del Congreso es la voluntad unánime de darle al pueblo mexicano una constitución en donde se garantizara los derechos sociales. Fue todo un sentido muy fino de la justicia social el que hizo que inclusive, gentes un poco deformadas por la necesidad de cumplir con reglas de la técnica, no pusieron resistencia a esto que para nuestro país es un gran motivo de orgullo" (Memoria de la primera Comisión, Vol. I, pág. 88 y sigs.).

¡Eran conscientes de la trascendencia de su obra! "El Código obrero mexicano será una verdadera gloria nacional. Allí hay cosas enteramente nuevas que no ha explorado siquiera ninguno de los representantes obreros ni de los más radicales, que han venido a tomar parte en este debate". . .

En ocasiones acudían a definiciones previamente elaboradas, que no correspondían a la naturaleza de las instituciones que formaban. Definen el contrato de trabajo acudiendo al Código Francés. Cuando quieren decir qué es "participación en los beneficios" no perfilan si es un derecho o una forma

de medir la retribución. Gracida: "Estimamos que la justa retribución será aquella que se base en los beneficios que obtenga el capitalista. Soy partidario de que al trabajador, por precepto constitucional, se le otorgue el derecho de obtener una participación en los beneficios del que lo explota. La participación en los beneficios quiere decir, según la definición de un escritor, un convenio libre, expreso o tácito, en virtud del cual, el patrono da a su obrero o dependiente, además del salario, una parte de los beneficios, sin darle participación en las pérdidas."

Tenían antecedentes doctrinarios y conocimiento práctico de la experiencia de otros países en materia de reparto de utilidades: "Algunos argumentan —continúa Gracida— que no ha habido buenos resultados, en virtud de que el trabajador no puede fiscalizar ni inmiscuirse en el mecanismo del mismo negocio". Indica un punto todavía objeto de gran debate y hace referencia a la experiencia francesa.

No eran unos visionarios incultos que legislaron "proféticamente", como se ha pretendido para magnificar míticamente su obra. Macías, el vilipendiado y reivindicado "monseñor Macías", estuvo en los Estados Unidos de Norteamérica, con la misión específica de analizar detenidamente el proyecto que se debatiría en la Cámara y que conformaría el artículo 123 Constitucional: "Fui a los Estados Unidos, cumplí mi cometido sobre ese particular, y después de haber visitado los grandes establecimientos de Chicago, los no menos importantes de Baltimore y los grandes establecimientos que existen en Filadelfia, pasé a Nueva York. . ., recogí toda la legislación obrera de los Estados Unidos, busqué también todas las leyes inglesas. . . ("Sesión del 28 de diciembre de 1916). No manifiesta incultura el incendido y fundado discurso del Diputado Jara en la sesión del 26 de diciembre de 1916. Cravioto hace alusión (sesión del 28 de diciembre) a la situación social de Inglaterra, Francia y Estados Unidos; preveía el cambio de la democracia liberal a la democracia social.

ANTECEDENTES EN DIVERSOS PAISES

Francia:

En el campo de la empresa capitalista, la participación tiene su más comentado antecedente en la experiencia del comerciante de pintura Leclaire, quien un día lanzó en Francia la iniciativa de hacer participar a los trabajadores en los beneficios de su empresa y propagó la idea dentro de su medio. Se extendió la idea a través de intercambios y congresos. La bibliografía se enriqueció con la aparición en 1898, de dos importantes obras, cuyos autores son Paúl Bureau y Wazveiler. Charles Gide en 1910 publica "El accionariado obrero", fórmula mediatizante de hacer partícipes a los obreros del destino de la empresa que ha sido aplicada en Francia, Alemania y los Estados Unidos de Norteamérica. De ahí el mismo año el libro de Jean Granier "Las acciones de Trabajo" y en 1912 el de Ettiene Antonelli "Las acciones de trabajo en las sociedades anónimas y la participación obrera".

Como consecuencia de esta tendencia ideológica se reforma la ley francesa de las sociedades por acciones del 24 de julio de 1867, a la cual se le agrega un nuevo capítulo, el IV, en 1917, denominado de "las sociedades anónimas de participación operaria". Esta ley suscitó polémicas a nivel internacional pues introdujo la novedad de las "acciones de trabajo" propiedad de los trabajadores, pero con carácter colectivo.

Estados Unidos de Norteamérica

Nicolás Payne Guilman, en su libro "Profit Sharing Between Employer and Employer" nos dice que en el año de 1794, Albert Gallatin, Secretario del Tesorero en esa época, implantó el reparto de utilidades en su fábrica de vidrio en Pennsylvania. Posteriormente, la empresa Leather of Worcester de Massachusetts, en el año de 1876, establece también un plan para el reparto de utilidades en este país. Años después lo hace la Procter and Gamble Co. En 1892 se inicia la primera asociación para la promoción del reparto de utilidades bajo el nombre de "Consejo de Industrias con participación de utilidades" que en 1916 sumaban 16 firmas y en 1951 más de 300. . . Sears Roebuck, Eastman Kodak, Rowntree and Co. empezaron con el reparto de participación de utilidades a sus trabajadores desde hace más de cuarenta años.

En Estados Unidos se ha difundido el sistema de participación a través de la participación en las acciones, llamado por Robert Brooks "obra infernal": "Las acciones ampliamente difundidas en pequeñas cuotas entre los obreros, muy difícilmente votarían en bloque contra los deseos patronales. Se debe considerar como una tendencia antigremial debido a la influencia sobre la actitud del obrero frente al movimiento laboral. Cada obrero un capitalista, era el slogan de los años veinte" (Robert Brooks, "When Labor organizes", 1933).

Inglaterra:

Tuvo eco la idea francesa a mediados del siglo XIX, principalmente en el medio rural. En 1914 se había adoptado en 136 empresas.

ANTECEDENTES Y EVOLUCION EN MEXICO

Dijimos que el reparto de utilidades no nació del capricho del legislador. Es fruto de un proceso humano en evolución permanente que busca formas equitativas de participación personal en aquello que configura él mismo, en parte, con su esfuerzo. Es el deseo de que efectivamente el trabajo no sea una mercancía ni artículo de comercio, sino esfuerzo humano de realización personal. Es por ello que formas más o menos evolucionadas de participación las encontramos con anterioridad a que como derecho constitucional se estableciera.

En la Ordenanza de Minería de 1776 se concedía a los obreros el 50% del metal extraído, una vez descontado el que se señala como tarea. Era una forma de incentivo en la producción en beneficio también del operario. A esta participación se le denominó "partido". El partido existía independientemente del sueldo o salario y del sobrepago por tiempo de trabajo extraordinario.

En el Congreso Constituyente de 1856 y 1857, Ignacio Ramírez, el Nigromante, plantea el problema de los trabajadores. El verdadero problema social, señala, consiste en emancipar a los jornaleros de los capitalistas, para lo cual propone una solución que le parece sencilla: asegurar al obrero el derecho de dividir proporcionalmente las ganancias con todo empresario. Francisco Zarco en su Historia del Congreso Constituyente lo cita: "El más grave de los cargos que hago a la comisión, es el de haber conservado la servidumbre de los jornaleros. Donde quiera que exista un valor, allí se encuentra la efigie soberana del trabajo", "La escuela económica tiene razón al proclamar que el capital en numerario debe producir un rédito. Los economistas completarán su obra adelantándose a las aspiraciones del socialismo, el día que concedan los derechos incuestionables a un rédito al capital-trabajo". Eran ideas que habrían de germinar.

A fines del año de 1914, apareció publicado en México un pequeño folleto del señor Antonio Sarabia, con el título de "Problema Agrario y Emancipación del Peón y Proletarios Mexicanos", en el cual se proponía como medio para elevar las condiciones de vida de los trabajadores, promulgar una ley reglamentaria del artículo 5º de la Constitución de 1857. Dicha ley reglamentaria fue la siguiente: 1º Toda propiedad, negociación o empresa en que se invierta capital de un valor mayor de $ 1,000.00 y cuyo funcionamiento necesite trabajo permanente y regular. . ., todo negocio o empresa que deba emplear trabajo colectivo y de combinación con el capital para producir frutos, hará constar por escrito las condiciones generales de ese trabajo, como por ejemplo los salarios o sueldos diarios que pagará a sus dependientes o peones, las horas obligatorias de trabajo, los pagos por accidente, etc., debiendo entregar un ejemplar de dicho convenio al empleado o peón, antes de empezar su ocupación.

2o. En los negocios o empresas a que se refiere el párrafo anterior hágase o no constar por escrito, queda perfectamente establecido por la ley que la mitad, o sea el 50% de las utilidades que produzcan, pertenecerán y se dividirá anualmente entre los empleados y trabajadores, sea cual fuere su categoría, en proporción a sus sueldos o salarios y al número de días que hayan trabajado o prestado sus servicios.

3o. El 50% de las utilidades que produzcan los negocios expresados, y que corresponden a los trabajadores, tendrán siempre el carácter de depósito confidencial; y para el castigo de los fraudes que se cometan en ese depósito, habrá acción popular.

4o. Los Ayuntamientos en todo el país, tendrán el derecho y el deber de intervenir en todas las gestiones relativas al pago de salarios y reparto de utilidades que produzcan los negocios expresados que estén ubicados en su jurisdicción; debiendo decidir dichas cuestiones administrativamente y sin recurso alguno. El gobierno será responsable pecuniariamente de los perjuicios que causen los Ayuntamientos al decidir las cuestiones apuntadas".

Las ideas expuestas en estos cuatro artículos constituyen sin duda un antecedente de las fracciones VI y IX del original artículo 123 constitucional que establece que los sujetos obligados al reparto de utilidades son las empresas agrícolas, comerciales, fabriles o mineras. . . Es relevante, de igual modo, porque las bases que señalaba para el reparto son el número de días trabajados y los sueldos y salarios devengados, que se encuentran en vigor en los ordenamientos actuales.

Por razones sociales, económicas, políticas, ante un Gobierno en proceso de reforzamiento político, ante una fuerza obrera desorganizada hasta varios años después de la declaración constitucional, ante una ciudadanía sin partido y dividida en facciones, es decir, en una nación sin estructura definida, resultaba lógico no hubiera esfuerzo significante por darle efectividad al reparto de utilidades.

Los Constituyentes mismos no tenían una idea muy precisa de su naturaleza, pues eran básicamente pragmáticos. ¿Era un derecho genérico o una forma, un parámetro para determinar el salario? Gracida en su referencia confunde y liga el concepto de reparto al salario remunerador. Intentos posteriores lo pretenden concebir como una prestación económica "convertible" en un "seguro obrero" (Proyecto de Obregón en 1921) o como un fondo común de ahorro que tomaba como base no realmente la utilidad sino el monto de los salarios pagados (Proyecto que aprobó la Cámara de Diputados en 1925), o como una cuota, que sería la obrera, para la creación de un Instituto de Seguridad Social. En la Memoria del Primer Congreso de Derecho Industrial, en la sesión vespertina celebrada el día 22 de agosto de 1934, consta: "La Delegación obrera emitió su voto condicional en el sentido de que la aportación de los trabajadores se establecerá siempre que como tal se admite lo que por concepto de participación en las utilidades del patrón establece a favor de los trabajadores el artículo 123 constitucional" (Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Industrial, Talleres Gráficos de la Nación, México, D.F., 1934, Pág. 385).

Lázaro Cárdenas en 1935, en un mensaje al pueblo de México, proclamó: "La intervención del Estado tendrá como objetivo: 4o.- El acceso de los trabajadores a los beneficios de las explotaciones industriales y mercantiles en forma de salarios más altos o de participación de utilidades".

Ante la falta de reglamentación, los sindicatos pedían se sustituyera con el pago de un mes de salario en los últimos días del mes de diciembre, por lo que actualmente viene siendo el aguinaldo (1949, Segundo Congreso del Derecho del Trabajo y Previsión Social).

La Corte en 1935 sentenció que los trabajadores podían "intentar una acción declarativa que les reconozca el derecho de participar en las utilidades de una empresa", pero se fue más allá al decir que "debiendo implicar el reconocimiento del derecho la *obligación por parte de las Juntas de fijar el monto de las utilidades* sobre el que, en su oportunidad, debe hacerse efec-

tivo aquél" (Ejecutoria del 12 de noviembre de 1935, toca 3985/35/1a.) En 1936 aclara: "La fijación en la participación de las utilidades no puede hacerse en forma individual ni aun colectiva por las Juntas de Conciliación y Arbitraje, sin que previamente se haya hecho esa fijación por las Comisiones Especiales a que se refieren las fracciones VI y IX del artículo 123 Constitucional" (Ejecutoria del 12 de agosto de 1936, A.D. 395/36/1a.).

Todavía en 1951 la representación obrera en la XLI Legislatura concebía el reparto como algo "al cálculo", pues en el Proyecto que presentó de Código de Trabajo, en su artículo 101 establecía: "La participación de utilidades a que tienen derecho los trabajadores será la que establezcan sus contratos de trabajo" y sólo a falta de ellos "el 10% sobre el monto de las utilidades anuales del patrón". A este proyecto se opuso la CROC señalando, entre otras cosas, un punto todavía fundamental: "Que la participación de utilidades, sin el amplio derecho de los trabajadores a intervenir en la administración para conocer a punto fijo su condición financiera, era ilusoria". Posteriormente Enrique Rangel, de la CROC, que era integrante de la mencionada legislatura, diría con acierto que dicha iniciativa "desnaturalizaba el propósito original del Constituyente. . . porque convertía la participación en una prestación común y corriente y esto podría originar, lo decimos con toda lealtad, con todo respeto, que se opere una mixtificación en la aplicación de ese derecho" (Memoria de la Primera Comisión para el Reparto de Utilidades, Vol I, Pág. 110).

El 26 de diciembre de 1961, exactamente 45 años después de los debates de los Constituyentes, López Mateos dirige a la Cámara de Senadores una iniciativa de reformas al artículo 123 constitucional, afectándose las fracciones VI y IX. El 20 de noviembre de 1962, teniendo la base constitucional, dirige a la Cámara de Diputados reformas a la Ley Federal del Trabajo para reglamentar el derecho a la participación en las utilidades.

NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICIPACION

El reparto de utilidades es un derecho social público, elevado a la categoría constitucional, irrenunciable, abstracto, indeterminado pero determinable en su contenido pecuniario, no negociable, de índole esencialmente laboral, mediante el cual se incorpora al trabajador a la vida y funcionamiento de la empresa.

Como tal derecho social es la facultad que tiene el trabajador, en su calidad de tal, frente a la empresa de participar en sus resultados. En este sentido la participación no puede confundirse con el salario, en virtud de no constituir una prestación individualizada a una contraprestación; es decir, no es "la retribución que debe pagar el patrón al trabajador por su trabajo" (Cfr. Memoria de la Primera Comisión, Vol. I, Pág. 265, acta No. 14 de la sesión celebrada el viernes 4 de octubre de 1963; Cfr. Punto 23 de la Resolución de la Comisión Nacional para el Reparto de Utilidades, ibídem, pág. 581; Cfr. ibid. Vol II, Pág. 309). Es el reconocimiento abstracto de que el trabajador es elemento activo en la vida de la empresa, debiendo por tanto

participar de los frutos económicos que colabora a producir. En este sentido debe interpretarse la frase de Ruskin: "La recompensa máxima en el trabajo no es lo que nos permite ganar, sino aquello que nos permite llegar a ser". No se trata de dar derecho al trabajador a obtener porciones de agua de la fuente (salario), sino darle derecho sobre la fuente misma. Esta tesis corporativa ha sido objetada diciendo que, de ser así, el trabajador debería de igual modo correr el riesgo de pérdidas económicas. "Los que así razonan, lo hacen con la convicción de que sólo el aporte de capital vale económicamente y que éste es el único que está sujeto a pérdidas. El accionista arriesga bienes, dinero; el trabajador arriesga trabajo y vida. Exigirle, pues, al trabajador, además de las pérdidas naturales que todo trabajo supone, alguna participación extraordinaria en la que pueda sufrir el capital, es desconocer gravemente el valor y función del trabajo" (Carlos Mario Landoño, "La Participación de los Trabajadores en los Beneficios de la Empresa", Ed. Rialp, S.A., Madrid, 1962, Pág. 99). La participación es el rédito que se gana o se pierde de lo que el Nigromante, muchos años ha, llamó el "capital-trabajo". Cierto que el derecho de participar en las utilidades es una forma primaria de injertar al trabajador en la vida de la empresa, pues como señalaba el Constituyente: "no ha habido buenos resultados en virtud de que el trabajador no puede fiscalizar ni inmiscuirse en el mecanismo del mismo negocio". Lo mismo que señalaron y se reseñó ya, las organizaciones obreras: "La participación de utilidades, sin el amplio derecho de los trabajadores a intervenir en la administración para conocer a punto fijo su condición financiera, era ilusoria". Actualmente sigue el dique legal: "El derecho de los trabajadores a participar en las utilidades no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de las empresas". Existe el temor de que se socialice la empresa en el sentido de suprimir a uno de sus elementos. Se trata de que si los resultados de una entidad económica es consecuencia de diversos factores, todos ellos responsablemente intervengan en su funcionamiento para que los resultados sean equitativamente imputados a los mismos, según la naturaleza de cada uno de esos factores.

Es un derecho abstracto en el sentido de que es un reconocimiento a un factor global, al factor trabajo, que desde luego va a ser recompensado en la medida de la *cantidad* de fuerza puesta por cada uno al servicio de la producción (días trabajados) y de la *calidad* cuyo parámetro teórico será el monto de los salarios ("Para fijar el importe del salario se tomarán en consideración la cantidad y calidad del trabajo"). Como corolario de estos supuestos se reconoce que no siendo salario, no siendo un salario diferido, lógicamente no será elemento a considerarse para determinar el salario integrado, y que siendo un reconocimiento a un factor de la producción, las acciones que se ejerzan para hacerlo efectivo deban ser colectivas. No contaría al principio la exclusión que la fracción I del artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo hace de los "Directores, Administradores y Gerentes Generales", en virtud de que ellos representan la "voluntad social", es decir, el factor capital, debiendo en todo caso cuidarse que estas denominaciones correspondan a la real naturaleza de las funciones. La limitante en relación a los de

confianza corresponde a política en la aplicación de las normas, para evitar el fraude a la ley; la limitante de la fracción III es un reconocimiento a que en el ingreso la fuerza de trabajo no siempre colabora de igual manera. La incorporación en el reparto a quienes eventualmente por causas imputables a la propia prestación no han puesto su fuerza de trabajo (incapacitados por riesgo de trabajo) obedece a principios de responsabilidad económica empresarial.

Es un derecho indeterminado, pero determinable. La determinación no se la va a dar la voluntad de las partes sino la situación natural de la empresa productiva. Es por ello que la iniciativa para determinar el monto de la participación a lo que se estableciera en los contratos colectivos de trabajo resultaba contrario a la naturaleza del derecho y en muchos casos podría equivaler a renuncia de un derecho irrenunciable.

Es de índole esencialmente laboral. Está establecido en el artículo 123 Constitucional. Es un derecho social conferido, reconocido a la clase obrera. Su tutela sólo puede estar, como más adelante se ampliará, a cargo de la autoridad laboral, resultando una incongruencia de principio y práctica el que la ley confiera el hacer efectivo este derecho a la autoridad administrativa hacendaria, por más que para cuantificarlo sea necesario, como prerrequisito, la determinación de un aspecto fiscal que sí corresponde a esta última autoridad.

CORRESPONDE A LA SECRETARIA DEL TRABAJO Y PREVISION SOCIAL DETERMINAR LA PARTICIPACION DE LAS UTILIDADES

Con frecuencia y por criterios no del todo definidos, se ha venido insistiendo que el órgano competente para determinar la participación de utilidades, prestación por naturaleza laboral dirigida a sujetos de relación laboral, debe ser la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Ello es contrario a la función propia de dicha Secretaría que es la de administrar los bienes patrimoniales que en vía tributaria y parafiscal recibe el Estado, planificando, ejerciendo vigilancia, obligándose y obligando al cumplimiento de las disposiciones legales en esta materia. Esta materia no tiene ninguna relación con el artículo 123 Constitucional.

Es función propia de la Secretaría del Trabajo, señala la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, entre otras: Art. 40. A la Secretaría del Trabajo y Previsión Social corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

I. Vigilar la observancia y aplicación de las disposiciones relativas contenidas en el artículo 123 y demás de la Constitución Federal, en la Ley Federal del Trabajo y en sus reglamentos.

II. Procurar el equilibrio entre los factores de la producción, de conformidad con las disposiciones legales relativas.

La participación de utilidades está contenida, por así corresponder estrictamente, en el artículo 123 y es un medio para lograr el justo equilibrio entre los factores de la producción.

La participación de utilidades no es consecuencia *originaria* de una obligación fiscal, sino consecuencia originaria y natural de una relación laboral. La cuestión fiscal sólo es un *punto de referencia necesario, pero secundario*, para la determinación de la cantidad líquida que deben recibir los trabajadores.

Dada la interferencia de un concepto fiscal, utilidad gravable, renta gravable, el apartado A del Artículo 123, fracción IX, inciso e) refiere las objeciones de los *trabajadores* a "la oficina correspondiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público". La Ley Federal del Trabajo, que no puede contrariar el aditamento procedimental constitucional, contrario y ajeno a la idea de los Constituyentes, en sus artículos 121 y 122 señala las normas generales a seguir para objetar las declaraciones (La Ley Federal del Trabajo señala un procedimiento ante Hacienda) y en el 125 se señala el procedimiento no ya para objetar la declaración sino la parte que a cada trabajador corresponde conforme a los criterios que establece el artículo 123. En esta segunda fase, el Art. 125 de la Ley Reglamentaria al 123 constitucional, da una competencia endeble y casi vergonzante a la autoridad laboral a través del Inspector del Trabajo.

Para dilucidar el problema y esclarecer la opinión que se manifiesta debe partirse de un concepto: ¿Qué es renta gravable? En forma simple, pero cierta doctrinalmente, es el ingreso bruto menos las deducciones permitidas por la Ley.

¿A quién corresponde determinar la utilidad gravable? A la Secretaría de Hacienda en el aspecto fiscal, pues es la que técnicamente aplica las disposiciones fiscales pertinentes sobre las deducciones, sobre la adecuación a las hipótesis normativas fiscales, montos, criterios de interpretación. Pero éste es un punto segundo de referencia para la participación de las utilidades. Los trabajadores no tienen interés jurídico alguno *directo* en saber cuál es la utilidad gravable de la empresa, pues esto directamente sólo está dirigido al pago de los impuestos, es decir, a la relación jurídico tributaria entre el particular como causante y la autoridad hacendaria como organismo recaudador de los impuestos; por lo tanto carece de acción alguna para impugnar directamente la base gravable. (Todo esto teóricamente.) Su interés sobre la base gravable es *indirecto* derivado de un previo ingreso bruto, con carácter estrictamente contable, que relacionado con una serie de deducciones legales, determina y cuantifica el derecho global de los trabajadores al reparto. Es decir, su interés parte de un ingreso contable para determinar por relación su interés jurídico directo y su acción de índole laboral: reparto de utilidades.

No hay objeción sustancial, por la naturaleza del ingreso, a que este "ingreso bruto" pueda ser objetado por los trabajadores ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y que ésta determine el mismo por ser necesa-

rio para la concreción del derecho sustantivo de los trabajadores. El procedimiento a seguir sería similar al especial para los conflictos colectivos de naturaleza económica, salvo las siguientes excepciones: por la naturaleza misma de la prestación a debate no se admitiría fase conciliatoria; siendo en este caso la representación colectiva laboral la promovente, si no concurre a la audiencia no por ello se le tendría por desistido de la acción, sino que la misma se seguiría de oficio, manteniéndose el principio que actualmente prevalece en el artículo 3o. del Reglamento de los artículos 121 y 122 de la Ley Federal del Trabajo. La representación colectiva de los trabajadores, ante una Junta dedicada al conocimiento de estos asuntos, aportarán por sí todos los medios de prueba directos o indirectos de que dispongan para llevar a la convicción de que los ingresos brutos obtenidos por la empresa fueron superiores a los declarados ante la Secretaría de Hacienda para efecto del pago de impuestos, pero que sirven de base originaria para determinar el derecho a la participación cuantificado. La Junta de oficio podrá ordenar el desahogo de todas aquellas diligencias que considere necesarias para la determinación de los hechos controvertidos, encaminadas directamente al patrón demandado o hacia terceros cuando ello se requiera para determinar la realidad de los ingresos del patrón. (Arts. 782 y 783 actuales de la L.F.T.). Para efectos de mantener el carácter de denuncia fiscal que actualmente tiene la objeción laboral, una vez agotadas las pruebas, la Junta daría vista a la Secretaría de Hacienda para que en un plazo perentorio emita *opinión*, sin que la misma obligue a la autoridad laboral, pero a la que sí se le dará el valor probatorio correspondiente. Determinada la utilidad bruta, y si no existe objeción sobre las deducciones, la Junta aplicará al monto probado las deducciones manifestadas y aprobadas por la Secretaría de Hacienda y determinará y condenará al patrón al pago correspondiente, mediante laudo. Dicho laudo tendrá efecto puramente laboral, sin prejuzgar ni afectar las acciones fiscales respecto al pago de impuestos.

Pudiera ser que los trabajadores tuvieran objeciones tanto sobre el ingreso bruto como sobre la procedencia o no de ciertas deducciones que afectan en su perjuicio el monto repartible. El procedimiento se iniciaría igualmente ante la autoridad laboral, quien correría traslado a la Secretaría de Hacienda para que ésta *determine* lo relativo a las deducciones, siguiéndose el procedimiento actualmente establecido en los artículos 121 y 122 de la Ley Federal del Trabajo. Dicha determinación será resolución fiscal sobre aspectos fiscales que sí obliga a la autoridad laboral para efecto de determinar la utilidad gravable para efectos del pago de la participación, mediante la operación de deducir de los ingresos brutos comprobados en el procedimiento laboral el monto establecido como deducible en resolución por la autoridad hacendaria. En este caso, se repite, sí habría resolución incidental que sería cuestión de previo y especial pronunciamiento respecto del principal. En este supuesto de objeción tanto sobre el monto de los ingresos brutos como de las deducciones la intervención de la Secretaría de Hacienda sería tanto para emitir opinión sobre los ingresos brutos, como para emitir dictamen en lo relativo al monto de las deducciones a aplicarse.

Si sólo se objeta el monto de las deducciones, no así el ingreso bruto al cual se aplican, la Junta remitirá copia de la demanda a la autoridad Hacendaria para que resuelva lo que fiscalmente corresponda en relación a la procedencia o no y cuantifique el monto de deducciones; una vez recibido el dictamen de Hacienda, resolverá sin mayor sustanciación, puesto que las partes ya habían ofrecido y desahogado sus pruebas ante la autoridad fiscal.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CONFLICTOS DE LEYES ENTRE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

KARL AUGUST PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE

A. *Introducción*

1. Conduciendo hacia la temática

Desde los tiempos de la antigüedad, la población de los diferentes estados no se reducía a los meros miembros del pueblo integrante del estado, más bien la formaban también elementos foráneos, venidos esos últimos a causa del comercio, de guerras o demás razones. Ya en aquellos tiempos remotos se le planteaba a los encargados de hacer justicia el problema, cómo tenían que juzgar casos en los que individuos, no pertenecientes a la población original, formaban parte.

Con la creciente evolución del comercio internacional iban incrementando las cuestiones, acerca del orden jurídico que debía de regir esos vínculos internacionales. Las cada vez mayores facilidades de desplazamiento, junto con los múltiples nexos comerciales a nivel internacional, han conducido, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial a una situación en la que asuntos jurídicos del orden internacional vienen siendo ya casi problemas cotidianos.

En la República Federal de Alemania (RFA), esta evolución ha alcanzado un nivel sumamente elevado, debido a las circunstancias geográficas reinantes en el continente Europeo, la organización político-económica del Mercado Común y la liberalidad hacia la inversión extranjera.

En México, la situación es bastante diferente, en lo que se refiere a las circunstancias geográficas, debido al vasto territorio nacional. Empero, aunque existan severas restricciones a la inversión extranjera, la economía del país sí está regida en parte considerable por capital extranjero. De lo dicho se puede deducir que también en México, las relaciones comerciales y civiles del orden jurídico internacional revisten cierta importancia.

2. En este estudio, nos ocuparemos de los conflictos que surgen de la aplicabilidad de las leyes alemanas y mexicanas en las aludidas relaciones internacionales entre ambos países. Antes de entrar al examen específico de aquellos conflictos, comentaré en breves palabras los diferentes conceptos del Derecho Internacional Privado (D.I.Pr.), para luego pasar a un análisis general del sistema conflictual alemán. Concluidas esas consideraciones generales, abordaré el problema de los conflictos de leyes entre la RFA y los Estados Unidos Mexicanos en materia de sucesiones, sirviéndome de un caso concreto, para así poder demostrar con mayor facilidad las diferentes cuestiones a solucionar.

B. *Exposición*

I. DIFERENTES CONCEPTOS DE D.I.PR.

En lo siguiente no nos ocuparemos de la evolución histórica del D.I.Pr., considerando, que la misma ya ha sido objeto de sinnúmero de tratados de los más distinguidos internacionalprivatistas.[1] Me limitaré a demostrar las diferencias en el concepto general del D.I.Pr. en el derecho comparado. Con ese fin me serviré de los sistemas actualmente vigentes en Francia, los países anglosajones, la RFA e Italia, para compararlos después con el sistema mexicano.

1. El sistema francés

El concepto francés del Derecho Internacional Privado, como lo formulan entre otros los destacados tratadistas franceses Niboyet y Batiffol, abarca todas las relaciones jurídicas internacionales.[2] Según nos relata Niboyet en su "Traité de Droit Internacional Privé français",[3] el D.I.Pr. se subdivide en los siguientes capítulos: "nationalité", "condition des étrangers" y "conflits de lois, d'autorités et de jurisdictions".

[1] Véase al respecto C. Arellano García: "Derecho Internacional Privado", 6ª edición, México 1983. Cap. XVII.

[2] Friedrich Korkisch: "Internationales Privatrecht, Sonderausgabe aus J. von Staudingers Kommentar zum BGB", Berlín 1981, tomo I a. Einleitung, notas marginales 8 y 77.

[3] J.P. Niboyet: "Traité de Droit International Privé Français", Paris 1947, tomo I, nota marg. 2.

¿Qué significan esos términos?

"Nationalité" es lo mismo que en México conocemos bajo "Nacionalidad", o sea, la reglamentación de cómo se adquiere y pierde la nacionalidad como vínculo del individuo con el estado al que pertenece.

"Condition des étrangers" equivale en aspecto general a la "condición de extranjeros". Esta misma se refiere al "estudio del ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones a que quedan sujetos los extranjeros en un sistema jurídico determinado", como afirma el maestro Pereznieto.[4] Es el caso, por ejemplo, del derecho del extranjero a internarse en el país. La condición de extranjeros será objeto de estudios intensivos en el transcurso de esa investigación.[5] Por fin los "conflits de lois et de jurisdictions" equivalen a lo que nosotros comprendemos bajo "conflictos de leyes" y "conflictos de competencia judicial".

El objeto principal de los llamados "conflictos de leyes" es determinar, mediante normas indirectas del Derecho interno, cuál de entre dos o más normas jurídicas de diversos Estados es la que ha de regir una situación concreta que está conectada con las normas jurídicas de esos Estados.[6]

Los "conflictos de competencia judicial" tratan de la competencia internacional de los tribunales de diferentes Estados, o sea, de la cuestión, a cuál de entre esos tribunales le es permitido de entrar en acción en un caso concreto, en relación con tribunales de otros Estados.

2. El sistema anglosajón

En diferencia al sistema francés, en los países anglosajones el campo de estudio del "Private International Law" se limita a "conflict of laws" y "conflict of jurisdictions",[7] o sea a los conflictos de leyes y de competencia judicial.

3. El sistema alemán e italiano

En el sistema alemán, el significado del D.I.Pr. se reduce al "Kollisionsrecht", en el orden jurídico italiano al "diritto conflittuale", ambos términos sinónimos de los conflictos de leyes. Los autores alemanes consideran, que el derecho de nacionalidad forma parte del derecho público, mientras que el Fremdenrecht, o sea, la extranjería, se compone de elementos de derecho público e internacional público, razón por la cual ambas disciplinas no son consideradas como pertenecientes al D.I.Pr. "Die internationale Zustaendigkeit", sinónima de los conflictos de jurisdicciones, pertenece al derecho internacional procesal, que en Alemania es una rama de derecho independiente.

[4] Leonel Pereznieto Castro: "Derecho Internacional Privado", México 1980, p. 10.

[5] Véase más adelante, B IV 1.

[6] Véase también Arellano García, obr. cit,. p. 546.

[7] El mismo, p. 32.

4. El sistema mexicano

Habiendo analizado los conceptos del D.I.Pr. en el derecho francés, anglosajón, alemán e italiano, podemos observar, que el derecho mexicano sigue la teoría francesa, puesto que en México, el D.I.Pr. también se divide en "Nacionalidad", "Condición Jurídica de los Extranjeros", "Conflictos de Leyes" y "Conflictos de Competencia Judicial". Pero siempre hay que tener en cuenta, que no se deben de confundir esas distintas ramas y que el punto central del D.I.Pr. sea cual fuera el concepto a invocar, sigue siendo el de los "conflictos de leyes".

II. ANALISIS GENERAL DEL SISTEMA CONFLICTUAL ALEMAN

1. Fuentes del D.I.Pr. alemán

Las fuentes del D.I.Pr. alemán son los tratados internacionales celebrados por la RFA, las leyes y la costumbre. Esas tres fuentes se encuentran establecidas en un orden jerárquico, según el cual prevalecen los tratados internacionales, debidamente ratificados, o en defecto de ellos se estará a las leyes conflictuales. Nada más a falta de ambas fuentes, tratados y leyes, se recurrirá a la costumbre.[8]

a. Tratados internacionales

Para que un tratado internacional empiece a regir en el orden jurídico alemán, además, de la celebración y ratificación es necesario, según la fracción II del art. 59 de la Ley Fundamental alemana, que haya sido transformado en derecho interno por medio de un acto legislativo del parlamento. Habiendo cumplido con estos requisitos, el tratado internacional prevalece sobre las leyes alemanas. Aquí se puede notar cierta diferencia con el art. 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (Const.).

En materia del D.I.Pr., la RFA ha firmado una gran cantidad de tratados, multilaterales y bilaterales; sin embargo, no existen tratados bilaterales sobre esta materia entre la RFA y México.

b. Leyes

Las principales normas de conflicto están ubicadas en los arts. 7-31 de la Ley Preliminar al Código Civil Alemán (EGBGB). Hay que advertir, que en la RFA el derecho civil es facultad de la Federación, según los arts. 70 y 74 de la Ley Fundamental (Grundgesetz); en consecuencia, el derecho civil y el D.I.Pr. están regulados en Códigos federales. En las disposiciones aludidas, el legislador ha tratado de evolucionar normas conflictuales especiales para

[8] Karl Firsching: "Einfuehrung in das internationale Privatrecht", 2a. edición, Muenchen 1981, § 12.

un gran número de figuras jurídicas, olvidándose de regular la capacidad, las personas morales, la representación legal, la prescripción, las obligaciones y los derechos reales. Para esas materias rige la costumbre, determinada en gran parte por la jurisprudencia de la Corte Federal Civil (Bundesgerichtshof, Zivilsachen). De los estatutos contenidos en los arts. 7-31 EGBGB existen por ejemplo uno especial para sucesiones (art. 24 y 25 EGBGB), uno para alimentos (art. 21 EGBGB), uno para divorcios (art. 17 EGBGB), etcétera.

2. Los principales puntos de conexión

El D.I.Pr. alemán no sigue una sola tendencia como el mexicano, el cual establece un territorialismo exagerado en los arts. 12 a 14 CCDF. En cambio, el derecho alemán establece diferentes estatutos para diferentes figuras jurídicas, tratando así de lograr soluciones más adecuadas a los conflictos de leyes y realizar una mayor justicia.

Uno de los principales puntos de conexión es la nacionalidad, la que rige el estatuto personal, así también las sucesiones. En casos de doble o múltiple nacionalidad se tomará en cuenta solamente la nacionalidad efectiva, quiere decir, la nacionalidad de aquel país, con el que está más vinculada una persona determinada. Esa actitud corresponde a lo dispuesto en el art. 52 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización (LNyN) mexicana.[9] Pero, a diferencia del concepto mexicano, en Alemania se aplicará el principio de la nacionalidad efectiva también a individuos, que además de la nacionalidad alemana posean la de otro país.[10] Así pues, el estatuto de un alemán también puede ser el derecho mexicano, si al mismo tiempo es mexicano y según las circunstancias aparece más íntimamente vinculado con México.

Existen todavía varios otros puntos de conexión, por ejemplo el domicilio, la residencia habitual, el principio locus executionis regit actum que corresponde al art. 13 CCDF. Para las formalidades, el art. 11 fracc. I Ley Preliminar del Código Civil Alemán establece al igual que el art. 15 CCDF el principio locus regit forman actus.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL SUCESORIO ALEMAN

Con la ayuda de un caso concreto trataré, en lo siguiente, de plantear los problemas y las técnicas del D.I.Pr. alemán, especialmente en materia de sucesiones.

[9] Art. 52 LNyN: "Al individuo a quien legislaciones extranjeras atribuyan dos o más nacionalidades distintas de la mexicana, se le considerará para todos los efectos que deban tener lugar dentro de la República, como de una sola nacionalidad, que será la del país en donde tenga su principal residencia habitual, y si no reside en ninguno de los países cuya nacionalidad ostente, se estimará como de la nacionalidad de aquel al que según las circunstancias aparezca más íntimamente vinculado."

[10] Sentencia en la Corte Federal Civil en BGHZ 75, 32.

1. Caso concreto

Un alemán muere en la Ciudad de México, D.F., dejando un testamento ológrafo otorgado en la misma, en el que dispone sobre un bien inmueble sito en el Estado de Puebla y demás bienes ubicados en la RFA.

2. Modo de proceder del juez alemán

Digamos que los herederos abren el juicio sucesorio en la ciudad de Muenchen, Baviera. El juez del "Nachlassgericht", que es un foro especial de la jurisdicción voluntaria para asuntos hereditarios, se preguntará, si existen nexos con el extranjero, puesto que entonces tendrá que examinar, si él es internacionalmente competente para conocer del caso. Además tendrá que solucionar la cuestión, qué ley regirá el asunto.

a. Competencia judicial internacional

El juez alemán es competente en el orden internacional, si le es permitido, en relación con tribunales extranjeros, de conocer del caso planteado.

En el derecho alemán, la competencia judicial internacional en cuestiones hereditarias sigue a la ley material aplicable.[11] Eso quiere decir, que si el derecho material aplicable es el alemán, el juez alemán es competente. Por eso se examinará antes la cuestión, cuál es la ley material aplicable al caso.

b. Calificación

Para encontrar la ley aplicable, el juez tendrá que calificar la relación jurídica concreta. En general se califica según la lex fori, así también en Alemania. La calificación se efectúa en tres etapas: 1. Hay que determinar la o las figuras jurídicas que alberga el caso concreto, y buscar la norma conflictual más cercana, más apropiada para la solución del caso. 2. Encontrada esa norma conflictual, se llega por medio del envío a las normas nacionales o extranjeras que deben regir el caso. 3. Llegado a la norma material aplicable, hay que determinar el alcance y el significado de la misma, teniendo en cuenta el contexto legal y la interpretación que se le da en el lugar de su vigencia.[12]

Aplicando ese concepto de calificación a nuestro caso llegamos a las siguientes conclusiones:

1. La figura jurídica en discusión es la sucesión mortis causa, para esta misma existe una norma conflictual especial en el D.I.Pr. alemán, contenida en los arts. 24, fracc, I y 25 de la Ley Preliminar al Código Civil (EGBGB).

[11] Wolfgang Edenhofer en "Palandt, Buergerliches Gesetzbuch", 41. Edición, Muenchen 1982, § 2353, n.m. 1 b.

[12] Firsching, obr. cit., § 7 No. 1.

Art. 24, fracc. I: "La sucesión de un alemán, aunque haya tenido su domicilio en el extranjero, se regirá por las leyes alemanas".

Art. 25: "La sucesión de un extranjero que haya tenido en el momento de su muerte su domicilio en territorio nacional, se regirá por las leyes del país al que pertenecía en el momento de su muerte".

De estas dos disposiciones se desprende el principio, que la sucesión siempre se rige por la ley del país al que pertenecía el de cujus en el instante de su muerte.[13] En consecuencia, el punto de conexión es la nacionalidad del de cujus.

2. En nuestro caso, tratándose de un de cujus alemán, el art. 24 fracc. I EGBGB remite al derecho alemán como estatuto sucesorio.

Suponiendo que el de cujus haya tenido, además de la nacionalidad alemana, la mexicana, y ésta hubiera sido la efectiva en el sentido aludido, serían aplicables las leyes mexicanas según art. 25 EGBGB. Para esta alternativa hay que observar que el envío del D.I.Pr. alemán es un total, o sea, la ley alemana remite al derecho material y conflictual mexicano, razón por la cual hay que examinar el reenvío. Pero prosigamos con el caso original.

3. El estatuto sucesorio alberga todas las cuestiones relacionadas con la sucesión, como son las de la capacidad de testar, la sucesión legítima, el albaceazgo, etc., en consecuencia, se trata de un estatuto general sucesorio. El resultado de la calificación hasta el momento es, que la sucesión del alemán en nuestro caso se rige por derecho alemán en todo lo relacionado a la sucesión.

3. Excepciones al estatuto general

a. Cuestiones previas

Si una norma conflictual contiene una figura jurídica para la que en la lex fori existe una norma conflictual especial, se trata de una cuestión previa que deberá ser calificada de manera autónoma.

Un ejemplo nos brinda la forma del testamento. Una de las cuestiones a examinar en una sucesión testamentaria es la de la forma del testamento, si el testamento fue otorgado de acuerdo con las formalidades legales. En el D.I. Pr. alemán existe una norma conflictual especial para las formalidades, el art. 11 EGBGB. En consecuencia, la forma del testamento es una cuestión previa que no sigue al estatuto sucesorio, sino que requiere de una calificación autónoma.

En materia de forma de testamentos, el art. 11 EGBGB ha sido derogado por un tratado internacional multilateral, la Convención de La Haya sobre Conflictos de Leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias del 5.10.1965. Esta convención ha sido ratificada por la RFA con vigencia a

[13] Andreas Heldrich en "Palandt", obr. cit., Art. 24 EGBGB, n.m. 2.

partir del 1.1.1966,[14] mas no por México. Empero, sí es aplicable a testamentos otorgados en México puesto que según su art. 6,[15] su aplicación no depende de la reciprocidad, más bien se aplica, en Alemania a todas las sucesiones con vínculos al extranjero.[16]

En consecuencia, el juez alemán buscará el derecho aplicable a la forma del testamento por medio de la convención citada.

Según la fracción I letra *a* de su artículo 1, es aplicable a la forma de testamentos la ley del lugar de la otorgación, aludiendo así al principio internacional de locus regit formam actus, como también lo prevé el art. 1593 CCDF.

En nuestro caso resultaría aplicable el derecho mexicano, más bien el del Distrito Federal, porque el testamento fue otorgado en éste. Según los arts. 1499, 1500, fracc. III, 1550, párr. 2, 1553 y 1554 CCDF, un testamento ológrafo no producirá efecto si no está depositado en el Archivo General de Notarías. Como esto no sucedió con el testamento en discusión, éste mismo no es válido.

Pero sí es válido, aplicando otra alternativa de la Convención arriba citada. Según la fracción I letra *b* segunda alternativa del art. 1 es válido un testamento si corresponde al derecho del país al que pertenecía el difunto en el instante de su muerte, en consecuencia, en nuestro caso es aplicable el derecho alemán. Según los arts. 2231 Nr. 2 y 2247 fracc. I BGB[17] (Código Civil Alemán) basta que el testador haya escrito y firmado el testamento con su puño y letra, sin necesidad de depósito formal alguno.

El testamento es válido.

b. Estatuto especial

Como hemos visto, el D.I. Pr. alemán establece la regla general de que un alemán es heredado según las leyes alemanes, se le aplicará el derecho material sucesorio contenido en el quinto libro del Código Civil Alemán (BGB). Pero este estatuto general puede sufrir modificaciones, cuando existan bienes de la masa hereditaria ubicados fuera de Alemania.

El artículo 28 EGBGB establece al respecto: "Los preceptos de los artículos 15, 19, 24 fracc. I, 25 y 27 no se aplican a cosas que no se encuentren en el territorio del estado cuyas leyes serán aplicables según los preceptos arriba mencionados, y que estén sujetas a reglas especiales según las leyes del estado en cuyo territorio están ubicadas".

[14] El mismo, Anhang zu Art. 24-26 EGBGB, n.m. 1.

[15] Art. 6: "La aplicación de las reglas establecidas por esta Convención acerca del derecho aplicable no depende de la reciprocidad. La Convención también se aplicará, si los interesados no son nacionales de un estado contratante o si el derecho que deberá aplicarse según las disposiciones anteriores no es el de un estado contratante."

[16] A. Heldrich, obr. cit., Anhang zu Art. 24-26 EGBGB, n.m. 2.

[17] § 2231 Nr. 2 BGB: "Un testamento puede ser otorgado en forma ordinaria—Nr. 2 por medio de una declaración en el sentido del § 2247 fr. I BGB."

§ 2247 fr. I BGB: "El testador puede testar por medio de una declaración escrita y firmada con su puño y letra".

Transcribiendo esta disposición a una sucesión, resulta: el estatuto general de los arts. 24 fracc. I y 25 EGBGB rige toda la sucesión, incluso todos los bienes de la masa hereditaria. Pero la situación cambia, si un bien está ubicado en un país, cuya legislación no es aplicable según el estatuto sucesorio, y si en este país existen reglas especiales a las que queda sujeto dicho bien.

En este caso, como ya hemos visto, el estatuto general para toda la sucesión del de cujus alemán es el derecho alemán, también para los bienes ubicados fuera de la RFA. Sin embargo, respecto al bien raíz sito en el Estado de Puebla hay que examinar, si en la legislación mexicana o poblana existen reglas especiales en el sentido del art. 28 EGBGB.

Antes de entrar al estudio del derecho mexicano hay que recordar que el D.I. Pr. alemán remite a una legislación ajena en total, a sus normas materiales y conflictuales. En consecuencia, las normas especiales aludidas pueden ser conflictuales o materiales.

IV. EL ENVIO AL DERECHO MEXICANO

Así, finalmente, llegamos al Derecho mexicano. La primera cuestión que surge es, qué ley rige para los extranjeros en asuntos del orden civil e internacional privado. Después nos referiremos en breves palabras a los conflictos interestatales en los Estados Unidos Mexicanos para finalizar con la búsqueda de reglas especiales en el sentido del art. 28 EGBGB.

1. ¿Cuál es la ley aplicable a extranjeros en México?

Como todos sabemos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de Febrero de 1917 establece como forma de estado una República Federal, compuesta de 31 estados, soberanos y libres en su régimen interior, y el D.F. El art. 124 Const. prevé el reparto de las facultades legislativas entre las Entidades federativas y la Federación rezando que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados. El art. 73 contiene en forma enumerativa la mayoría de las facultades federales. En este precepto no aparecen ni el derecho civil ni el derecho conflictual, tampoco en las demás disposiciones constitucionales, salvo el art. 121 Const. que contiene algunas reglas para los conflictos interestatales. La fracción XVI del art. 73 Const. sólo menciona la "condición jurídica de los extranjeros".

Para el presente estudio es necesario relacionar la interpretación del art. 73 fracc. XVI Const., con el art. 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización (LNyN).

El artículo 73 fracc. XVI Const. dice: "El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, etc.".

El artículo 50 LNyN establece: "Sólo la ley Federal puede modificar o restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros, en consecuencia, esta ley y las disposiciones de los CC y CPCDF *sobre esta materia* tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión".

El término "condición jurídica de los extranjeros" es una figura jurídica internacionalmente reconocida. En el derecho francés se llama "condition des étrangers", en derecho alemán "Fremdenrecht". Como ya hemos dicho, la condition des étrangers en Francia forma parte del D.I. Pr. Sin embargo, en el concepto alemán como en el francés se distingue claramente entre conflictos de leyes de un lado, y condición de extranjeros del otro, entre derecho civil como la suma de las relaciones entre particulares y extranjería.[18] Para ambas doctrinas, la extranjería es parte del sector público, sea internacional o nacional. También en el sentido que le dan al término "condition des étrangers" o "Fremdenrecht", coinciden ambas doctrinas. Extranjería es la suma de las normas que dan a los extranjeros diferente trato que a los nacionales, o sea, normas especiales para extranjeros. Lo contrario es el derecho común, que rige igualmente a extranjeros y a nacionales.

Como México sigue el mismo concepto de D.I. Pr. como la doctrina francesa, sería natural que el significado de la condición de extranjeros también es el mismo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.) ha establecido exactamente el mismo criterio que el francés y el alemán, en A.R. 6474/56. En esta ejecutoria, la S.C. dice textualmente, hablando de los artículos del CPC Sonora sobre ejecución de sentencias extranjeras: ". . .de manera que como tales preceptos de ninguna manera legislan sobre la condición jurídica de los extranjeros, ni en forma alguna afectan sus derechos civiles sustantivos, es claro que no pueden considerarse inconstitucionales por motivos que expresa el recurrente, aparte de que tales disposiciones ni siquiera son específicas para los extranjeros, sino que rigen para toda persona que pretende hacer valer ante los tribunales del Estado una sentencia dictada en otro país".

Así podemos afirmar que la condición jurídica de los extranjeros abarca normas específicas para extranjeros. En diferencia, las normas conflictuales rigen para toda persona, sea nacional o extranjera, que esté involucrada en una relación jurídica civil del orden internacional.[19] Además, las normas de extranjería son disposiciones substantivas, directamente aplicables al caso, mientras que las reglas conflictuales son normas indirectas, que solamente remiten a las normas materiales aplicables al caso.[20] Batiffol nos dice al respecto: "Si un extranjero quiere ejercer un derecho en Francia, hay que determinar, según qué derecho lo puede hacer, una cuestión del derecho conflictual, empero, al mismo tiempo hay que examinar, si es admitido a la

[18] Henri Batiffol: "Droit international privé", tomo I, 7a edición, Paris 1981, n.m. 5. Al igual Firsching, obr. cit., § 3 Nr. 3 c.

[19] Korkisch, obr. cit., Einleitung, n.m. 74.

[20] Firsching, obr. cit., § 3 Nr. 3c.

tenencia de ese derecho, lo que es un problema de condición de extranjeros".[21]

En consecuencia, el art. 73, fracc. XVI Const. no faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de conflictos de leyes, más bien es facultad de los Estados, según el art. 124 Const.

La condición jurídica de los extranjeros, aun tratándose de derecho público, contiene diferentes aspectos, públicos, civiles, fiscales, etc. lo que generalmente es más conocido, es el aspecto público, lo que se puede llamar "el estatuto del extranjero frente al estado",[22] por ejemplo su internación al país, su expulsión, calidad migratoria, el goce de las garantías individuales. El aspecto civil, como parte de la condición de extranjeros, se compone de normas específicas para extranjeros, refiriéndose a sus relaciones jurídicas del orden civil. Recurriendo otra vez al derecho comparado vemos, que en Francia existe un término sinónimo a los derechos civiles de que gozan los extranjeros Batiffol nos habla de "la jouissance des droits privés des étrangers".[23] Por este término se define el aspecto civil de la "condition des étrangers" que para él significa la admisión de los extranjeros a ciertos derechos del sector civil. El mismo sentido le da la doctrina alemana al hablar del aspecto civil del "Fredemrencht".[24] Qué se entiende en los derechos fránces y alemán bajo "admisión del extranjero a institutos del Derecho Civil"? Para no confundirse hay que distinguir muy claramente entre extranjería y derecho común o civil. El Derecho Civil regula las relaciones jurídicas de los particulares, sin distinguir entre nacionales y extranjeros, mientras que la extranjería regula relaciones jurídicas exclusivamente para extranjeros. El Derecho Civil se compone de diferentes institutos o derechos, como son el derecho de casarse, de divorciarse, de heredar, el derecho de la propiedad, etc. La admisión del extranjero a institutos del Derecho Civil o a derechos civiles significa, según la doctrina francesa y alemana, que determinado estado concede a extranjeros el derecho, por ejemplo, de divorciarse; el extranjero es admitido al instituto civil denominado "divorcio". En otras palabras, la cuestión de si un extranjero puede divorciarse, es extranjería, porque se trata de una reglamentación específica para extranjeros; en cambio, la cuestión de cómo el extranjero puede divorciarse, una vez admitido a este derecho civil, es un problema del derecho común, puesto que rige indiscriminadamente para nacionales y extranjeros. Comparando esta deducción con el derecho mexicano, en primer lugar podemos constatar, que "jouissance des droits privés" se traduce literalmente a "derechos civiles de que gozan", pues "jouir" deriva de la misma raíz latina que "gozar". Esta equiparación es sostenida también por cinco ejecutorias de la S.C. que forman jurisprueden-

[21] Batiffol, obr. cit., n.m. 5.

[22] José Luis Siqueiros: "El Divorcio de extranjeros en México y las reformas a la Ley de Nacionalidad y Naturalización", en El Foro 5a época, No. 21 p. 56.

[23] Batiffol, obr. cit., n.m. 5.

[24] Georg Melchior: "Die Grundlagen des deutschen IPR", Berlin 1932, p. 1, pie de página 1.

cia, según los arts. 192 a 194 de la ley de Amparo.[25] En A.R. 6044/71, la S.C. declara que en la condición jurídica de los extranjeros están comprendidos derechos públicos y privados, porque "el precepto constitucional, al referirse a la condición jurídica de los extranjeros, *no establece distinción alguna* respecto a si esa facultad legislativa atañe exclusivamente a derechos públicos o solamente a los privados, sino que se refieren a la condición jurídica de los mismos, por lo que debe entenderse que en ella quedaban comprendidos ambos derechos ya que *donde la ley no distingue no cabe distinguir*".[26] Desafortunadamente, la S.C. no nos define lo que ella comprende bajo "derechos civiles de que gozan los extranjeros", nada más constata, sin argumentación alguna que el art. 50 LNyN es constitucional. La argumentación de la S.C. en este caso es muy deficiente y sigue la ley del menor esfuerzo, actitud que no es digna del rango del Supremo Tribunal ni de la importancia de una interpretación constitucional.

Tomando en cuenta que, según la S.C., la condición jurídica de los extranjeros comprende derechos privados, que el término "derechos civiles de que gozan extranjeros" es traducción literal del concepto francés de "jouissance des droits privés des étrangers", y de que hay que interpretar las leyes de manera que no violen la Constitución, según el art. 133 Const., se puede deducir que el art. 50 LNyN trata de la admisión de los extranjeros a institutos del derecho civil. El maestro Arellano García afirma al respecto que "los derechos civiles de que gozan los extranjeros son algunos de los contenidos en el rubro general de condición de extranjeros."[27] En consecuencia, el art. 50 LNyN, basado en la fracción XVI del art. 73. Const., únicamente federaliza las disposiciones del CCDF que tratan de la admisión de extranjeros a institutos del derecho civil. En materia de sucesiones, son los arts. 1327 y 1328 CCDF que resultan ser de aplicación federal.

Artículo 1328. "Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o intestado, a los habitantes del D.F., los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de mexicanos." En conclusión podemos afirmar que el Congreso de la Unión no está facultado por el art. 73 fracc. XVI Const. de legislar en materia de conflictos de leyes o de derecho civil, incluyendo el derecho sucesorio. Más bien, corresponde a los Estados de la Federación legislar en estas materias, aun tratándose de extranjeros. Regresando al caso concreto, debemos de aplicar la legislación estatal que nos indique el derecho conflictual interestatal, salvo los arts. 1327 y 1328 CCDF.

[25] A.R. 6044/71, Semanario Judicial de la Federación, 7a época, tomo 52, 1a. parte, pp. 39 y 42. Iguales: A.R. 3136/72
A.R. 1695/72
A.R. 2183/72
A.R. 106/72

[26] A.R. 6044/71, pp. 37 y 38 de la Sentencia.

[27] Arellano García, obr. cit., p. 344

2. *Los conflictos de leyes interestatales*

El art. 121 Const. contiene bases para conflictos interestatales, pero no regula el caso de las sucesiones. En defecto de reglas conflictuales contenidas en la Const. Federal, se estará a las normas conflictuales interestatales contenidas en los Códigos Civiles Estatales, según el art. 124 Const.

En nuestro caso existe un bien inmueble sito en Puebla, mientras que el testador falleció en el D.F. A falta de tiempo, no abordaremos el problema interestatal con la amplitud necesaria. En mi opinión, como no se abrió juicio sucesorio en México, sino en la RFA, se tomará en cuenta únicamente la ubicación del bien como punto de conexión, considerando que la lex rei sitae es un concepto general en el Derecho mexicano, como lo podemos ver en la fracc. II del art. 121 Const. que dice: "Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación".

Así, pues, llegamos al CC. Puebla como ley mexicana a examinar en nuestro caso.

3. *Reglas especiales en el Derecho poblano*

Finalmente regresamos al problema que al juez alemán le queda por resolver: Se trata de la cuestión arriba mencionada del estatuto especial. Recordemos que, según el D.I. Pr. alemán la sucesión de un de cujus alemán siempre se rige por el derecho alemán como estatuto sucesorio, pero que en el caso de la existencia de reglas especiales en el país de la ubicación de bienes pertenecientes a la herencia puede prevalecer un estatuto especial para los referidos bienes sobre el estatuto sucesorio, según lo dispuesto por el art. 28 EGBGB. Como también ya hemos dicho, esas reglas especiales pueden ser conflictuales o materiales.

La Corte Federal Civil ha evolucionado como uno de los típicos casos del estatuto especial en que las normas conflictuales de determinado país prevean la división de la masa hereditaria, porque las mismas contengan diferentes puntos de conexión para los bienes muebles y los inmuebles.[28] Este caso se da en la legislación Civil de Puebla. El Código Civil de Puebla contiene reglas conflictuales especiales para sucesiones de extranjeros en los arts. 15 y 11 CC Puebla.

> Art. 15: "Si los contratos o testamentos de que habla el artículo anterior fueren otorgados por un extranjero y hubieren de ejecutarse en el Estado, 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. Por lo que respecta a las raíces, se observará lo dispuesto en el art. 11".
> Art. 11: "Respecto de los bienes inmuebles sitos en el Estado regirán las leyes de éste aunque sean poseídos por extranjeros".

[28] Heldrich, obr. cit., art. 28 EGBGB, n.m. 3.

De los anteriores preceptos se desprende que en Puebla se puede dar el caso de diferente trato a los bienes pertenecientes a la sucesión, si el testador eligió para los bienes muebles una legislación distinta de la lex rei sitae. En consecuencia, el CC Poblano prevé una regla especial en el sentido del art. 28 EGBGB para el bien inmueble sito en el Estado de Puebla, puesto que, según los arts. 15 segunda frase y 11, los bienes inmuebles que forman parte de la masa hereditaria siempre se regirán por la lex rei sitae.

V. SOLUCION AL CASO CONCRETO

1. La sucesión del de cujus se rige por la ley alemana como estatuto sucesorio (art. 24, fracc. I EGBGB).
2. Ese estatuto es un estatuto general que incluye todas las cuestiones relativas a la sucesión.
3. Como excepciones al estatuto sucesorio hay que considerar las cuestiones previas. Una de las cuales se refiere a la forma de los testamentos que según la Convención de La Haya arriba citada tendrá que satisfacer los requisitos establecidos por la ley alemana.
4. El bien inmueble sito en Puebla está sujeto a la regla especial de la lex rei sitae según el CC Poblano. En consecuencia, respecto a este bien, la sucesión se regirá por el Derecho Poblano, como lo ordena el art. 28 EGBGB, mientras que el resto de la sucesión se rige por la ley alemana.
5. Resulta aplicable el CC Poblano porque es facultad de los Estados legislar en materia de conflictos de leyes y de derecho civil.
6. Respecto del bien sito en Puebla hay que tener en cuenta los arts. 1327 y 1328 del CCDF, para la capacidad de heredar si existen herederos extranjeros, puesto que ambos preceptos han sido federalizados por el art. 50 LNyN de acuerdo con la facultad federal contenida en el art. 73 fracc. XVI Const. para dictar leyes sobre condición jurídica del extranjero.
7. La competencia judicial internacional sigue al derecho material aplicable a la sucesión. El juez alemán es competente de conocer del juicio sucesorio porque el derecho alemán es aplicable al caso; sin embargo, respecto del bien sito en Puebla, no es competente el juez alemán puesto que para aquél rige la ley poblana.

DERECHO PENAL

EL NUEVO TRATAMIENTO PENAL DEL CHEQUE SIN FONDOS

SERGIO VELA TREVIÑO

1. Las reformas que a leyes de contenido penal realizó el Poder Legislativo en el periodo ordinario de sesiones del año de 1983, han traído como consecuencia un tratamiento absolutamente novedoso entre nosotros al conocido fenómeno que se identifica con el nombre de cheques sin fondos. Lo mismo para el especialista en Derecho que para el lego, el solo mencionarse la expresión "cheques sin fondos" le da una inmediata asociación con un hecho perfectamente conocido, que es el del impago de un cheque por no tener el librador recursos disponibles en suficiencia.

A partir de la entrada en vigor de las reformas del día 12 de abril de 1984, porque según el Decreto que publicó las reformas entrarían en vigor 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación y este hecho ocurrió el 13 de enero del presente año, las cuestiones legales vinculadas con los cheques sin fondos tendrán que ser analizadas bajo una doble perspectiva, tal como lo trataremos en el punto 2 de este trabajo y atendiendo a las directrices señaladas por las citadas reformas.

Al entrar en vigor las reformas en la fecha indicada habrán de presentarse casos en los que la ley tendrá que ser aplicada en forma retroactiva, por ser favorable el nuevo contenido de las normas aplicables para quienes hayan realizado la conducta que antes era punible y ahora no lo es más. Lo que antes era típico y punible, es conforme a las nuevas formas, atípico e impune.

No tenemos duda alguna en que la nueva legislación aplicable vaya a ser motivo de diversos estudios e interpretaciones. Nuestra intención al realizar este análisis se reduce al interés que tenemos en exponer públicamente nuestra manera de entender e interpretar los nuevos textos, para colaborar a formar un criterio que resulte aceptable mayoritariamente.

2. Las cuestiones en las que se involucre un cheque devuelto por falta de fondos se han de ver a partir de la entrada en vigor de las reformas, bajo una de las dos siguientes perspectivas:

a) Como hechos carentes de relevancia penal, por ser atípicos, y
b) Como una forma diferente de presentación de los fraudes llamados específicos.

Cada una de estas alternativas está fundada en los nuevos textos y tratamientos dados por la reforma penal de 1984. Los efectos son, evidentemente,

diferentes para cada uno de los citados casos, ya que en uno no hay delito y en el otro el delito sí existe.

Creemos conveniente desarrollar, por su orden, los dos temas planteados, para que se conozca nuestra posición y, especialmente, para que en el caso del nuevo delito de fraude, se puedan ir fijando criterios para la interpretación de los artículos correspondientes del Código Penal reformado.

3. En cuanto se refiere al caso en que deja de existir como delito el hecho del libramiento de cheques sin provisión de fondos, la base normativa aparece consignada en el artículo 6º del Decreto de 13 de enero de 1984, que dice que:

> "Se deroga el párrafo segundo del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito."

El párrafo ahora derogado decía lo siguiente:

> "El librador (se refiere al del cheque presentado en tiempo y no pagado) sufrirá, además la pena del fraude, si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviere antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librador."

Es claro que en este párrafo ahora derogado se contempla tres formas diferentes de cometer un delito; en primer lugar por librar un cheque sin tener fondos disponibles al realizar el acto del libramiento; en segundo por disponer de los fondos que hubiere tenido y que tendrían que haber sido suficientes para cubrir el cheque, antes de que transcurriera el plazo de presentación legal del cheque librado, en la inteligencia de que la disposición de fondos tiene que colocar a la cuenta contra la que se realizó en libramiento con un saldo inferior al monto del cheque y, en tercer término, que el librador haya carecido de autorización para librar el cheque en cuestión.

Las tres hipótesis típicas mencionadas en el párrafo anterior, fueron las que, en su conjunto, integraron la polémica figura del delito de libramiento de cheques sin fondos.

En pocos temas se ha visto tan acentuadamente, lo variable de los criterios e interpretaciones de los textos legales, como en este artículo 193, segundo párrafo de la L.G.T. y O.C. La doctrina y la jurisprudencia, especialmente ésta, recorrieron todos los caminos para interpretar el mismo texto. Se pasó desde el delito de resultado material equiparable al fraude y con las penas imponibles a éste, hasta un tipo especial, en el que el resultado se producía en forma jurídica. Cuando se empezaron a debatir a fondo estas cuestiones, quien libraba un cheque sin fondos era sancionado con las penas del fraude de entonces (3 a 12 años de prisión sin el monto era superior a $3,000.00); esto hizo que se tratara de defender siempre al librador responsable sobre la base de que el cheque había sido dado en garantía de un crédito y no con poder liberatorio, con lo cual se alcanzaba una impunidad en el caso concreto.

Luego, ante los arreglos no muy diáfanos para la administración de justicia, que propiciaban estas interpretaciones, se sostuvo el criterio de que al desnaturalizarse el cheque y convertirlo en instrumento de crédito, se cometía el delito por quienes intervenían, dando y recibiendo el título. Con ello, beneficiario y librador se veían envueltos en un proceso penal, con lo cual se cerró la puerta que antes se había abierto.

Sin embargo, ante el número cada vez más elevado de procesados y condenados por un hecho tan frecuente, los intérpretes de la ley sintieron la necesidad de dar la oportunidad para que la justicia funcionara, sin llegar al extremo de dañar en forma trascendental a los ciudadanos. Para ello se valieron de una tesis interpretativa según la cual la pena aplicable al delito era la vigente en la época de promulgación de la L.G.T. y O.C. (Seis meses a seis años de prisión) y no la correspondiente a la época de consumación del delito. Con ello los tratamientos legales privilegiados funcionaban, ya que siempre procedía la libertad provisional y la pena ya individualizada podía ser substituida o cumplida en libertad condicional.

Contemporáneamente se sostuvo el criterio de que no era este delito de daño, sino uno especial en el que el bien jurídico era la seguridad de la circulación del cheque; con esta idea, nunca se condenaba a un reo a pagar el importe del cheque, sino que se dejaba expedita la acción reparadora para ser ejercida en la vía civil o mercantil.

Hemos hecho una rápida revisión de las variantes que habíamos comentado con la idea de evidenciar que esta figura típica ahora derogada, nunca estuvo claramente definida. En la última época, es decir de 1976 a 1982 se acentuó más esta confusión cuando el órgano persecutor federal auspiciaba y propiciaba arreglos entre los interesados y se abstenía de ejercitar la acción penal cuando se había reparado el daño, bajo una extraña idea de que el denunciante carecía de interés jurídico para continuar con la averiguación de los hechos ya puestos en conocimiento del Ministerio Público Federal. Se hizo una total abdicación del imperio de la ley en favor de los intereses privados y si no se produjeron actos de repulsa a esta posición, evidentemente ilegal, fue porque en el fondo, todos estábamos convencidos de que el delito del libramiento de cheques sin fondos era obsoleto e inadecuado como estaba en la ley.

Con este último procedimiento extraño, se llegó a una descriminalización del cheque sin fondos, pero en forma ilegal y hasta pudiera decirse que pintoresca, porque se resolvían en forma práctica problemas que debieron haber sido tratados con reformas legales.

Una nueva línea de pensamientos hizo que la descriminalización realizada prácticamente se llevara adelante en forma legal y por evidentes razones de práctica criminal.

En efecto, hay una parte importante de la sociedad mexicana que interviene en operaciones mercantiles, que usa el cheque como instrumento crediticio y no liberatorio. Es la propia sociedad, especialmente en el norte de nuestro país, la que acepta que el cheque puede funcionar en forma diferente a como los teóricos del Derecho Mercantil pretenden. El cheque,

histórica y legalmente, pretende ser un substituto siempre eficiente del dinero en efectivo. Al librar un cheque se pretende equipararlo al hecho de entregar billetes de curso legal. Este es, sin embargo, una hipótesis de la ley que choca con la realidad nuestra, ya que hemos aceptado al cheque sin esa equivalencia al dinero y lo hemos convertido en título de crédito. Bien o mal, por lo cierto es que esto es lo que ocurre y de ello resulta una incongruencia entre la ley penal y la realidad en la que se aplica. Si el Derecho Penal pretende ser un medio de orientación social y aplicarse sólo como última de las medidas disponibles, en el caso del cheque esa función subsidiaria no se cumplía, porque ni se obtenía una orientación en un sentido determinado del comportamiento social, y tampoco sus medidas se aplicaban como último recurso. Había un absoluto divorcio entre la ley y la realidad social y ya se sabe que la política criminal sugiere que sea la ley la que se adecue a la sociedad y no ésta a aquélla. Cuando la ley penal va contra el sentimiento social, se convierte en una ley tiránica e inoperante.

Por otra parte, los cambios sufridos en la interpretación en lo tocante al bien jurídico que el tipo del 193 protegía, estaba produciendo profundas insatisfacciones entre los miembros de la comunidad. Cuando se fijó el criterio imperante inmediatamente antes de la reforma de 1984, se estableció que el bien jurídico que se tutelaba era el de la seguridad del cheque en cuanto a su poder liberatorio; ya no era un delito de daño al patrimonio, como antes se había sostenido. Como consecuencia de esta variación resultó que en todo delito de cheques sin fondos el librador era condenado, pero el beneficiario del cheque no resolvía problema alguno, porque dada la naturaleza del bien jurídico, no podía haber condena a la reparación del daño, porque tal daño no se había causado.

Es evidente que en estas condiciones, quienes habían acudido ante las autoridades competentes buscando resolver sus controversias, sufrían una grave frustración a la conclusión del procedimiento penal, ya que este era el momento en que se les decía que debían acudir a la instancia civil para obtener el resarcimiento del daño sufrido. Era motivo de profunda insatisfacción llegar a la conclusión de que se había perdido lamentablemente un tiempo siempre valioso. Al particular, salvo raras excepciones, no le es especialmente interesante el problema de la política criminal del Estado; lo que pretende es que el Estado, en forma expedita, satisfaga sus justas pretensiones. Esto no ocurría en el caso del delito del 193 de la L.G.T y O.C. con el consecuente deterioro a la confianza que debe tener la sociedad en su aparato de administración de justicia.

Al descubrir el beneficiario del cheque devuelto sin fondos el arma poderosa que había sido puesta en sus manos, se inició una actividad que puede llamarse de amenaza legal. Ciertamente, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue cerrando más cada vez la posibilidad de defensas que pudieron traducirse en absoluciones, los particulares beneficiarios de los cheques y sus abogados, empezaron a manejar la amenaza de formular la denuncia del caso, de la que era seguro que vendría una sentencia condenatoria.

Más aún, los tan frecuentes casos del deudor que había girado dos o más cheques a favor de la misma persona permitían acentuar el riesgo, porque manejados adecuadamente los plazos procesales y los tiempos reales, dependía del beneficiario o eventual denunciante el que alguien pudiera ser tenido como delincuente reincidente, con las gravísimas consecuencias legales que ello lleva consigo.

Como es natural, la llamada amenaza legal se manejaba para obtener un beneficio económico, más allá de lo que la ley, civil o mercantil autorizan. La ley, en estas condiciones, quedaba supeditada a intereses bastardos y un aspecto tan trascendental para el reo, como lo es la reincidencia, dependía igualmente de la habilidad e imaginación de los beneficiarios de los cheques. Quien perdía, indudablemente, era el valor de seguridad que la ley debe garantizar y por ende la sociedad toda.

Los tribunales federales penales y la propia Procuraduría General de la República tenían una sobrecarga de trabajo, agudizada por los efectos de la crisis económica, ya que cada vez proliferaban más los libramientos de cheques, porque el público encontró sólo una fuente de crédito y financiamiento distinta a las tradicionales y, desde luego, más barata aun cuando más riesgosa, según se ha visto.

Para cualquiera debe resultar claro que el tipo de delito contenido en el párrafo segundo del 193 de L.G.T. y O.C. ya no cumplía función alguna que justificara su permanencia en los ordenamientos penales. Mejor podría afirmarse que la función que cumplía era dañina para la sociedad, la ley y el sistema de administración de justicia.

Al venir en la forma expresa que hemos anotado la derogación, se cumple con un proceso natural de adecuación entre la ley y la sociedad.

4. Las consecuencias legales del acto derogatorio de 193 L.G.T. y O.C. pueden analizarse desde tres puntos de vista, conforme lo dispone el artículo 57 del Código Penal Federal. Este artículo dice así:

> "Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior le daba se pondrá en absoluta libertad a quienes se esté juzgando y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de derecho todos los efectos que éstos y los procesos debieran producir en lo futuro".

Los tres citados puntos de perspectiva serán tratados en forma separada.

a) Todos aquellos que hubieren librado un cheque que ya haya sido devuelto por alguna de las causas señaladas en el 193 ahora derogado, o que sea devuelto ya estando en vigor la reforma, quedan fuera del Derecho Penal, porque ya no hay una ley que describa como delito el hecho realizado. Al faltar la ley contenedora del tipo, estamos ante la presencia de una ausencia de tipo especial valoración del legislador.

Ni siquiera bajo el enfoque del nuevo tipo del 387 - XXI del Código Penal sería contemplable el caso antes citado por la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente y en perjuicio de alguien la ley penal. En este caso, como luego se precisará, habrá de estudiarse el momento consumativo del delito nuevo, para saber si ocurrió antes de la entrada en vigor de la reforma, o después. Esta cuestión tendrá que verse según cada caso concreto y, desde luego, con satisfacción de todos los otros elementos del tipo.

Lo cierto es que el tratamiento hecho del libramiento de cheques sin fondos, sin causar perjuicio económico y atentando contra la naturaleza jurídica del cheque, ya no es delito, por lo que este primer aspecto, insistimos, queda fuera del Derecho Penal;

b) Las personas que están siendo procesadas por el delito del 193 L.G.T. y O.C. tienen que ser puestas en inmediata y absoluta libertad y sin necesidad, siquiera de un procedimiento especial.

Conforme a nuestro sistema de enjuiciamiento, todo proceso se seguirá por el delito o delitos por el que se haya dictado auto de formal prisión. Este auto es el que se denomina cabeza del proceso y marca y fija tanto el principio de la etapa del proceso como el delito sobre el que versará. En todo caso en que haya abierto un proceso por el delito previsto en el 193 de L.G.T. y O.C. debe de inmediato procederse a decretar la libertad absoluta del procesado. No cabe en este caso cambiar la clasificación del delito, para dictar un nuevo auto conforme al 387 - XXI, porque los hechos constituyen uno y otro tipos son diferentes y, además, requiere con apego a nuestro sistema acusatorio, que el Ministerio Público ejercite la acción por los nuevos hechos.

Quien está siendo procesado deber ser puesto en libertad y esto alcanza a todos los casos en que aún no exista sentencia ejecutoria, como sería el del proceso en apelación o en amparo directo. Si no hay definitividad en la sentencia hay proceso y dado esto, procede aplicar el artículo 57 del Código Penal.

c) Quienes hayan sido condenados y estén cumpliendo o hayan cumplido la sentencia impuesta, tienen pleno derecho a que cese la etapa de cumplimiento y queden sin efecto alguno las consecuencias que trae consigo una sentencia condenatoria.

Si el individuo está cumpliendo la condena impuesta, de inmediato debe dejar de hacerlo y obtener del juez la declaratoria de libertad total y absoluta; si ya ha cumplido, su derecho consiste en que se hagan las anotaciones necesarias en todo tipo de registros, controles y concentración de antecedentes, para que se inscriba que no se está ante un delincuente. Esto tiene especial significación para los tratamientos privilegiados que nuestra ley da a los delincuentes primarios; en efecto, si alguien fue condenado por el delito ahora derogado y comete otro delito, seguirá siendo delincuente primario, porque cesan los efectos que en el futuro debiera producir la sentencia condenatoria.

5. La derogación que contiene el artículo sexto del Decreto de 13 de enero del presente año es expresa; no hay ni debe haber duda alguna en cuanto a que las tres hipótesis típicas que menciona el párrafo segundo del 193 de L.G.T. y O.C dejan de ser delictuosas.

Esto hace plenamente aplicable el artículo 57 del Código Penal, porque se está en el caso de que una ley nueva, la contenida en el citado Decreto, quita a un hecho determinado el carácter de delito que otra anterior le daba.

Mencionamos esta circunstancia porque sostenemos que al sobrevenir la derogación y desaparecer el tipo concreto, ciertas conductas, que eran valoradas como típicas y por tanto portadoras en principio de antijuridicidad o ilicitud, se vuelven absolutamente lícitas para efectos penales. Sabemos que al Derecho Penal liberal interesan solamente aquellas conductas que en hipótesis típicas hayan sido valoradas por el legislador como delictuosas, por ser contrarias al Derecho. Si un criterio valorativo diferente elimina la condición de tipicidad, no hay, en principio interés alguno del Derecho Penal en tales hechos y conductas; quiere con esto decirse que se trata de conductas inocuas para efectos penales.

Sin embargo, puede haber quienes sostengan que no se está ante una derogación expresa, sino ante una variación en el tipo en este caso del 193 L.G.T. y O.C. Pensamos que no asiste la razón a quienes tal criterio sustentan, porque, como lo veremos en los siguientes puntos, el nuevo tipo de fraude contenido en la fracción XXI del 387 del Código Penal, es totalmente distinto al anterior 193 L.G.T. y O.C. Respecto del Decreto de 13 de enero de 1984, lo correcto es afirmar que un delito especial contenido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ha sido derogado; en tanto, al Código Penal se adiciona un nuevo delito de fraude específico que tiene con el derogado de la Ley especial la similitud del medio comisivo, pero en realidad, se trata de una figura absolutamente distinta.

6. El acto derogatorio de la L.G.T. y O.C., que como hemos visto es razonado y razonable, no significa que el Estado deje de interesarse radicalmente en el fenómeno real del libramiento de cheques sin provisión de fondos. Por lo anterior, en el mismo Decreto se hace inclusión de un nuevo tipo, el contenido en la fracción XXI del artículo 387 del Código Penal, que pone de manifiesto que el legislador nacional hace un nuevo y actualizado análisis del cheque sin fondos y le da un tratamiento diferente al que antes establecía la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

De ser un delito contenido en una ley especial, ahora el libramiento de cheques sin provisión de fondos es incorporado como figura típica en la Parte Especial del Código Penal. No se trata de una mera reubicación del tipo, sino de un nuevo criterio en el que la antijuridicidad queda delimitada en el tipo que se crea, con diferentes enmarcamientos, desde varios aspectos. Cambia la clasificación en orden al resultado, la naturaleza del bien jurídico que se protege, la sanción aplicable y otros aspectos.

En síntesis, hay una nueva forma de tratar penalmente al cheque sin provisión de fondos, que implica la fijación de un criterio legislativo diferente. Puede decirse que el delito, amplio y confuso del 193 de la L.G.T y O.C., ha sido derogado, pero el hecho del libramiento de los cheques sin fondos tendrá contenido penal cuando coincida plenamente con la nueva hipótesis típica. No se trata, en el caso, de un tipo que substituye a otro, sino de un tratamiento legal bajo condiciones radicalmente distintas.

Estas afirmaciones deberán quedar justificadas en lo subsecuente de nuestro trabajo que, para su continuidad, requiere que transcribamos el nuevo tipo, ubicado ahora, como antes se expuso, como una fracción adicional, la XXI, de las formas específicas de fraude que contiene el artículo 387 del Código Penal, aplicable a toda la República en materia federal y al Distrito Federal en materia común.

Dice así la fracción XXI de 387:

> Artículo 387. "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán. . . XXI. Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate. No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.
>
> Las instituciones, sociedades nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los organismos Oficiales y Descentralizados, autorizan legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX".

Hemos hecho la anterior transcripción tomándola literalmente del *Diario Oficial* correspondiente al viernes 13 de enero del 1984. Queremos destacar que el último párrafo transcrito, nada tiene que ver con el nuevo tipo de la fracción XXI del 387, ya que se refiere a una excepción de constituir un depósito obligado, que se menciona como delito distinto en otra fracción del 387. La deficiente redacción establecida en el Decreto habrá de propiciar confusiones, pero queremos dejar claramente afirmado que ese último párrafo no tiene relación o vinculación con el tipo de fraude que vamos a tratar. La razón de la inclusión, como si fuera continuación de la redacción del tipo, se encuentra, según nosotros, en que tal párrafo se ubicó en la misma parte final, pero en forma más propicia para la confusión. En realidad, el tan mencionado párrafo deberá estar en la parte final del artículo 387-XXI, que es donde aparece congruente el texto.

Antes de proceder al análisis del nuevo tipo, queremos también dejar asentado que el anterior 193 de la L.G.T. y O.C., manejaba tres hipótesis típicas, como se expresó en el punto 3 de este trabajo, mientras que ahora son dos las que se integran en el 387 - XXI. Esto será tratado con más detalle al ocuparnos de la conducta punible, pero lo cierto es que ahora el disponer de los fondos antes de transcurrido el plazo de presentación del cheque ha dejado de ser conducta punible.

7. Como cuestión previa, es de especial importancia dar al tipo que hemos transcrito su correcta identificación en cuanto a la naturaleza del bien jurídico que tutela.

Ya se sabe que en cada tipo tiene que haber un interés jurídico que hay que proteger y que ese interés o bien, es en realidad lo que justifica la existencia del tipo. Tipo sin bien o interés jurídico es absolutamente incomprensible, ya que son los intereses o bienes jurídicos los que dan razón de ser y contenido propio a los tipos particulares. El delito es en este orden de ideas, un hecho típico y culpable dirigido a la lesión de un bien jurídico, lo que confiere al Derecho Penal su característica de ser teleológico. El valor tutelado por la norma típica es puramente jurídico, ya que crea una vinculación entre el mundo del Derecho y el comportamiento humano. Antes de ser valor o bien jurídico, lo que la norma protege es valor social que, cuando adquiere su máxima importancia dentro de una escala cualitativa, emerge como bien jurídico penal.

Los bienes que el Derecho Penal protege son precisamente aquellos a los cuales el legislador otorga la más elevada significación, por lo que es indispensable, en cada caso, saber cuál es el bien protegido, porque ello habrá de simplificar los criterios de interpretación que permitan encontrar respuestas congruentes y uniformes a los casos concretos de iguales características. El método teleológico de interpretación significa un esfuerzo para orientar la atención hacia el bien jurídico tutelar por la norma y por tanto, hacia un fin concreto.

Lo que el tipo actual de la fracción XXI del 387 pretende proteger es el patrimonio de las personas.

Para sostener este criterio partimos de la base que más proporciona la ubicación del tipo dentro del Código Penal. es decir como una de las formas específicas de defraudación ya que el nuevo delito está dentro del Título correspondiente a los delitos que se cometen contra las personas en su patrimonio. (Título 22º del Libro Segundo del Código Penal.)

De esto parece no haber duda posible puesto que además de la evidencia que proporciona la ubicación en el catálogo de tipos, hay que mencionar el contenido del párrafo segundo del 387-XXI que hemos transcrito y que se refiere al hecho especialmente valorado, en el sentido de que la conducta solamente será punible en aquellos casos que revelen que el autor o agente tenía como finalidad el hacerse ilícitamente de algo o alcanzar un lucro indebido.

Estos dos aspectos, la obtención ilícita de algo y el alcance del lugar son características de los fraudes que menciona el artículo 386 del C.P. y de un claro contenido patrimonial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el llamado fraude genérico ha sostenido, con razón, que lo que da la identificación patrimonial al fraude es, precisamente, el fin perseguido con el empleo del engaño o el aprovechamiento del error, como medios comisivos únicos. Si el engaño o el aprovechamiento del error no son causalmente vinculables con el lucro obtenido o el beneficio alcanzado, no habrá delito patrimonial.

Ideológicamente, por otra parte se ha querido hacer una distinción esencial al quitar al delito de libramiento de cheques sin fondos lo formal que era bajo el tipo del 193 L.G.T. y O.C., para llevarlo al campo de los delitos que deben afectar al patrimonio para ser punibles. Esto es claro si se piensa en que el párrafo segundo del 387-XXI hace énfasis en el aspecto patrimonial que involucra el acto del libramiento.

Aquellos casos en los que el cheque se daba para garantizar un adeudo, postfechado o antedatado, los otros en los que era medio para probar la existencia de una obligación, o los extremos en que el cheque se expedía como broma, ya no son delictuosos, porque el fin perseguido al librarlo no es el de obtener un lucro indebido o hacerse ilícitamente de algo. Por el contenido íntegro del tipo actual y su ubicación en el Código Penal, en una correcta interpretación teleológica, hay que concluir que el bien jurídicamente protegido lo es el patrimonio de las personas.

8. Una vez precisado el bien jurídicamente protegido por el nuevo tipo acuñado por el legislador nacional, es menester que nos refiramos a la conducta que le caracteriza, ya que conforme a nuestro esquema de delito es la conducta el primero de los elementos integrantes del concepto.

Sabemos que los delitos se pueden cometer, en orden a la conducta haciendo lo que la ley prohíbe u omitiendo lo que ella manda. Esta es la conceptuación del artículo 7º del Código Penal al afirmar que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

En el caso concreto, si el tipo nos dice que "al que libre un cheque. . ." con satisfacción del resto de los elementos y condiciones se le impondrán las penas del fraude, es obvio que la conducta consiste, en esencia, en el acto de librar un cheque y reduciendo esto al verbo, es el librar lo que se sanciona. Este comportamiento de librar un cheque, solamente puede ser realizado en forma activa, por la naturaleza misma de la conducta total descrita en el tipo. No es concebible una omisión que implique libramiento, por lo que podemos afirmar que la conducta en el caso del 387-XXI, es necesariamente activa y solamente en esta forma es presentable.

La forma omisiva es imposible y por tanto, siempre tendrá que haber el acto material del ejercicio de la acción de "librar".

Dentro de este mismo tema, en condiciones que requieren un especial destacamiento, hay que referirnos al contenido que en cuanto a la culpabilidad ha de tener el acto del libramiento, porque aquí es donde se ubica la más

importante y trascendente de las modificaciones a la punibilidad del cheque sin provisión de fondos.

Nos referimos a la siguiente: el acto de librar un cheque que es devuelto por alguna de las causas señaladas en el tipo no siempre satisface la conducta punible. Esto sólo ocurre cuando el libramiento haya tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

En estas condiciones la conducta (el acto de librar el cheque) es necesariamente dolosa, porque tiene que estar impregnada por la finalidad que consigna la ley. La figura del libramiento queda así integrada por el acto mismo, de sentido positivo, por el que se realiza la materialidad del librar, mas la razón que genera tal comportamiento, que es de contenido eminentemente doloso e implicando el perfecto conocimiento de que está actuando contra el derecho, puesto que se pretende obtener algo "ilícitamente", o alcanzar un lucro "indebido".

Para concluir nuestras observaciones en lo relativo a la conducta tenemos que ocuparnos también del resultado. Es sabido que en materia delictuosa, el resultado puede presentarse en dos formas distintas, en lo básico. Una de tales formas es la que se produce cuando se altera el bien jurídicamente protegido por causa de la conducta realizada. Casos de esta naturaleza pueden ser, el homicidio que altera a la vida previa y el daño en propiedad ajena, que modifica estructuralmente al patrimonio. El segundo caso se da cuando el bien jurídico que se pretende proteger queda expuesto a un peligro que la ley trata de evitar. En estos casos, como ocurre en el abandono de personas o el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, hay una desprotección, sin modificación del bien jurídico.

En nuestra opinión, el nuevo tipo del 387-XXI que como hemos dicho protege al patrimonio, no requiere que se afecte a alguien en su patrimonio para quedar integrado en cuanto al resultado.

Aun cuando se trata en estos casos, según antes vimos de una forma adicional de proteger a las personas en su patrimonio, no parece que sea requisito para la integración del tipo que se produzca un resultado material, consistente éste en la disminución del patrimonio de la víctima, que lo es el beneficiario del cheque, como consecuencia del acto del libramiento.

Sostenemos este criterio porque la nueva tipificación dice, según el transcrito párrafo segundo, que lo que hace punible el acto del libramiento del cheque rechazado es el fin perseguido al librar el cheque. No se señala en el texto legal que el fin perseguido se alcance, para que el tipo se integre. No se dice que sea necesario que el agente obtenga el lucro o se haga de la cosa; la punibilidad queda encasillada en la motivación del libramiento. Si se alcanza o no el fin perseguido es cuestión ajena al tipo actual, si lo analizamos exhaustivamente.

No es anormal esta clase de ideas; en el fraude por simulación (387-X) se imponen las penas del fraude por pretender obtener cualquier beneficio indebido, independientemente que se logre la pretensión.

Con lo anterior queremos apuntar que el criterio del legislador en 1983 parece haber sido el que aquí estamos exponiendo, ya que de haberle que-

rido dar al tipo una significación y alcances diferentes podía haber omitido el párrafo segundo que comentamos, o haberle agregado "si tal fin es alcanzado" o alguna fórmula parecida.

No dudamos que este criterio nuestro pueda ser rebatido y que se haga una interpretación distinta. Para nosotros es clara la situación y está basada en la mejor de las interpretaciones, como lo es la gramatical.

9. Dentro de la descripción típica actual únicamente pueden darse dos hipótesis distintas y no tres, como antes se planteaba en el derogado 193 de la L.G.T. y O.C.

Una vez que se ha librado un cheque, es necesario, para poder pensar en la existencia de un delito, que él sea rechazado por la institución librada o por la sociedad nacional de crédito. Es perfectamente sabido que sólo esta clase de entidades, llamadas sociedades nacionales de crédito en general y por excepción instituciones de crédito con función bancaria de cuenta corriente de cheques, puedan manejar tales cuentas de cheques y expedir los talonarios o cheques con las condiciones formales para que signifiquen que se trata precisamente de cheques.

La institución o sociedad librada, que maneja la cuenta contra la que se expide el cheque, puede rechazar el pago del mismo únicamente por dos razones, para que se piense en la integración de un delito. Ellas son:

a) Rechazo del pago por no tener cuenta el librador, y
b) Rechazo del pago por insuficiencia de fondos en la cuenta.

Cualquier causa de rechazo distinta a las consignadas carecerá de relevancia para los efectos del 387-XXI, porque el tipo excluye toda otra posibilidad de acuerdo a su redacción.

Por vía de ejemplo puede citarse varios casos. Si el rechazo es debido a que la firma no corresponde con la registrada como la del librador; si hay orden de suspender el pago de cheques librados contra la cuenta existente y que tiene fondos; si el librador ha dispuesto de los fondos, que eran suficientes al librar el cheque y muchos otros, no habrá integración del tipo del 387-XXI, porque éste sanciona sólo las dos causas de rechazo que hemos citado en los incisos a) y b). Tal vez puedan darse como los utilizados para ejemplificar, formas genéricas de defraudación; pero lo relevante para nosotros es, dada la índole de este trabajo, que se da el tipo del 387-XXI.

Profundizando en estas dos hipótesis, vale la pena señalar que el primero de los casos, relativos a la inexistencia de la cuenta contra la cual se libra el cheque no presenta problemas técnicos legales o fácticos de especial significación. Para la integración del tipo debe bastar la prueba, por los medios señalados por la ley, por la que se acredite el hecho negativo consistente en la inexistencia de cuenta (ver punto 10).

En cambio, la segunda de las hipótesis sí se presenta llena de problemas de interpretación y, en su caso, de pruebas idóneas para probar la insuficiencia de fondos. Aun cuando el artículo 387-XXI se refiere a la certificación de inexistencia de la cuenta o la insuficiencia de fondos, éste no debe entenderse

en forma drástica y con jerarquía de prueba plena. Primero porque si se acepta el máximo alcance que el texto legal sugiere, "el personal específicamente autorizado" para certificar habría resuelto cuestiones que son propias y exclusivas de la autoridad judicial y, por otra parte, que la propia ley dice que el acto del rechazo tiene que ser realizado en los términos de la legislación aplicable.

Este último equivale a la creación de un tipo que el juez tiene que completar, acudiendo a las disposiciones contenidas en la ley aplicable.

Ahora bien ¿Cuáles son estas disposiciones? Desde nuestro punto de vista son aplicables las normas que regulan al cheque contenidas en la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que se vinculan: con la naturaleza del cheque, capacidad para librarlo, condiciones para pagarlo y obligaciones temporales.

Veamos separadamente estos aspectos, en su orden.

— Para que un título o documento sea considerado legalmente como cheque y de ahí surjan las consecuencias del caso, debe contener todos y cada uno de los requisitos que señala el artículo 176 L.G.T. y O.C.; en efecto, si la figura que analizamos se refiere al "cheque" y la ley penal es de aplicación estricta, es evidente que para que haya comprobación del delito en su corporeidad, se requiere, en primer lugar, que exista un cheque. Solamente la citada ley da la precisión sobre lo que es, legalmente referido, un cheque.
— Los cheques solamente deben ser librados por quienes tengan autorización legal para ello. En este sentido, resulta aplicable el párrafo segundo del artículo 175 de la propia L.G.T. y O.C. que señala, como imperativo, que los cheques deben ser librados por los autorizados para ello y poseyendo fondos suficientes. La nueva redacción del 387-XXI no señala como hipótesis típica la correspondiente a los casos en que el librador del cheque carece de autorización para realizar el libramiento; esto significa que no se dará el caso del fraude específico de la fracción XXI en el supuesto de que el hecho ocurra en tal forma, pero podrá haber fraude genérico o el específico de la fracción II del 387. Esto es natural, si tomamos en cuenta que el caso de la fracción XXI es de un nuevo tratamiento al fenómeno del cheque sin fondos.
— Por su propia naturaleza el cheque debe ser pagado a la vista y a su simple presentación; de esto se ocupa el artículo 178 al establecer que en la cuenta contra la cual se libra el cheque debe haber disponibilidad de fondos para cubrir el cheque librado para que éste pueda ser pagado a la vista. El concepto del pago que debe ser hecho a la vista está perfectamente identificado por los usos bancarios y consiste en que sea cual fuere el momento en que el cheque se presente para ser pagado, si hay fondos, la institución o sociedad nacional de crédito librada, debe proceder al pago en forma inmediata.

— Con esta idea, pueden y deben pagarse cheques que hayan sido expedidos estampando una fecha posterior a la real del libramiento, o inclusive sin fecha. Insistimos en que habiendo fondos suficientes, el cheque debe ser pagado a su simple presentación y esto quiere decir que es pagadero a la vista.
— A pesar de lo antes dicho y para los efectos penales, el tiempo de presentación tiene una elevada significación, ya que el librador del cheque no tiene la obligación ilimitada en cuanto al tiempo de mantener la cuenta contra la que se hizo el acto del libramiento provista de los fondos suficientes.

La obligación en cuestion está sometida a las temporalidades que marcan los artículos 181 y 192, que dicen así:

ARTICULO 181

Los cheques deberán presentarse para su pago:
I. Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;
II. Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional;
III. Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional; y
IV. Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

ARTICULO 192

Las acciones a que se refiere el artículo anterior (se refiere al 191) prescriben en seis meses contados:
I. Desde que concluya el plazo de presentación, las del último tenedor del documento, y
II. Desde el día siguiente a aquél en que paguen el cheque, las de los endosantes y las de los avalistas.

Con base en estos preceptos podemos afirmar que si el cheque es rechazado fuera de los mencionados límites temporales, podrá haber realización de un acto ilícito, pero no ilícito penal, porque la remisión del tipo del 387-XXI a las leyes aplicables autoriza a sostener una opinión como la dada.

Estas son, según nuestro entender las leyes aplicables para el caso del nuevo delito. Desde luego, no podemos dejar de mencionar que se trata de un tipo abierto cuya constitucionalidad puede ser discutible, puesto que tienen que ser los jueces, al resolver los casos concretos quienes integren el tipo al interpretar acerca de las leyes aplicables y esto va contra el trascendental principio de legalidad y de seguridad jurídica.

Basta pensar, para percatarnos de la gravedad que el caso representa, que cambia las normas aplicables que hemos mencionado y se substituyan por otras, de mayor o menor contenido, pero desde luego diferentes. ¿Cuál sería en este caso, el verdadero contenido del 387-XXI?

Todo caso en el que se sigue una técnica legislativa de tipificación abierta y elástica, es altamente preocupante.

10. Creemos que también va a ser una cuestión de polémica la parte del 387-XXI que dice que:

> "... La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

Es probable que la polémica se plantee sobre cualquiera de estas bases:

a) ¿El texto transcrito forma parte del tipo descrito por la ley?
b) ¿Se trata de reglas especiales dadas por el legislador para comprobar el cuerpo del delito?

Ambas cuestiones deben ser profundizadas para justificar nuestra posición.

Según la opinión que sostenemos, la parte que hemos transcrito del 387-XXI no integra en forma alguna al tipo de que se trata. Del análisis que hemos ido realizando, se desprenden los elementos que integran al concepto del delito, en cuanto a la conducta, la descripción legal del hecho, la necesaria culpabilidad y la punibilidad. La antijuridicidad está inmersa y valorada con suficiencia. Esto quiere decir que, en realidad, la certificación a la que se ha hecho referencia no completa ni integra el hecho descrito por la ley, que en esencia, se reduce al rechazo por cualquiera de las causas citadas, del pago del cheque librado. La tal certificación no viene a ser, en este orden de ideas, sino un medio para probar el hecho, lo que es distinto, obviamente al hecho en sí mismo.

En el caso concreto sostenemos que lo que se está haciendo por parte del legislador es señalar una forma precisa y categórica para comprobar el cuerpo del delito. En efecto, es evidente que para la prueba perfecta de cualquiera de las dos causas de rechazo con contenido penal, es menester hacer u obtener la certificación realizada por el personal específicamente autorizado de que el rechazo fue motivado por inexistencia de cuenta o falta de fondos para el pago.

Con esto se abren campos infinitos para el debate y discusión de la legalidad y constitucionalidad del texto. Veamos algunas cuestiones planteables:

— ¿Cuál es el valor probatorio de las tales certificaciones?
— ¿Permiten prueba en contrario o no las certificaciones en cuestión?

— ¿Significa el caso la existencia de una nueva clase de fedatarios, y en tal hipótesis cuál es el fundamento para otorgar esa fe?
— ¿Debe haber un control previo y conocimiento de quiénes son las personas específicamente facultadas para certificar?
— ¿Son las tales certificaciones indispensables o puede acudirse a un medio de prueba diferente para la comprobación de la causa de rechazo?
— ¿En última instancia no están esos individuos, específicamente autorizados para certificar, substituyendo facultades que son propias y exclusivas de las autoridades judiciales?

Nos parece absolutamente inadecuado haber incluido en un tipo aspectos ajenos a él y que tanto habrán de complicar las futuras interpretaciones. De momento, nos limitamos a sostener que el párrafo recientemente transcrito es extraño al tipo y tiene sólo el alcance de medio para probar el hecho, sin que implique, según nosotros, exclusión de otros medios de prueba diferentes. En conclusión, no creemos que haya sido afortunada esta redacción.

11. Como antes quedó anotado, el nuevo tipo de fraude por libramiento de cheques es característicamente doloso en orden a la culpabilidad; no caben en estos casos de cheques realizados las formas culposas o preterintencionales de cometer los delitos, siendo ellas, por tanto irrelevantes para el caso que tratamos.

La anterior afirmación es resultante de lo que ya hemos mencionado en el sentido de que al exigirse una finalidad específica y absolutamente dolosa de pretender alcanzar un lucro indebido u obtener ilícitamente algo, se limita al juicio de reproche a los comportamientos llevados adelante bajo tal motivación. En esto no hay ni debe haber duda.

Ahora bien, una posición como la expuesta nos tiene que llevar a la conclusión de que las causas de inculpabilidad que afectan al dolo tienen especial importancia en estos casos; por vía de ejemplo, un error esencial que haga que individuo al librar el cheque piense que tiene fondos, cuando en realidad no los hay o son insuficientes, es causa de inexistencia del delito que comentamos, más ahora que los efectos del error como causa de inclusión de la responsabilidad han sido expresamente reconocidos por la ley, en los términos del artículo 15 - XI del Código Penal recientemente reformado.

12. En cuanto a la posibilidad del delito previsto en el 387 - XXI ya hemos consignado que es la misma que se aplica a los casos del fraude llamado genérico.

Ello en razón de que el 386 empieza justamente diciendo que "las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán", a quienes realicen alguna de las figuras específicas que señala el citado artículo.

Ahora bien, el 387, relativo al fraude llamado genérico señala en las fracciones I a III, tres distintas penalidades, dependiendo del valor de lo defraudado. Las penas son de 3 días a 6 meses, 6 meses a 3 años y tres a doce años, rigiéndose en cada caso por el valor que con base al salario (no se dice

a cuál salario, aun cuando se supone es el mínimo vigente en la época de consumación del delito) resulte de lo que sea motivo de la defraudación.

Independientemente de que este no es el momento para cuestionar si hay pena exactamente aplicable cuando se depende de una base móvil, en el caso del cheque sin fondos surge una duda evidente, ya que no se sabe ni precisa si es el monto del cheque el determinante, o si lo es el valor de la cosa, que se pretendía obtener o del lucro que se quería finalísticamente lograr. Esta confusión que en nada beneficia al tipo, debe según nuestro particular criterio, salvarse desentendiendo al valor o monto del cheque y sometiéndose al valor intrínseco de la cosa o lucro que se quería lograr.

Pensamos lo anterior porque es obvio que si el delito es necesariamente doloso, pero sometido a la finalidad perseguida por el acto del libramiento, el autor de la conducta no tendrá reparo para dar cualquier monto al cheque que libra, precisamente porque sabe que no va a ser pagado y en estas condiciones, lo que siempre se podrá tener como base cierta y precisa es el valor de la cosa o del lucro pretendidos.

En los casos, que los habrá, que resulte imposible llevar a efecto la valuación o determinación del valor de la cosa o lucro, deberá estarse a lo que resulte más favorable al reo, según las constancias del proceso particular. Una solución como esta es manejada en la actualidad por interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando no es posible determinar el valor de lo defraudado.

13. En cuanto corresponde a la perseguibilidad de este nuevo delito, ella es de oficio, salvo los casos en que entre el sujeto activo (librador) y pasivo (beneficiario), exista alguna de las relaciones que menciona el nuevo artículo 399 Bis del Código Penal, que dice que:

> Los delitos previstos en este título se perseguirán por querella de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querella para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.
> Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida.

En estos casos de excepción, la perseguibilidad quedará sometida a la que deberá formular la víctima o pasivo, resultando aplicables los beneficios legales provenientes de la perseguibilidad por querella, como son, entre otros, la procedencia del perdón como causa de extinción de la responsabilidad y el sometimiento a las reglas que para fijar términos para la prescripción de la acción persecutoria se consignan en el artículo 107 C.P., inferio-

res, como se sabe a las reglas generales aplicables para los delitos que se persiguen de oficio.

14. Vale también la consideración relativa al momento consumativo, por las conocidas implicaciones que éste tiene para distintos aspectos.

Pensamos que el momento consumativo es el del rechazo del pago por alguna de las dos causas citadas en el tipo y que no tiene relevancia el momento mismo del libramiento. Tomamos como argumento esencial para apoyar este criterio la consideración de que la relevancia penal del acto de libramiento sobreviene al producirse el rechazo, o sea que es este el momento en que el tipo queda integrado.

15. Finalmente hay que mencionar lo concerniente a la competencia. El anterior tipo del 193 L.G.T. y O.C. estaba ubicado dentro de una ley federal y por ello eran los tribunales federales los competentes para conocer de tales casos de libramiento de cheques sin provisión de fondos.

Ahora, a pesar de la nueva naturaleza jurídica de la función bancaria y de las instituciones y sociedades nacionales de crédito, el delito es de la competencia de las autoridades judiciales comunes, porque ya no está dentro de las hipótesis competenciales manejadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

La naturaleza del bien jurídicamente protegido es determinante para este efecto, ya que si es el patrimonio de las personas (beneficiarias) lo que se pretende proteger, el caso es de la competencia común o local. Cabe como excepción que daría competencia a los tribunales federales el caso en que el beneficiario del cheque sea federal; por ejemplo el cheque librado a favor de una sociedad nacional de crédito, a la Tesorería de la Federación y cualquiera otro similar.

Para concluir estas breves referencias hay que mencionar que si la legislación local aplicable no tiene un tipo similar al 387 - XXI del Código Penal, el acto del libramiento será absolutamente atípico. Piénsese que al sobrevenir de la derogación de 193 L.G.T. y O.C. en su párrafo segundo, se crea un nuevo y distinto tratamiento para el libramiento de cheques sin fondos, porque de ello se ocupa expresamente el 387 - XXI; este artículo nuevo, sin embargo, rige sólo para toda la República en materia federal y para el Distrito Federal en Materia Común.

Ignoramos si, como frecuentemente ocurre, el modelo de legislación penal del Distrito Federal haya sido adoptado por códigos penales de alguno o algunos Estados de la República Mexicana. Si no ha ocurrido tal adecuación, el caso que se dé del que resulte surtida la competencia común, tendrá que resolverse declarando la inexistencia del delito por falta de tipo. Hacer lo contrario, además de absurdo sería anticonstitucional.

16. Esperamos que lo que aquí se ha expuesto sirva para conocer, interpretar y aplicar mejor la ley. No porque nuestro criterio sea compartido, sino porque hemos tratado de dar bases para una confrontación de ideas, de la que habrá de resultar un beneficio para la administración de justicia, que es lo que pretendemos alcanzar.

DERECHO CIVIL

LA CESION DEL CONTRATO

JAVIER ARCE GARGOLLO

1. *Introducción*

La figura de la cesión del contrato ha surgido ante un fenómeno económico que se nos manifiesta diariamente de la sustitución en la titularidad de un contrato. En efecto, la práctica de los negocios no es ajena a que una o todas las partes que celebraron originalmente un contrato, transmitan su posición de parte contractual a otra persona que así adquiere la calidad de parte de tal contrato.

La cesión del contrato se encuadra dentro del amplio concepto de la sucesión intervivos y significa una sucesión particular en un complejo de relaciones obligatorias nacidas todas de un contrato. Sucesión significa, en sentido jurídico, "sustitución en la titularidad de los derechos y relaciones que admiten sustitución, o sea, cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho. Sucesión *—dice Savigny— es el cambio meramente subjetivo en una relación de derecho, es decir, cambio del sujeto, pero no del objeto de la relación".*[1]

La cesión del contrato, que la mayoría de las legislaciones occidentales no regulan, está montada sobre los principios de la teoría general del contrato y de las obligaciones, especialmente en el principio de autonomía de la voluntad y en la normatividad de la cesión de derechos y asunción de deudas. En el estudio de este negocio, pretendemos entresacar de nuestra vigente legislación algunos de los principios que deben regirlo y la posibilidad de su celebración en el Derecho Mexicano.

2. *Concepto*

La cesión del contrato, como figura contractual unitaria y distinta a las cesiones de crédito y de deuda, tuvo un importante impulso en la doctrina italiana, de donde deriva la idea y el nombre.[2] El C.c. ital. [3] de 1942 consagró legislativamente esta institución en los arts. 1406 a 1410.

[1] Arce y Cervantes, José: De las sucesiones. Primera edición. Editorial Porrúa. México 1983. pág. 1.

[2] Beltrán de Heredia, José: Prólogo a la obra de García-Amigo, Manuel: La cesión de contratos en el derecho español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1964. págs. XVIII y XIX.

[3] Ver abreviaturas al final de este trabajo.

Los conceptos que sobre la cesión del contrato se han formulado son muy variados; Andreoli, en una noción general de esta institución, nos dice: "*La cesión del contrato* es el instrumento que permite realizar la llamada *circulación del contrato*, es decir, la transferencia *negocial* a un tercero (llamado *cesionario*) del conjunto de posiciones contractuales, constituido en la persona de uno de los originarios contratantes (llamado *cedente*); de tal forma que, a través de esa sustitución *negocial* del tercero en la posición de parte del contrato, en lugar del cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos y obligaciones que en su orgánica interdependencia se derivan del contrato estipulado por el cedente".[4]

En la *doctrina española*, García-Amigo apunta que "entendemos por *cesión de contratos* un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva".[5]

En el concepto de esta figura debe distinguirse claramente que la cesión del contrato es un negocio jurídico distinto al contrato del que derivan las relaciones obligatorias materia de la cesión, que constituye su objeto. Así, con acierto, Andreoli llama *"contrato básico"* o *"contrato base"* a este último, y *"negocio de cesión"* aquél por el que se produce la sucesión particular de un titular en el complejo orgánico contractual.[6]

Como acto jurídico, la cesión del contrato esencialmente *voluntaria*, debe distinguirse del fenómeno de sucesión en la titularidad contractual que, en ciertos y determinados casos, se produce *por efecto de la ley*. A esta última "cesión del contrato" podríamos calificarla de *"legal"* para diferenciarla del negocio objeto de nuestro estudio.

3. *Algunas referencias al derecho comparado*

Ante el fenómeno de la cesión del contrato, de reciente auge en este siglo, son pocas las legislaciones que regulan en forma específica a esta figura. Sin embargo, el principio de autonomía de la voluntad que recogen gran parte de los derechos de países occidentales y la regulación de otras instituciones similares —cesiones de derechos y deudas— son la base legal para desarrollar la institución que analizamos. Revisemos someramente algunos de los principales Códigos y sus disposiciones al respecto.

a) *Derecho francés.* El C.c. fran. no contiene una regulación de la cesión del contrato ni de las figuras que la sustentan: la cesión de derechos y la asunción de deudas. Como figuras afines, este ordenamiento reglamenta el pago con *subrogación* (arts. 1249 a 1252); *la novación* y las tres formas en que ésta opera (arts. 1271 a 1282), de las cuales debe destacarse la que procede por sustitución de deudor (arts. 1271-2º, 1274 y 1275). También el

[4] Andreoli, M.: La cesión del contrato. Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1956. págs. 2 y 3.

[5] García-Amigo, op cit., pág. 80.

[6] Andreoli, op. cit., pág. 5.

C.c. fran. contiene, en materia de *arrendamiento de inmuebles*, la posibilidad de ceder el contrato o de subarrendar (art. 1717), y en el mismo capítulo, una disposición que previene que si el arrendador vende el inmueble, el adquirente no puede expulsar al arrendatario (art. 1743).

b) *Derecho alemán.* El C.c. alem. regula la *cesión de derechos* y la *asunción de deudas*. Esta última figura fue el modelo que inspiró a otras legislaciones que la norman, entre ellos nuestro C.c. La cesión del contrato no reglamentada por este ordenamiento, está aceptada en la Jurisprudencia y se ha estructurado sobre las instituciones de cesión de créditos y asunción de deudas.[7]

c) *Derecho español.* El C.c. esp. no regula la cesión del contrato y tan sólo se ocupa de *la novación* por cambio de deudor (arts. 1203-2º y 1209 a 1213). Es evidente que la práctica de los negocios, la Jurisprudencia y los principios del contrato y de las obligaciones reconocen como posible la realización de estas cesiones contractuales. La doctrina española ha aceptado esta figura y su posibilidad fáctica.[8] Existe, además, una curiosa norma en materia de *arrendamiento* en el C.c. esp. que dispone que "el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que se termine el arriendo vigente,. . . salvo pacto en contrario" (art. 1571). Esta disposición contiene un principio distinto a las legislaciones que previenen que en el cambio de propietario de un inmueble, los contratos de arrendamiento subsisten.

d) *Derecho italiano.* El C.c. ital. introdujo la regulación de la cesión del contrato como figura distinta y autónoma a las cesiones de derechos y deudas y, por supuesto, a las de subrogación y novación. Los arts. 1406 a 1410 contienen las disposiciones que norman a la institución. El art. 1406 define *la cesión del contrato* como sigue: "Cada una de las partes contratantes puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no han sido todavía cumplidas, con tal que la otra parte lo consienta".

Este interesante precepto resume las reglas rectoras de la cesión contractual. Debemos destacar, como *características:* la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda ser substituida; el que se ceden las relaciones derivadas de un contrato, no el contrato; los requisitos del contrato base, bilateral y que no haya sido cumplido totalmente; y, el presupuesto esencial del consentimiento de la parte cedida.

El resto de los arts. disponen sobre las posibles formas en que puede expresarse el consentimiento del cedido y los efectos entre cedente, cesionario y cedido.

e) *Derecho en Norteamérica.* En los Estados Unidos de América, la práctica comercial nos muestra ejemplos de cesiones de contratos, cuyo estudio no está ausente en la doctrina. Por ejemplo, incluida dentro de la teoría general de *la delegación* y de la asunción de deudas, "la cesión *del*

[7] Ver García-Amigo, op. cit., págs. 137 a 140.

[8] Ver referencia de los autores españoles que aceptan la cesión del contrato en Castán Tobeñas, José: Derecho Civil Español, común y foral. tomo III. Vigésima edición. Editorial Reus. Madrid 1978. págs. 339 y 340.

contrato o *de todos los derechos derivados del contrato*, o cualquier otra cesión general similar, opera como una cesión de los derechos del cedente y una delegación de sus obligaciones no ejecutadas del contrato".[9]

Como requisito general de la asunción de deudas, "el cedido debe estar de acuerdo para aceptar la substitución del delegado (cesionario) en el lugar del delegante (cedente). Si es así, él (el cedido) está otorgando lo que se llama novación. La novación libera al delegante (cedente) de todas sus responsabilidades".[10]

4. *La cesión del contrato "legal"*

Aunque los autores no han empleado esta terminología para tratar de esta materia, ni enfrentado este concepto al del negocio de cesión, la doctrina ha aludido al fenómeno que la ley contempla en algunos de los casos que vamos a analizar para nuestro Derecho Mexicano.

A diferencia de la propiamente cesión del contrato que, como negocio jurídico exige la participación de la voluntad de las tres partes involucradas (cedente, cesionario y cedido); la sucesión contractual que se produce por efecto de la ley, se genera, generalmente, como consecuencia de otro acto jurídico que provoca, entre sus múltiples efectos, la cesión contractual.

Por ello, son *notas distintivas* de este fenómeno legal, las siguientes:

a) se produce, casi en todos los casos, como consecuencia de otro acto o hecho jurídico;
b) no interviene el consentimiento del cedido, si acaso se le notifica;
c) la fuente del nacimiento de la nueva relación contractual, producto de la sustitución, es la ley.

Los casos más importantes que encontramos en la legislación mexicana que ameritan comentario son:

a) *El arrendamiento.* En los contratos de arrendamiento de inmuebles, por disposición del art. 2409,[11] al verificarse la "transmisión de propiedad del predio arrendado, el arrendamiento subsistente en los términos del contrato". El arrendatario —marca la misma disposición— tendrá obligación de pagar la renta al nuevo propietario desde que se le notifique. El nuevo adquirente se convierte en el titular —por parte del arrendador— del contrato de arrendamiento sobre el inmueble enajenado. El contrato base o básico no sufre modificación alguna respecto a su contenido, sólo se produce el cambio de sujeto. Sin embargo, y a diferencia de la cesión del contrato voluntaria, la prevista en la ley es mero efecto de la transmisión del bien arrendado y no existe intervención de la voluntad del cedido —del arrendatario— a quien sólo se le notifica.

[9] Emanuel, S. and Knowle, S.: Contracts. Emanuel Law Outlines. New Rochelle, N.Y. 1977. pág. 237.
[10] Idem, pág. 235.
[11] Todos los artículos citados, si otra cosa no se indica, pertenecen al C.c.

b) *El contrato de seguro.* Otro caso similar que la LCS contempla y que, como en el arrendamiento, produce una cesión del contrato, es el que previenen los arts. 106 a 108 de la citada ley para el caso de que un objeto asegurado cambie de dueño. Los derechos y obligaciones que derivan del contrato de seguro pasarán al adquirente. El primero de los preceptos indica, con precisión, que se transmiten los derechos y obligaciones derivados del contrato. Sin embargo, el art. 107 otorga a la empresa aseguradora el derecho de rescindir —o dar por terminado— el contrato quince días después de que tenga conocimiento del cambio de dueño. También aquí, la voluntad del cedido no interviene en la transmisión del contrato, pues ésta se produce independientemente de que este cedido tenga el derecho (posterior a la cesión) de rescindir el contrato base.

c) *Los contratos de trabajo.* Nuestra LFT ordena en su art. 41 que cuando un patrón traspase a un tercero un negocio, los contratos de trabajo de dicha empresa no se ven afectados pues se produce una "substitución de patrón". El término de la institución es claro, hay una substitución en una de las partes de las relaciones laborales, que por ese cambio no se ven afectadas en su contenido. Como en los casos antes aludidos, la trasmisión subjetiva en la relación laboral, o en los contratos de trabajo, es producida por otro acto (trasmisión de la empresa), y los trabajadores —parte cedida— no intervienen en el acto de cesión contractual pues ésta es resultado de la ley.

d) *Traspaso de negociación mercantil.* Una empresa o una negociación mercantil, como entidad, es "el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósito de lucro".[12] Cuando el titular de una empresa es una persona física y se trasmite toda la universalidad o entidad que constituye la negociación mercantil a otra persona (física o moral), en lo que comercialmente se llama traspaso, se produce una cesión de algunos de los contratos relacionados con dicha empresa. En forma similar al cambio de titularidad en los contratos o relaciones de trabajo, el resto de las relaciones jurídicas con proveedores, clientes, bancos, Estado (Fisco), etc., se trasmiten —sin afectación de su contenido— al nuevo propietario de la empresa. Debemos anotar que para cada una de las relaciones transferidas pueden exigirse o presentarse algunas particularidades.

En este caso, la cesión de los contratos relacionados a una empresa se producen por efecto, básicamente, del cambio de titular de la negociación mercantil. No existe siempre intervención directa de las partes afectadas o cedidas, quienes en general encuentran como garantía de sus créditos los activos y derechos de la empresa. A las partes de los contratos cedidos se les notifica —en la mayoría de los casos— sin mayor formalidad. El CF tiene una referencia a este cambio de sujeto en las negociaciones mercantiles. Se consideran responsables solidarios con el contribuyente: "los adquirentes de negociaciones respecto de las contribuciones que se hubieren causado en

[12] Mantilla Molina, Roberto: Derecho Mercantil. Decimoquinta edición. Editorial Porrúa. México 1975. pág. 97.

relación a las actividades realizadas en la negociación, cuando pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda del valor de la misma". (art. 26-IV.)

e) *Otros casos.* Los casos apuntados no serán, seguramente, los únicos que nuestro derecho positivo prevenga. Sin embargo, conviene aclarar que existen algunos fenómenos que no producen efectivamente una cesión del contrato. Entre los autores no hay unanimidad.

Se señala, por ejemplo, el cambio en la titularidad de las acciones o partes sociales de una sociedad mercantil, en la que el adquirente conserva todos los contratos celebrados por la sociedad. En este caso, pensamos que la trasmisión sólo se produce en la relación socio-sociedad, pero no en los contratos en que la persona moral es parte, pues en esos contratos no hay modificación alguna respecto a las partes contratantes que son la sociedad y su contraparte.

Si estamos en presencia de verdaderas cesiones de contratos en las *fusiones de sociedades.* Al respecto, la ley establece que "la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas". (art. 224, 3er. párr. de la LSM.)

Otros dos casos que podrían prestarse a confusión son los derivados de trasmisiones de *bienes hipotecados o gravados,* derechos reales originados en un contrato. Estimamos que en estos casos, no queda el nuevo adquirente del bien gravado como titular de la relación contractual de hipoteca o prenda, sino tan sólo el acreedor hipotecario o prendario conserva su derecho real de garantía sobre el bien. Para liberar al bien del gravamen, el adquirente puede, desde luego, pagar al acreedor —como cualquier interesado— pero esto no lo convierte en parte de los contratos de hipoteca o prenda.

5. *Distinción con otras figuras afines*

La cesión del contrato participa de características que son comunes a otras figuras que cumplen una función similar.

a) *Cesión de derechos.* De la cesión de créditos que regulan la mayoría de las legislaciones y que nuestro Código disciplina (arts. 2029 a 2050), la cesión del contrato se distingue en lo siguiente: i) la cesión de derechos no altera el vínculo contractual básico que permanece entre los contratantes primitivos.[13] ii) La cesión de crédito es eficaz entre el acreedor cedente y el cesionario desde el momento en que concluye el acuerdo.[14] El deudor cedido no tiene intervención alguna. iii) Respecto a las relaciones con el deudor cedido, "para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor deberá hacer a éste la notificación respectiva".[15] Este principio lo recoge el

[13] Ver Andreoli, op. cit. pág. 12.

[14] Betti, Emilio: Teoría general de las obligaciones. Traducción de José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1970. Tomo II, pág. 236.

[15] Borja Soriano, Manuel: Teoría general de las obligaciones. Octava edición. Editorial Porrúa. México 1982. pág. 580.

art. 2036. iv) El objeto de la cesión de crédito es sólo la titularidad activa de la relación obligatoria y puede aplicarse a todo tipo de relación. En la cesión del contrato el objeto de la trasmisión es la relación contractual y sólo referida a las que derivan de un contrato.[16]

b) *Asunción de deudas.* Con la cesión o asunción de deudas que nuestro Código regula en sus arts. 2051 a 2057, la cesión del contrato presenta estas diferencias: i) El objeto de la cesión es sólo el lado pasivo de una obligación, mientras que en la del contrato es la titularidad de toda la relación contractual. La cesión de deuda no afecta a la relación contractual básica. ii) El objeto de la cesión puede ser cualquier deuda, no importa la fuente de la obligación; la del contrato sólo se produce en el campo de las relaciones contractuales. iii) Sin embargo, como importante principio que regula a ambas figuras, en las dos cesiones —de deudas y de contrato— es necesario contar con el consentimiento del acreedor —o contratante— cedido. Este requisito lo recoge el art. 2051 y la intervención del cedido produce un negocio trilateral.

c) *La novación.* Con la figura tan amplia de la novación, que dio origen a las instituciones más concretas de cesiones de derechos y de deudas, la cesión del contrato tiene algunos elementos distintivos. Nos referimos, sobre todo, a la llamada novación subjetiva, es decir, la que se presenta por el cambio de sujeto. i) En primer término, la novación supone la substitución de una obligación, al modo como expresa nuestro art. 2213 "substituyendo una obligación nueva a la antigua". Por un lado, cambia la obligación, no solamente el sujeto; por otro, no es el objeto de la novación el contrato, sino tan sólo la obligación. ii) Aunque modernas orientaciones de la doctrina han considerado la novación modificativa (no sólo la extintiva), que no termina con la antigua obligación,[17] nuestro Código señala en diversos preceptos (arts. 2213, 2217, 2220, 2221) que el efecto principal es la extinción de la primitiva obligación y, en este sentido, no considera a la novación "modificativa".

d) *La subrogación.* La subrogación está ligada al pago —medio de extinción de las obligaciones— y opera "por ministerio de ley" como expresa con claridad el art. 2058. Frente a la cesión del contrato, la subrogación presenta algunas diferencias. i) En la subrogación, el pago extingue la obligación con relación al acreedor pagado, quien no interviene en la nueva relación a diferencia de la parte cedida en la cesión del contrato. ii) La subrogación se produce por la voluntad del deudor (en la convencional que nuestro C.C. no prevé) o por efecto de la ley, pero no hay intervención de todas las voluntades de las partes afectadas para que una de las partes se sustituya en la relación. iii) La subrogación opera respecto a una relación obligatoria que puede tener cualquier origen; en tanto que la cesión del contrato supone como objeto a toda la relación contractual derivada, solamente, de un contrato (básico).

[16] Ver García-Amigo, op. cit., págs. 79 y 80.

[17] Díez Picazo, Luis: Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Segunda reimpresión. Editorial Tecnos. Madrid 1979. págs. 784 y 787.

e) El subcontrato. Con la interesante figura del subcontrato, la cesión del contrato tiene gran semejanza, aunque las diferencias que los separan nos hacen concluir que estamos en presencia de dos distintas instituciones. i) En ambos casos encontramos una relación trilateral y un contrato base origen del subcontrato o materia del negocio de cesión. ii) Sin embargo, y aquí la distinción, la subcontratación se celebra mediante un nuevo contrato (subcontrato) en que una de las partes queda ligada por los dos contratos: el básico y el subcontrato. En el subcontrato no hay liberación alguna de las partes. iii) La cesión del contrato supone transmisión de la relación contractual, el subcontrato está vinculado al contrato base y como segundo contrato subsiste con el primero. No hay transformación de las relaciones contractuales, sino creación de nuevas relaciones. iv) El subcontrato supone varias limitaciones para su celebración (misma naturaleza del contrato, tracto sucesivo, no transmisión de derechos) que no son requisitos de la cesión del contrato que resulta así, aplicable a un campo más amplio de las relaciones contractuales.[18]

6. *Teorías explicativas*

En la concepción de la cesión del contrato existen dos posiciones teóricas distintivas y extremas que la explican, además de otras tesis intermedias que han tratado de conjugar a las dos posturas.

La primera de las teorías, llamada *atomística o de la descomposición*, pretende explicar a la cesión del contrato, "habiendo estimado la posibilidad de realizar la transferencia de los elementos activos y pasivos de un contrato mediante la reunión en un negocio de cesión de los derechos con un negocio de asunción de deudas".[19]

Esta tesis de origen alemán parte de los siguientes supuestos: los códigos no han previsto un mecanismo de transmisión de contratos, los efectos producidos por un contrato, referidos a una de las partes se traducen en derechos y obligaciones y se puede conseguir la cesión de efectos contractuales mediante este doble negocio de cesión de créditos y asunción de deudas.[20]

La *crítica* a esta tesis se ha formulado en el sentido de que la cesión del contrato se produce por una única declaración de voluntad que busca la transmisión total de la posición del contratante, no pretende la transmisión, por un lado de los derechos, y por otro, de las deudas. Además, si se transfieren por este medio todos los derechos y obligaciones de un contrato, ello no lleva implícito la transferencia total del carácter de parte contratante, pues además de derechos y deudas, el contrato produce los llamados derechos potestativos (nulidad, rescisión, denuncia del contrato).[21]

[18] Para ampliar sobre estas diferencias, ver López Vilas, Ramón: El subcontrato. Primera edición. Editorial Tecnos. Madrid 1973. págs. 291 a 298.

[19] Andreoli, op. cit., pág. 29.

[20] Ver García-Amigo, op. cit., págs. 267 y 268.

[21] La crítica a la teoría atomística puede verse en García-Amigo, op. cit., págs. 271 a 276 y Andreoli, op. cit., págs. 32 a 34.

En el lado opuesto se encuentra la teoría más aceptada (que guió a los redactores del C.c. ital.), es la llamada *teoría unitaria*. Los defensores de esta tesis conciben a la cesión del contrato como un acto único por el que se transmite la posición contractual de una de las partes, con el complejo de derechos, deudas y derechos potestativos que derivan de un contrato. Con una expresión que algunos autores han criticado y otros calificado de acertada, Mossa llamó a esta figura *"venta de contrato"* para significar la transmisión total de la relación contractual.

Por una única declaración de voluntad se transfiere el complejo orgánico de la posición de parte en un contrato, no hay necesidad de fraccionar esas declaraciones para transmitir particularmente cada uno de los efectos contractuales. A través de esta única expresión de voluntad es posible conseguir el trasladar a un tercero todos los efectos que produce un contrato: derechos, deudas y derechos potestativos. "Nos encontramos —afirma Betti— en presencia de un único negocio a cuya formación concurren las declaraciones de tres sujetos: el cedente. . . el cesionario. . . y el cedido."[22]

7. *Las partes*

Las partes que intervienen en el negocio de cesión son: cedente, cesionario y cedido. Las voluntades de estas tres partes deben concurrir en la formación de este negocio jurídico. La ausencia de una de estas individuales declaraciones volitivas produce la no existencia de la cesión del contrato por falta de uno de los elementos esenciales del mismo, el consentimiento.

a) *El cedente* es la parte del contrato base que pretende, mediante el negocio de cesión, trasladar su posición contractual a un tercero, ajeno al contrato, que se llama cesionario. El cedente tiene como interés el salir de la relación contractual y quedar liberado de sus obligaciones, además de que cede sus derechos. Para que el cedente sea tal, es necesario que sea parte del contrato del que derivan los efectos objeto de la cesión.

b) *El cesionario* es un tercero extraño a la relación contractual materia de la cesión cuyo interés es subentrar en la posición que el cedente tiene respecto al contrato materia de la cesión. Para el cesionario, el ingreso en el contrato lo convierte en parte del contrato cedido con todo el complejo orgánico de los efectos nacidos de dicho contrato. Será así, el nuevo titular de los derechos del cedente y el nuevo obligado frente al cedido.

c) *El cedido*, la contraparte del cedente en el contrato, permanece en la misma relación contractual que se ve afectada por el cambio de sujeto. Este ingreso de un tercero en la posición que ocupa su contraparte va a influir de manera decisiva en el vínculo contractual y de allí la esencial participación del cedido en el negocio de cesión. El cedido, sin embargo, tiene muchas veces una intervención pasiva

[22] Betti, op. cit., pág. 228.

que le significa aprobar o rechazar la cesión, cuyos detalles son —generalmente— elaborados por cedente y cesionario.

Sobre la *capacidad* que deben reunir las partes de la cesión del contrato, no hay unanimidad en las opiniones de la doctrina. García-Amigo expresa que "la cesión de contratos implica una enajenación. . . es decir, un acto de disposición que excede de la simple administración".[23] Para nosotros, la capacidad de cada una de las partes que participa en la cesión debe ser la capacidad que singularmente la parte requiere para la celebración del contrato cedido. Esto significa que si un cesionario tiene facultades de administración y con ellas puede celebrar un contrato, por ejemplo de arrendamiento, para ser parte como cesionario de un contrato de cesión de arrendamiento, serán suficientes las mencionadas facultades de administración. Pues así como puede ser parte de un nuevo contrato, puede subentrar, por medio de la cesión contractual, a un contrato vigente, ya celebrado.

Relacionado con la capacidad para ser parte de una cesión de contrato, está la capacidad que particularmente el cesionario debe poseer para ser titular de la posición contractual en un concreto y específico contrato. Aquí nos referimos a aquellos casos en que por disposición legal —casi siempre— una persona no puede ser parte de un contrato. En nuestro derecho cabe el ejemplo de un extranjero que como cesionario pretendiera adquirir la posición de un comprador de un inmueble ubicado en la llamda zona prohibida. Para el cesionario "habrán de ser tenidas en cuenta las especiales normas de capacidad o las prohibiciones para contratar que se aplican al contrato cedido. Igualmente, le serán de aplicación las normas de capacidad, las prohibiciones que puedan resultar de la especial ligazón que le unan con el cedente".[24]

8. *El objeto*

El *objeto* de la cesión del contrato es la *posición contractual* del cedente en la particular relación contractual que guarda respecto a un contrato. Por ello, el término de "cesión del contrato" ha sido criticado, pues el contrato no es una mercancía, bien o título valor, aun cuando Mossa se refiera a la figura como "venta de contrato". El art. 1406 del C.c. ital, claramente se refiere a las *"relaciones derivantes de un contrato"*. Lo que se cede en este negocio es —y aquí hay diversas opiniones— "la relación contractual de contenido complejo y polarizado con referencia a una de las partes, formando lo que hemos llamado "status" o 'posición contractual', en cuanto que concepto técnico comprensivo de todos los efectos nacidos para el cedente".[25] En este sentido apunta Díez Picazo, "lo que se cede no es el contrato considerado como una cosa o un bien, sino la cualidad de contratante y la posición o situación jurídica derivada de la relación existente".[26]

[23] García-Amigo, op. cit., pág. 334.
[24] Díez Picazo, op. cit., pág. 831.
[25] García-Amigo, op. cit., pág. 350.
[26] Díez Picazo, op. cit., pág. 832.

Las relaciones objeto de la cesión deben proceder de un contrato que debe cumplir con determinados *requisitos*, pues no todo contrato puede ser —en principio— materia de este negocio. En el art. 1406 del C.c. ital. señala que el contrato debe tener estas características: ser con prestaciones sinalagmáticas (bilateral) y que las prestaciones no hayan sido todavía cumplidas.

El requisito de que el contrato sea *bilateral* es lógico, pues un contrato con prestación única o a cargo de una sola de las partes (unilateral) será objeto de una cesión de derechos o de deudas. Para que la cesión del contrato abarque el complejo de efectos derivados de un contrato éste debe ser, pues, bilateral en los términos en que nuestro Código califica a estos contratos. Así, son bilaterales los contratos en que "las partes se obligan recíprocamente" (art. 1836). Sin embargo, "en la práctica sería concebible aún en el caso de los contratos unilaterales,"[27] que como cesión del complejo de consecuencias contractuales incluye a los derechos potestativos.

El segundo requisito es que las prestaciones, total o parcialmente, estén *pendientes de ejecución*, de ser cumplidas. Si el contrato ya hubiese sido cumplido en su totalidad por ambas partes, su contenido se ha agotado, las obligaciones nacidas del contrato se han extinguido por efecto del cumplimiento o pago (art. 2062). Es frecuente, por tanto, que los contratos materia de la cesión sean de aquellos que se conocen como de ejecución continuada o diferida, aunque nada obsta para que se cedan las relaciones de un contrato de ejecución instantánea, pero insistimos, siempre que éste no haya sido cumplido en su totalidad.

9. *La forma*

Sobre la formalidad que la cesión del contrato debe revestir no hay acuerdo unánime y, pensamos que para el Derecho Mexicano podríamos pensar en tres posibilidades.

a) Si se considera que es una figura atípica, no regulada por la ley, podría aplicarse la regla general de *la consensualidad* de los contratos que prescribe el art. 1796 al decir que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley". Este principio se contiene también para los contratos mercantiles en el art. 78 de C. de c. [28]

b) Si consideramos que la cesión del contrato es un negocio atípico y, como lo manda el art. 1858 debemos aplicarle "las disposiciones del *contrato con el que tengan más analogía*", entonces debemos acudir a la formalidad que nuestro Código establece para las figuras más similares que son, sin duda, las cesiones de derechos y deudas. Bajo este

[27] Branca, Giussepe: Instituciones de Derecho Privado. Traducción de Pablo Macedo. Editorial Porrúa. México 1978. pág. 359.
[28] Andreoli, para el Derecho italiano, estima que rige el principio de la libertad de forma, op. cit., pág. 51.

supuesto, la cesión del contrato debe hacerse "en escrito privado con dos testigos" (art. 2033). Para la materia mercantil, la cesión de derechos que reglamenta el C. de c. (arts. 389 a 391) no tiene "forma impuesta" en la feliz expresión de Garrigues, sino que es un negocio de "forma libre".

c) Por último, la cesión del contrato debe revestir la misma *formalidad* que la *del contrato base* que dio origen a las relaciones contractuales objeto del negocio. Así, una cesión de compraventa de inmuebles, por ejemplo, se hace en escritura pública (art. 2320), de una arrendamiento, por escrito (art. 2046), pues es esta la forma impuesta por la ley para su validez.

A nuestro entender, la forma que debe revestir la cesión del contrato es aquella que el contrato básico requiere para su celebración de acuerdo a la ley.[29]

10. *El consentimiento del cedido*

Exigencia *esencial* en el negocio de cesión es la expresión de voluntad del contratante cedido. Sin embargo, esta voluntad no debe concurrir necesariamente en el mismo momento en el que se expresan la del cedente y cesionario, sino que puede precederles o sucederse a aquellas. Se habla así, en la doctrina, de la formación *sucesiva* y de la formación *simultánea*.

El C.c. ital. prevé la existencia de los dos supuestos: preventivo y sucesivo. El Art. 1407 considera el caso de que el consentimiento del cedido esté expresado previamente. En este supuesto, "las sustitución por otro contratante es eficaz, frente al que pactó con el cedente, únicamente desde el momento en que le fue notificada o desde el instante en que éste la aceptó".[30] Este consentimiento previo del cedido consideramos que puede tener estos modos de producirse.

a) Que el cedido, a la celebración del contrato básico, autorice expresamente la cesión del contrato a su contraparte.
b) Que con posterioridad a la celebración del contrato, pero antes del negocio de cesión, el cedido exprese su voluntad de ceder mediante un acto unilateral.
En estos modos preventivos de expresar su voluntad el cedido, la cesión surte efectos cuando se le *notifica* al cedido.
c) Cuando el consentimiento del cedido se expesa con *posterioridad* a la del cedente y cesionario, el negocio de cesión contractual sólo existe como tal cuando concurren las tres voluntades: cedente, cesionario y cedido. Así lo indica, entre otros, Andreoli. "Para la perfección de la cesión del contrato, existe la necesidad de una reunión (simultánea o sucesiva) de los consentimientos, imprescindibles todos, del cedente, del cesionario y del cedido."[31]

[29] En este sentido opina Díez Picazo, op. cit., pág. 834.
[30] Trabucchi, Alberto: Instituciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Martínez-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1967. Tomo II, pág. 103.

Con relación a la forma en que el cedido debe expresar su voluntad, existen en nuestro Código dos modos: expreso o tácito, tanto para la cesión de deudas (art. 2051) como para el contrato en general (art. 1803). Aunque desde un punto de vista teórico el *consentimiento tácito* es un modo de expresar válidamente la voluntad, opinamos que para la cesión del contrato el consentimiento del cedido "debe producirse en la forma eventualmente exigida para la validez del mismo negocio (base)".[32] y sólo podrá otorgarse tácitamente cuando para el caso concreto del negocio cedido pueda expresarse así válidamente.

El C.c. ital. que regula esta figura contempla la posibilidad de que todos los elementos materia de la cesión se encuentren en un documento que incluya la cláusula *"a la orden"* u otra equivalente (art. 1407). En estos casos, el endoso del documento produce la cesión del contrato. Esta circulación del contrato o fungibilidad de las partes contratantes supone que, a la creación del negocio básico, ambas partes autorizaron previamente —en abstracto— la cesión contractual, la transferibilidad del contrato.

11. *La relación entre cedente y cedido*

El cedente y el cedido son las partes del contrato de donde derivan las relaciones jurídicas que serán objeto del negocio de cesión. El efecto más importante respecto al *cedente* es que éste *"se libera* de sus obligaciones para con el cedido desde el momento en el que el subingreso resulta eficaz frente a este último (cedido)".[33] Esta liberación sólo afecta a las obligaciones que derivan del contrato materia de la cesión y siempre que no exista un acuerdo distinto por el que el cedente mantenga algún vínculo respecto al cedido. "El cedente queda fuera del contrato base y de toda relación que del mismo se derive."[34] La liberación de las obligaciones y deudas se produce conjuntamente con la pérdida de los derechos que el cedente tiene derivados del mismo contrato. El efecto se produce, como antes indicamos, cuando deviene eficaz el negocio de cesión y por tanto no tiene efectos retroactivos hacia el momento de celebración del contrato cedido.

El cedente puede no quedar liberado de sus relaciones obligatorias si así lo expresa en el acto jurídico de cesión. La posición que el cedente guarda respecto al cedido y cesionario puede ser variada y dependerá en cada caso del acuerdo concreto que sobre ello se tenga. Sin embargo, podemos considerar dos posiciones distintas. El cedente puede quedar ligado como *fiador* del

[31] Andreoli, op. cit., pág. 46.
[32] Opinión de Natoli, citado por Andreoli, op. cit., pág. 47, nota 2.
[33] Betti, op. cit., pág. 230.
[34] Andreoli, op. cit., pág. 56.

cesionario (o del cedido) y "obligado subsidiariamente para el caso de que el cesionario no cumpla con las obligaciones asumidas".[35] En este caso, también el cedente ha cambiado su posición de parte contractual, ha salido de la relación, y adquiere otra distinta que es la propia de un fiador.

Puede también pensarse que en la cesión del contrato el cedente conserva su posición contractual original, pero que la comparte con el cesionario quien solamente ingresa como un *obligado solidario* de las obligaciones y derechos del cedente. Esta posibilidad no ha sido analizada así por la doctrina, algunos autores la califican de asunción de deuda, pero pensamos que resulta una modalidad más de la cesión del contrato. Así como decimos relación solidaria, podemos hablar de mancomunidad en esta clase de cesión.

En el C.c. ital. (art. 1410) se establece que si el cedente asume la garantía de cumplimiento del contrato responde como un fiador por las obligaciones del cedido. Como en el derecho mexicano no existe reglamentación específica de esta institución, es necesario que en el negocio de cesión en que el cedente no quede totalmente liberado de sus obligaciones, se establezca claramente cuál será su posición en las nuevas relaciones contractuales. Como señala Díez Picazo, "asume frente al cedido la cualidad de responsable eventual para el caso de que el cesionario incumpla sus deberes contractuales; el cedente no es en puridad un fiador y por ello no goza del beneficio de excusión pero su responsabilidad contractual es sólo subsidiaria".[36]

12. *La relación entre cedido y cesionario*

"El contratante cedido y el cesionario asumen, recíprocamente, la figura de *partes en el contrato cedido* y la totalidad de los correspondientes derechos y obligaciones derivados del mismo."[37] Consecuencia de esta sucesión particular del negocio es que las partes del contrato —cedido y cesionario— pueden oponerse las excepciones que derivan del contrato. El cedido "podrá oponer al cesionario únicamente *las excepciones* que sean consecuencia del contrato cedido y que hubiesen sido oponibles al cedente, pero no las relativas a otras relaciones que él tuviere (las llamadas personales); podrá asimismo oponer que el contrato cedido es nulo o anulable, pero no deducir en compensación un crédito que pueda tener contra el cedente y que sea extraño al contrato: norma obvia, porque el cesionario está dentro de la situación contractual, pero nada más".[38]

El cedido, nueva parte contractual por virtud de la cesión, se posesiona de todo el complejo orgánico de relaciones que el cedente tenía y que derivan del contrato cedido. Así pues, el cesionario deberá cumplir las obligaciones asumidas, será el titular de los derechos del cedente y de los llamados

[35] Betti, op. cit., pág. 231.
[36] Díez Picazo, op. cit., pág. 835.
[37] Ibidem.
[38] Branca, op. cit., pág. 360.

"derechos potestativos" implícitos y derivantes del contrato. El cedido deberá cumplir sus obligaciones contractuales respecto del cesionario, pues si cumple hacia el cedente —fuera de la relación contractual— no queda liberado de sus deudas.

13. *La relación entre cedente y cesionario*

En la cesión del contrato el cedente está obligado con el cesionario a *garantizar la existencia y la validez* del contrato cedido. El art. 1410 del C.c. ital. así lo establece, aunque habla sólo de la validez, que supone también la existencia. El cedente no responde de la insolvencia del cedido ni de que éste cumpla sus obligaciones derivadas del contrato cedido,[39] salvo que expresamente se comprometa a ello. "Si el contrato cedido era *inexistente o nulo*, el cedente responde ante el cesionario, pero no como consecuencia de una obligación de garantía, sino como consecuencia de la ineficacia del negocio de cesión."[40] Y esto es así porque la cesión del contrato queda sin materia. "Esta nulidad del contrato base lleva consigo la inexistencia del negocio de cesión, ya que siendo aquél el objeto de ésta, cuando aquél fuere nulo, ésta carece de objeto."[41] El negocio de cesión contractual es válido si el cedente resulta insolvente, pues existe el objeto del contrato y la obligación de garantizar la existencia y validez del contrato base se cumple.

14. *Naturaleza jurídica de la cesión del contrato*

El negocio de cesión es un *acto unitario*, esto significa que la voluntad de las partes que concurren en la formación de este acto jurídico, producen una sola manifestación de voluntad cuyo contenido es la intención de que se transfiera una relación contractual de la posición de una de las partes (cedente). No estamos pues ante una transmisión particular de cada uno de los derechos y obligaciones que se producen como efecto del contrato base, como lo pretenden los seguidores de la teoría atomística.

"En la constitución del negocio participan tres partes en sentido técnico, como distintos centros de intereses, a saber, el cedente, cesionario y el contratante cedido."[42] Como acto jurídico en que participan tres partes, la cesión del contrato resulta ser un *negocio plurilateral*. Para nuestro Derecho, el amplio concepto del contrato —como negocio bilateral o plurilateral— puede servir para encuadrar como tal al negocio de cesión del contrato. Así, nuestro Código en los arts. 1792 y 1793 concibe al contrato como el acuerdo de dos o más personas para producir o transferir obligaciones y derechos. Bajo este concepto cabe el negocio de cesión contractual.

[39] Ver Andreoli, op. cit., pág. 54.
[40] Díez Picazo, op. cit., pág. 835.
[41] García-Amigo, op. cit., pág. 369.
[42] Andreoli, op. cit., pág. 61.

La cesión del contrato resulta así un *contrato trilateral* o plurilateral, pues la voluntad del cedido tiene la misma categoría que la de las otras partes: cedente y cesionario, no es requisito de eficacia. La declaración de voluntad del cedido —repetimos— es constitutiva del acto jurídico.

En nuestro Derecho la cesión del contrato no está regulada como tal, de modo que resulta un *contrato atípico*. Conforme al art. 1858 "los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento". Como contrato atípico, a la cesión del contrato le resultan aplicables las normas generales del contrato y también las de las obligaciones, en una interpretación amplia del precepto. El negocio de cesión, por tanto, debe contener los elementos de existencia (art. 1794) y validez (art. 1795) de los contratos y regularse por las normas particulares que se refieren a cada uno de estos elementos.

Como contrato atípico, la cesión del contrato puede ser un contrato unilateral o bilateral, y ello depende de las partes que se obligan (arts. 1835 y 1836); puede ser oneroso o gratuito, los provechos y gravámenes afectar a todas las partes o solamente a una de ellas (art. 1837). Respecto a la forma que debe revestir el negocio, este es un contrato formal o con forma impuesta si la materia del mismo es de las reguladas por el Código Civil, que exige escrito privado y dos testigos, como requisito formal mínimo de la cesión de derechos (art. 2033). Si la cesión del contrato resulta mercantil, conforme al C. de c., estimamos que tiene forma libre (consensual). Esto solamente que el contrato base no sea formal, pues en tal caso debe tener la misma forma que éste.

El objeto del contrato de cesión son las relaciones que derivan de un contrato base, con respecto a una de las partes. Este complejo orgánico de la posición contractual del cedente incluye los derechos, obligaciones y *derechos potestativos*. Por estos últimos entendemos aquellos que están inseparablemente unidos al contrato y cuya esencia consiste en modificar o extinguir la relación contractual que intercede entre los contratantes en virtud del contrato. Como ejemplo podemos citar: la facultad resolutoria tácita, las acciones de nulidad, rescisión y la denuncia del contrato, entre otros.[43]

15. *Principios de la cesión del contrato en el derecho mexicano*

Aunque la figura de la cesión del contrato no está regulada como tal en el Derecho Mexicano, es evidente su admisión y la posibilidad de celebrarlo válidamente. Existe, por un lado, la necesidad práctica de que esta institución "*novísima*",[44] que se realiza todos los días, cumpla con un mínimo de

[43] Para ampliar ver García-Amigo, op. cit., págs. 55 a 57.
[44] Así le llama Castán Tobeñas, op. cit., págs. 339 y siguientes.

requisitos; por otro lado, el principio de autonomía de la voluntad (arts. 1796, 1832, 1858), el reconocimiento de las figuras atípicas (arts. 1796 y 1858) y las instituciones similares de la cesión de derechos y asunción de deudas, como fundamento de la aceptación de esta figura singular para el Derecho Mexicano.

Ante la ausencia de normas específicas que disciplinen este negocio, y acordes al principio que para los atípicos establece el art. 1858, debemos buscar los actos jurídicos más similares de los que podemos extraer las reglas supletorias. Sin aceptar la llamada teoría atomística o de la descomposición, sino considerando que estamos en presencia de una "institución o forma contractual autónoma y unitaria",[45] entresacaremos algunos de *los principios rectores* de este negocio de cesión del contrato de las citadas figuras análogas.

a) En la cesión del contrato que comprende todo el complejo orgánico de todas las deudas, derechos y *derechos potestativos* que derivan de un contrato. En la cesión de derechos se menciona que esta comprende a la de todos los derechos accesorios (art. 2032).

b) Para la formación de la cesión del contrato, es requisito esencial el *consentimiento del cedido* y la intervención de la voluntad de tres partes. En la cesión de deudas, el acreedor cedido debe consentir, expresa o tácitamente (arts. 2051 y 2052).

c) Si el contratante cedido ha autorizado la cesión previamente, esta tiene efectos cuando se le notifique, tal como la cesión de derechos (arts. 2036 a 2040) o a la fecha de aceptación.

d) El cedente del contrato está obligado a garantizar al cesionario la *existencia y validez* del contrato base, materia de la cesión. En la cesión de créditos el cedente lo está respecto a la existencia y legitimidad del crédito (art. 2042), pero no respecto a la solvencia del deudor (art. 2043), a menos que así se pacte expresamente (art. 2044). En la cesión de deudas, el acreedor no puede repetir contra el primer deudor si el nuevo es insolvente (art. 2053). Por otra parte, si la cesión es gratuita, y hablamos de la de derechos, el cedente no responde de la existencia del crédito ni de la solvencia del deudor (art 2050).

e) Por efecto natural de la cesión del contrato, *el cedente queda liberado* de sus deudas frente a su contraparte del contrato básico. Este principio lo contiene, para la asunción de deudas, el art. 2053, pero puede pactarse en contrario, es decir "sin liberación del cedente".

f) En la cesión del contrato, el cesionario asume la posición contractual de la parte cedente y tiene derecho a oponer al cedido todas *las excepciones* que el cedente tenía, con excepción de las personales. Para la cesión de deudas, esta regla se contiene en el art. 2056 y para la de derechos en el 2035.

[45] Idem, pág. 339.

g) En caso de *nulidad* de la cesión del contrato —como en la asunción de deudas— el contrato materia de la cesión subsiste en sus originales términos, como también "renace" la deuda cedida con todos sus accesorios (art. 2057).

h) Nuestro Código (art. 2030) dice que procede la cesión de derechos si no está prohibida por el contrato o por la ley. Para la cesión del contrato, la prohibición contractual se salva con el consentimiento del cedido, requisito que no tiene la de derechos. La prohibición legal sí puede llegar a constituir un impedimento para la cesión del contrato.

i) Respecto a *la forma* de la cesión del contrato, el art. 2033 señala para la cesión de derechos el escrito privado y dos testigos. Esta formalidad la consideramos como mínima para la cesión del contrato que, a nuestro entender, debe tener la misma formalidad que la del contrato base. Así parece desprenderse también, para la cesión de derechos, del art. 2031.[46]

j) El consentimiento, excepcionalmente, podrá expresarse en forma *tácita* en la cesión del contrato. En la cesión de deudas se prevé esta posibilidad para el consentimiento del acreedor. Cuando se fija un plazo para que el acreedor acepte, si el acreedor no expresa su voluntad, se entiende que rehúsa (art. 2054).

k) En la cesión del contrato, al producirse la transferencia de uno de los sujetos contratantes, *las garantías personales* que pudiera tener el cedente, se extinguen. Esta regla la recoge, para la cesión de deudas, al art. 2055. Sin embargo, las garantías pueden subsistir si los terceros garantes consienten en ello.

ABREVIATURAS

Art(s). = artículo(s).
C.c. = Código civil para el Distrito Federal.
C.c. alem. = Código civil alemán.
C.c. esp. = Código civil español.
C.c. fran. = Código civil francés.
C.c. ital. = Código civil italiano.
C. de c. = Código de comercio mexicano.
CF = Código Fiscal.
LCS = Ley del contrato de seguro.
LFT = Ley federal del trabajo.
LGSM = Ley general de sociedades mercantiles.

[46] En igual sentido Borja Soriano, op. cit., pág. 574.

COMENTARIOS SOBRE ALGUNAS DE LAS REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL*

(Primera Parte)

EMILIO GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE

Se inicia el presente año de mil novecientos ochenta y cuatro con la modificación de algunas disposiciones del Código Civil aplicable en el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del Orden Federal.

Al igual que en el año de mil novecientos setenta y cinco,[1] las reformas y modificaciones son dispersas, aisladas y por lo tanto carentes de unidad. Sin embargo, a pesar de ello, algunas son loables. Esto que afirmo no está motivado por un simple afán de crítica, sino por las dificultades por las que tiene que pasar el intérprete al tratar de dilucidar los potenciales efectos prácticos de normas e ideas modernas que se ven incrustadas arbitrariamente por el legislador en Capítulos y Títulos del Código Civil que data de mil novecientos veintiocho, creándose así un extraño sabor de novedad y añejamiento.

Si se pretende, pues, actualizar una institución específica, hay que legislar sobre toda ella y no hacer modificaciones parciales. Como ejemplo de ello tenemos a la "Ley Sobre Relaciones Familiares"[2] que por primera vez establece la disolubilidad del matrimonio, mediante el divorcio, en contra de lo dispuesto en el C.C. de 70 y el de 84, en los cuales el divorcio sólo suspendía algunas de las obligaciones civiles derivadas del matrimonio.[3] Como consecuencia de ello, y motivado por el espíritu liberal de la época, dicha ley reguló instituciones enteras, derogando sólo algunos títulos y capítulos del C.C. de 1884 que le precedió.

Posteriormente, la "Ley Sobre Relaciones Familiares" es derogada en el Código Civil de 1928, que entró en vigor el 1º de octubre de 1932. A partir de esa fecha, las reformas, casi todas, han sido parciales, aisladas y dispersas. Las promulgadas para entrar en vigor este año no son la excepción.

* Reformas al C.C. del Distrito Federal, publicadas en el D.O. de la Federación del 27 de diciembre de 1983, y para entrar en vigor a los noventa días después de su publicación.

[1] Reformas al C.C. del Distrito Federal, publicados en el D.O. de la Federación del 31 de diciembre de 1974.

[2] Publicada en el D.O. de la Federación del 14 de abril al 11 de mayo de 1917.

[3] Artículo 239 del C.C. de 70. Artículo 226 del C.C. de 84.

Hoy en día a pesar de que estamos en una época de cambio social, el legislador se niega a realizar una labor difícil, consistente en la reforma integral de los Títulos Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo del Libro Primero de nuestro Código Civil, correspondientes al "Matrimonio", "Del parentesco y de los Alimentos", "De la Paternidad y Filiación" y "De la Patria Potestad". Quizá lo difícil no sea la labor de estudio en sí, sino de hacer dicha labor manteniéndose al margen de aspectos políticos, como en su época lo fue "El Año Internacional de la Mujer". No quiero decir con esto que la reforma integral de dichos Títulos tenga necesariamente que aceptar una serie de situaciones de hecho, sociales, que se viven hoy en día. Todo lo contrario, quizá la reforma integral que se deja sentir como necesaria sea el freno a ellas, pero no es el propósito de este modesto opúsculo el abordar esos temas álgidos en extremo. En realidad sólo pretendo delinear brevemente la evolución de algunas reformas, y para ello he seleccionado capítulos a desarrollar, iniciando con el interesante tema de las donaciones entre consortes.

Donaciones entre consortes

El Código Civil de 1870 regulaba, en el Capítulo IX del Título Décimo del Libro Tercero, las donaciones de que tratamos, señalando que dichas donaciones no pueden exceder de la quinta parte de los bienes presentes del donante, siendo inoficiosas si rebasan dicho límite. La consecuencia de dicha inoficiosidad no es la nulidad sino la reducción de lo donado al tope autorizado. Ya la exposición de motivos de dicho ordenamiento decía que esta materia "ofrece graves dificultades; pues por una parte puede atacarse la libertad individual, y por otra causarse inmensos perjuicios a las familias, por el abuso a que se pueden dar lugar el respeto y el sentimiento".

Dicha época se caracterizó por una desmedida protección de la mujer, quien no podía, "sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo; enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos especificados en la ley".[4] Como excepción a esta regla general, la mujer no requirió de autorización alguna del marido ni de decreto judicial especial para celebrar contrato de donación con su cónyuge[5] (ya sea como donante o donataria).

Las donaciones entre cónyuges podían hacerse "por disposición entre vivos o por última voluntad".[6] Ahora bien, las donaciones hechas para después de la muerte del donante, se regían por las disposiciones relativas a los legados,[7] confirmándose ambas (entre vivos o *mortis causa*) sólo con la muerte del donante, pues podían ser revocadas por éste libremente y en todo tiempo.

En ambos supuestos, el de confirmación por muerte y el de revocación libre, el legislador se refirió al donante exclusivamente, mas no al donatario.

[4] Artículo 207 C.C. de 70.
[5] Artículo 2248 C.C. de 70.
[6] Artículo 2246 C.C. de 70.
[7] Artículo 2720 C.C. de 70.

Si éste moría, la donación no se entendía confirmada y por lo tanto permanecía revocable por el donante en perjuicio de los herederos del donatario. "El donante podrá revocar hasta su muerte; y puede hacerlo aun después de haber muerto el cónyuge donatario, o sea, por tanto, contra los herederos de éste."[8] A mayor abundamiento, la revocación podía ser expresa o tácita.[9]

El Código Civil de 1884, a pesar de ser criticado de reproducir sin mayor novedad el anterior Código de 1870, en esta materia no fue así. Este Código eliminó el límite que su antecesor imponía a estas donaciones, consistente en la quinta parte de los bienes presentes del donante.[10] Ello no implicó que se pudieran consumar donaciones pródigas, pues, al mismo tiempo, se estableció que se reducirían en los mismos términos que las comunes.[11] Las comunes se reducían cuando eran inoficiosas, ello es, cuando el donante no se reservaba en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias,[12] parámetros subjetivos en extremo por oposición a la objetividad del C.C. de 1870.

Otra innovación importante hecha por este Código consistió en que dichas donaciones también podían ser atacadas si es que se perjudicaban los derechos de los acreedores alimentarios del donante, aspecto este último que olvidó el Código de 1870 que sólo exigía que no fueren contrarias a las estipulaciones matrimoniales.

Después del Código Civil de 1884, el país se ve sacudido por movimientos políticos y sociales que culminan con la Revolución de 1910 y la Constitución de 1917. Todo ello como señal de una época de cambio ideológico y social, similar quizá al que se deja entrever hoy en día.

En la materia que analizamos se opera un cambio substancial que queda estampado en la "Ley Sobre Relaciones Familiares". Se rompió con el proteccionismo exagerado de la mujer que caracterizó a las legislaciones anteriores, concretando, al mismo tiempo, las ideas liberales de la época.

Esta nueva ley, que sólo derogó algunos Títulos del Código Civil de 1884, no reguló en ningún Capítulo específico las donaciones entre consortes. Unicamente reguló, en su Capítulo XIX, las "donaciones antenupciales". En el artículo noveno transitorio, o de "Disposiciones Varias", se especifica que se deroga, entre otros, varios Capítulos del Título Décimo del Libro Tercero del Código de 1884, dentro de los cuales se encontraba el IX, "De las Donaciones entre Consortes".

En ausencia del Capítulo específico que regulara las donaciones entre consortes, se podría pensar que se aplicaban las reglas de las donaciones "comunes" y que, por no haber quedado derogadas por la ley que comenta-

[8] "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Tomo V, Cultural, S.A., Habana 1946. Pág. 820.
[9] Artículo 2249 C.C. de 70.
[10] Artículo 2114 C.C. de 84.
[11] Artículo 2118 C.C. de 84.
[12] Artículo 2113 y 2115 C.C. de 84.

mos, seguían en vigor las reglas contenidas en el Título Décimo Quinto del C.C. de 1884. Según estas reglas, las donaciones no eran libremente revocables pues sólo se permitía dicha revocación en los casos autorizados por la ley.[13] Sin embargo, la "Ley Sobre Relaciones Familiares" fue categórica en su artículo 48 al decir: "La mujer no podrá, en ningún caso, contratar con el marido para transmitirle o adquirir de él bienes raíces, derechos reales o de cualquier otra clase. Tampoco podrá ser fiador del marido ni obligarse solidariamente con él en asuntos que a éste corresponda". Con este artículo se podría pensar que las donaciones entre consortes eran nulas durante la vigencia de dicha ley y que, en realidad, no eran aplicables las reglas de las "donaciones comunes" del Código de 1884.

Esta prohibición tajante y categórica se ve mitigada con la regulación que hace dicha ley de la relación patrimonial entre los cónyuges, cuyas disposiciones establecen que tanto el hombre como la mujer pueden, antes o después de contraer matrimonio, convenir en que los productos de todos o algunos de sus bienes, o de su trabajo, profesión, industria o comercio sean comunes o se dividan entre ellos en determinada proporción.[14]

Finalmente, llegamos a la promulgación del Código Civil de 1924 que vuelve, en su Capítulo VIII del Título Quinto, a admitir y regular, como los códigos de 1870 de 1884, en forma específica, las donaciones entre consortes. Al hacer esto, no repite las disposiciones del C.C. de 1884 en esa materia y que habían sido derogadas por la "Ley Sobre Relaciones Familiares", sino que actualiza la regulación de dicha institución, adaptándola a las necesidades de aquel momento.

Se elimina en este Código la afirmación de los C.C. de 1870 y 1884 en el sentido de que las donaciones podían hacerse por última voluntad. Ello es atinado puesto que tanto aquellas legislaciones como nuestro Código actual establecen que "las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones relativas al Libro Tercero".[15] (De las Sucesiones.)

Al igual que en las legislaciones anteriores, en ésta las donaciones entre consortes sólo se confirman con la muerte del donante (mas no con la muerte del donatario), manteniéndose, por otra parte, la protección establecida en forma loable por el legislador de 1884, a los acreedores alimentarios.

Continuando con el sistema tradicional, el único que puede revocar libremente la donación es el donante. Si la donataria no acepta la donación, no se perfecciona el contrato,[16] y si una vez aceptada, con posterioridad,

[13] Artículo 2601 C.C. de 84.

[14] Artículo 272 y 273 de la L.R.F.

[15] Artículo 2339 C.C. de 1928. Ver supra No. (6) Resultaba innecesario el que se especificara en los C.C. de 70 y 84 que las donaciones podrían ser "mortis causa", pues, de cualquier forma, se tramitaban por las reglas de las sucesiones.

[16] Rojina Villegas. Acto Dispositivo Unilateral Gratuito. Derecho Civil Mexicano, Tomo V: "Obligaciones" Volumen II, Antigua Librería Robredo, México 1951. Podría pensarse, con este autor, que no hay una donación propiamente dicha, pero sí una liberalidad hecha en forma unilateral.

repudia dicha donación habría que estudiar si ello implica una nueva donación en favor del donante original (o una liberalidad en su favor) o bien, si ello implica una violación al artículo 233 (antes de la reforma de 1983, que reserva la revocación unilateral del contrato al donante) y al *"pacta sunt servanda"*, consagrado en el artículo 1797, ambos del Código Civil. Es de notarse que, como novedad, la revocación ya no podrá ser tácita, como en los Códigos de 1870 y 1884, sino que sólo procede la revocación expresa, pues el legislador de 1928 eliminó del texto del artículo el que se pueda revocar la donación por hechos que la hagan presumir de un modo necesario. Ello fue atinado puesto que, si la donación común se reviste de mayores formalidades para "proteger los bienes de la familia del donante, dando ocasión a una mayor reflexión al mismo donante",[17] la revocación, tratándose de donaciones entre cónyuges, debe mostrar una mayor reflexión del cónyuge que revoca, midiendo así las causas y consecuencias de ello. Por tanto se justifica que la revocación sea sólo expresa y no tácita.

Dos de los tres artículos que regulan las donaciones entre consortes[18] fueron reformados según *Diario Oficial* de 27 de diciembre de 1983, reformas estas que implican cambios importantes.

Se elimina en el párrafo que sostiene la confirmación de dichas donaciones sólo por la muerte del donante, implicando que su confirmación puede ser anterior a dicho momento. Dicha confirmación antes de la muerte del donante implica la irrevocabilidad de la donación, por ejemplo, la irrevocabilidad que resulta del divorcio, ya que dicha revocación, que sigue siendo facultad exclusiva del donante, debe satisfacer ahora dos requisitos esenciales:

a) Que subsista el matrimonio.

b) Que exista causa justificada para ello, a juicio del juez.

En general, se puede afirmar que la reforma dota de mayor estabilidad al contrato y de mayor seguridad al donatario, y a sus herederos, aunque no se pone en claro si dicho donatario, una vez aceptada la donación, puede repudiarla posteriormente, con causa justificada a juicio del juez. Tampoco se especifica si el donante puede válidamente renunciar a su derecho de revocación.

Por primera vez desde 1870 se establece que la donación entre consortes es revocable sólo por causa justificada, antes de la muerte del donante y, además, sólo que subsista el vínculo matrimonial. Si es así, los herederos del donatario resultan protegidos. Ello es, porque se entiende que el único que puede dar al donante motivo o causa justificada para revocar la donación, es la conducta del cónyuge donatario. Si ésta ya murió, además de que ya no

[17] Sánchez Medal. De los Contratos Civiles. 1a. Edición 1972. Pág. 153.

[18] Hay que recordar una cuarta disposición referente a esta materia que es el artículo 192 del C.C. de 28. Presunción de donación.

subsiste el vínculo matrimonial, difícilmente se encontrará causa justificada para revocar la donación en perjuicio de los herederos de dicho donatario. O bien, en el caso de divorcio, en el que la donación queda confirmada en beneficio del donatario y sus herederos.

Antes de la reforma de 1983, las donaciones sólo se confirmaban por la muerte del donante (mas no del donatario) quien podía revocarla en forma libre, ello es, sin causa alguna. Así, si moría el donatario, sus herederos quedaban a merced del donante, quien podía revocar las donaciones hechas al donatario.

Por otra parte, en la práctica es muy frecuente que los cónyuges se hagan donaciones en el convenio que se debe elaborar para seguir el trámite de divorcio por mutuo consentimiento, siendo que se firma y ratifica dicho convenio ante la presencia judicial antes de que se dicte la sentencia definitiva que decreta el divorcio y disuelve el vínculo matrimonial.

Independientemente de la formalidad[19] que debe revestir dicho contrato y de las consideraciones sobre la ineficacia del contrato si no se cumple con dicha formalidad,[20] no dejaba de inquietar la posibilidad de que dicha donación se considerara como concluida entre consortes, pues la sentencia aún no se dicta cuando se firma y ratifica el convenio, y por lo tanto que se considerara como esencialmente revocable en forma libre y en cualquier tiempo por el donante; aún dictada ya la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento. Esa inquietante posibilidad pone en grave riesgo el interés de un cliente que acepta en dicho convenio celebrar una donación de bienes sustanciales para evitar todo contacto futuro con el otro divorciante, o para no estar en la necesidad de exigir, en todo caso, una pensión alimenticia y su incremento anual correspondiente, o bien simplemente en la liquidación de la sociedad conyugal.

Esa inquietante posibilidad queda totalmente eliminada del panorama pues, de acuerdo con las reformas, para que se pueda revocar la donación entre consortes se requiere que subsista el matrimonio y que se dé una causa suficiente para ello, a juicio del juez.

Cosa distinta a la apuntada en los párrafos anteriores, es la revocación de una donación que hace el cónyuge inocente, antes de iniciar el juicio del divorcio contencioso correspondiente.

Al poder quedar confirmada la donación hecha entre consortes antes de la muerte del donante, y al hacerla revocable sólo por causa justificada, a juicio del juez, se dota de cierta firmeza a la solución que se ha dado a un problema reinante bajo la vigencia de las disposiciones reformadas, y que consiste en lo siguiente:

Si las donaciones entre consortes eran esencialmente revocables y sólo se confirmaban por la muerte del donante. ¿En realidad se transmitía la propiedad del bien al donatario al momento de perfeccionarse el contrato de

[19] Artículos 2342 al 2345 C.C. de 28. Para efectos prácticos, toda donación debe constar en escritura pública.

[20] Excepción de otorgamiento de la forma para la supervivencia del contrato.

donación? o bien ¿Se transmitía sólo a la muerte del donante, cuando la donación era ya irrevocable?

No faltaron quienes opinaran que la donación estaba sujeta a una condición suspensiva o bien a un término incierto; la muerte del donante, momento en el cual se trasmitía la propiedad al donatario, surtiéndose en ese momento, mas no antes, todos los efectos del contrato.

Tampoco faltaron quienes consideraran que la donación entre cónyuges, antes de la muerte del donante, no constituía un contrato traslativo de dominio sino sólo de uso. Así, se ha considerado también que el donatario tiene sólo el usufructo del bien, transmitiéndose la nuda propiedad sólo cuando muere el donante. Se asemejaron, finalmente, estas donaciones al comodato, en donde se concede el uso gratuito de un bien no fungible (o bien fungible) con la obligación de restituirla individualmente.

El problema se ve agravado cuando se hacen consideraciones sobre los derechos que, a su vez, puede transmitir el donatario antes de la muerte del donante.

¿Puede acaso transmitir la propiedad del bien donado?[21] ¿Qué consecuencias jurídicas se originan si, habiéndose transmitido el bien a un tercero, el donante revoca la donación? ¿Tendrá derecho el donante de perseguir el bien o sólo de obtener un pago por equivalente? Si efectivamente no se ha transmitido la propiedad al donatario ¿El donante puede enajenarla a una tercera persona o bien hipotecarla o gravarla? Como siempre ocurre, hay que hacer una pequeña génesis de la figura para poder encontrar el camino que nos guíe a una solución práctica y satisfactoria.

"En el derecho romano, la donación entre vivos hecha por uno de los esposos al otro era nula por temerse la influencia recíproca",[22] por el temor de un abuso de influencia que pudiera conducir a la expoliación de uno de ellos por el otro.[23]

El rigorismo de la regla romana fue atenuado en "virtud de un Senado-Consulto del año 206 propuesto por Severo y Caracalla, en el que se dispuso que la donación se estimaría convalidada si el esposo donante moría sin haber manifestado la intención de revocarla, en cuyo caso valdría como donación por causa de muerte".[24] Este razonamiento llevó a muchos tratadistas, como Scaevola y Manresa, a considerar que las donaciones entre consortes celebradas *mortis causa* eran válidas, no obstante la prohibición legal, ya que, de cualquier forma, tanto éstas como las celebradas *intervivos*, se convalidaban con la muerte del donante.

El emperador Caracalla convalidó, pues, las donaciones entre cónyuges, no obstante la prohibición expresa, siempre que no hubieran sido revocadas antes del fallecimiento del donante. Más que una revocación propiamente

[21] *"Nemo plus juris ad alium transferre nequit quam ipse habet"*. Nadie puede transmitir mitir más derecho que aquel que tiene.

[22] Supra (8) Pág. 813.

[23] José Castan Tobeñas. "Derecho Civil Español y Foral" Tomo V, Volumen I, Madrid 1976, Pág. 494.

[24] Idem.

dicha, sería, en todo caso, el no ejercer el derecho de hacerla anular.[25] El comentario de Francisco Fortuny es que "no se trata de un acto revocable, sino de un acto nulo cuya inexistencia puede reclamarse en cualquier tiempo por el donante . . ."[26]

Este sistema prohibitivo atenuado fue el que se siguió en la legislación de las partidas, las que textualmente decían.

"Partida 4a., Título XI, Ley 4a.
Durando el matrimonio fazen a las vegadas donaciones, el marido a la muger, o ella al marido, non pot tsxon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro. E tales donaciones como estas son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen despojandose el uno al otro, por amor que han de consuno; e porque el que fuessen escasso, seria de mejor condición, que el que es franco en dar. E por ende si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer, si el uno se fiziere por ello mas rico e el otro mas porbre: fuera ende, si aquel que fiziese tal donación nunca lo reucasse: nin la desziciesse en su vida: ca estonce fincaria valedera. Mas si reuocase la donación en su vida el que la fiziesse, diziendo señaladamente: tal donación como esta que fize a mi muger, no quiero que valga, o si callasse, o si muriesse aquel que la fizo, desatarse y e por cualquier destas razones la donación primera."

"Idem, Ley 6a.
Empobresciendo el que fiziesse la donación por razon della: e non enriquesciendo mas por ella aquel a quien le diessen es la otra manera de que fizimos emiente en la ley ante desta, que valdría la donación que fiziesse el marido a la muger, o el uno al otro durando el matrimonio.
E esto seria, como si uno dixiesse al otro, aquel daua alguan sepultura suya en que se soterrase: ol diessen ol comprasse lugar en que la fiziesse ol diesse heredad alguna en que fiziesse alguna eglesia, o monasterio ol diessen renta del alguna heredad, o dineros, o otra cosa quel diessen por luminaria a alguna eglesia, tales donaciones como estas, o otras semejantes della: deuen valer, porque aquel a quien las dan non se aprouecha dellas en su vida. Otrosi, porque son dadas en manera, que se torna en servicio de Dios."[27]

El sistema prohibitivo atenuado (pues prohíbe las donacions entre consortes pero las entiende confirmadas con la muerte del donante) ha sido

[25] Así lo especifica Pierre Julien en su libro "Les Contrats entre Epoux", París 1962. Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence. Pág. 105.
Tampoco nuestra intención es el profundizar sobre la máxima *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, pues dicha revocación o anulación de la donación por el donante se hacía con conocimiento de que se había celebrado un contrato nulo. El hecho es que, aparentemente, se sacrificó la técnica atendiendo a necesidades prácticas.

[26] Francisco Fortuny Comaposada. "Régimen de bienes en el matrimonio" Colección NEREO, Madrazo, 159, Barcelona, Pág. 57.

[27] Idem., Pág. 47.

adoptado en nuestros días por las legislaciones Danesa, Italiana y Española.[28]

Por ser actos que no se confirman sino hasta la muerte del donante, aun cuando se trata de donaciones entre vivos, estamos, nos dice Planiol y Ripert, "ya bien cerca de los testamentos."[29] Ahora bien, un contrato sujeto a un término incierto.

Según este sistema prohibitivo atenuado, "La propiedad de los bienes donados no se transmiten, ni de modo claudicante, como consecuencia de la donación; no será posible, por ejemplo, inscribir la adquisición gratuita de un bien inmueble en el Registro de la Propiedad. La convalidación supone la persistencia tácita de la intención del donante dirigida a la atribución, hasta el momento de su prefallecimiento al donatario; tal persistencia, por ser acto continuado, no puede constituir materia de una manifestación de voluntad, y por ello dicha convalidación es siempre tácita; aún en la llamada convalidación expresa, la voluntad de convalidar carece de eficacia en cuanto acto, y nada añade a la no revocación o arrepentimiento, pues, sin duda, la confirmación hecha en el último testamento requiere, para ser eficaz, la supervivencia del donatario, y, dándose ésta, la expresión de voluntad testamentaria (por ende, revocable) carece de efectos específicos."[30]

Como la donación es nula hasta que, en su caso, quede convalidada por el fallecimiento del cónyuge donante, sin haberla revocado, el cónyuge donatario no será acreedor de lo prometido y tampoco adquirirá la propiedad de la cosa donada. Si ésta le hubiese sido entregada, obtendrá el donatario la simple posesión de la misma.

De acuerdo con este sistema, el donatario estaba imposibilitado para transmitir la propiedad del bien donado a una tercera persona, puesto que él mismo no adquiría sino hasta la muerte del donante. Así pues, el donante podía reivindicar, en todo caso, el bien donado del tercero adquirente.

Otras legislaciones, como la nuestra, se han alejado del sistema tradicional prohibitivo (atenuado) y han adoptado un sistema permisivo,[31] ello es, el de autorizar las donaciones entre consortes, pero aferrándose, en cierto sentido al sistema tradicional, al permitir que dichos contratos puedan ser revocados por el donante durante su vida. En este sistema estamos en presencia de una verdadera revocación y no de una nulidad o anulabilidad, como existía en el Derecho Romano. Como vimos, nuestro legislador adoptó este sistema desde el Código Civil de 1870. ¿Qué razón jurídica motivó el cambio? La exposición de motivos de dicho Código de 1870 nos da la respuesta, al especificar que esta materia ofrece graves dificultades "pues por una parte puede atacarse la libertad individual, y por la otra causarse inmensos perjuicios a las familias, por el abuso a que pueden dar lugar el respeto y el

[28] *Supra* (23) Pág. 495.

[29] *Supra* (8) Pág. 810.

[30] Lacruz y Sancho-Rebullida. Citado por Castan Tobeñas. *Supra* (23) Pág. 501.

[31] Francia y Portugal adoptaron este sistema permisivo revocable, mientras que Alemania y Suiza han adoptado el sistema permisivo irrevocable (común).

sentimiento. La comisión creyó que lo más prudente era considerar a las donaciones entre consortes como revocables y confirmadas sólo por la muerte del donante. De esta manera cualquier influencia perniciosa se estrellará, ya en la revocación, ya en la reducción que debe hacerse cuando muera el donante".[32]

Como se puede ver, existían dos principios e intereses en pugna. Uno, el evitar la explotación sentimental y amorosa de un cónyuge al otro, y dos, el de la autonomía de la voluntad.

El legislador de 1870 respetó la autonomía de la voluntad al permitir las donaciones entre consortes, pero, al mismo tiempo, vigiló el abuso que se podía hacer de los sentimientos, desembocando en un enriquecimiento, al hacer dichas donaciones esencialmente revocable.

"Ya el Código Civil no tenía los mismos motivos que la antigua Jurisprudencia para mantener una prohibición que servía sobre todo para conservar los bienes de la familia. Por ello permite las donaciones entre esposos, mutuas o no; pero a fin de impedir la repetición de los inconvenientes que dieran lugar a la prohibición romana las declara esencialmente revocables."[33]

El legislador, desde 1870 hasta 1928 y las reformas de 1983, ha logrado una armonía entre ambos intereses en juego olvidándose, sin embargo, de los terceros adquirentes.

Según Planiol y Ripert "La revocación produce iguales efectos que la resolución. Alcanza a los terceros y destruye retroactivamente el título del donatario.

En primer lugar, esa revocación debe ser transcripta; los terceros están en peligro de ser perjudicados. Pero quedaran advertidos que el bien proviene de una donación entre esposos con simplemente consultar las transcripciones anteriores, lo que les dará conocimiento indirecto del caso."[34]

En realidad, si nuestra legislación, desde 1870 hasta nuestros días, ha adoptado un sistema permisivo de las donaciones entre consortes, excepción hecha de la Ley Sobre Relaciones Familiares, por oposición al sistema tradicional prohibitivo (atenuado), en el cual no se transmitía la propiedad sino hasta la muerte del donante, quiere decir que se ha deseado la consumación de dichos contratos "intervivos" en respeto de la autonomía de la voluntad, consumación ésta que implica la transmisión de la propiedad del bien al donatario. Si no se hubiere deseado dichos efectos transmisorios, nunca se hubiese adoptado el sistema permisivo, sino que bastaba haberse aferrado al sistema prohibitivo de donaciones entre consortes. El hecho de que se mantenga la revocabilidad de dichas donaciones, no hace concluir que no se transmita la propiedad del bien al donatario, puesto que dicha revocación obedece sólo al ánimo del legislador de evitar el abuso de esta institución por

[32] C.C. de 1870 con la exposición. México. Tip. de Aguilar e Hijos. 1ra. de Sto. Domingo y 1ra. del Relox 3, 1879.

[33] *Supra* (8), Pág. 814.

[34] Idem., Pág. 822.

un cónyuge en perjuicio del otro, razón ésta que es ajena a los aspectos relacionados con la transmisión de propiedad en la donación.

Así, pues, tomando en consideración los intereses en juego, evaluados por el legislador para adoptar el sistema permisivo de las donaciones entre consorte, es de concluirse que éste es un contrato transmisorio de propiedad y que por lo tanto el donatario puede válidamente transmitir, a su vez, el bien donado a un tercero adquirente.

¿Qué pasa, sin embargo, con la transmisión hecha a un tercero por el donatario, si el donante revoca en vida, antes de disolver el vínculo matrimonial y con justa causa, la donación hecha a su cónyuge? ¿Puede o no reivindicar el bien del tercero?

Según la opinión de Planiol y Ripert, antes transcrita, "Los terceros están en peligro de ser perjudicados". Con ello quiere decir que el donante sí puede reivindicar de ellos el bien donado. No les queda a dichos terceros más que, quizá, repetir en contra del donatario por el importe de la operación. No creo que Planiol y Ripert pensaran, al decir que los terceros podrían resultar perjudicados, en que éstos no tendrían ese derecho de repetición; aún considerando que el tercero adquirente obrara con conocimiento y consentimiento de que quien le transmite es un cónyuge donatario, pues ello implicaría un enriquecimiento de dicho donatario.

No comparto la opinión de Planiol y Ripert. Creo que el tercero adquirente debe ser protegido, aún en el caso que se compruebe que obró con conocimiento de que su causahabiente había adquirido por donación de su cónyuge. Ello, no sólo porque debe quedar exento de las consecuencias que pueden darse por tensiones y conflictos entre los consortes, sino también porque así se dota de seguridad jurídica y de unidad a todo el sistema de transmisión de bienes,[35] evitando, además, que ciertos bienes se encuentren afectados de una *capitis deminutio* comercial por el solo hecho de que su origen haya sido una donación entre consortes.

Se propicia, así, finalmente, una reflexión en el cónyuge donante, para que no efectúe una donación pasional a su consorte y después, con mayor pasión, se tenga que ver en la necesidad (o cuando menos el deseo) de revocarla.

Al protegerse los intereses del tercero adquirente, si el donante revoca la donación hecha a su cónyuge, éste quedará obligado a un por equivalente, pues el bien donado ya ha salido, válidamente, de su patrimonio. Este pago por equivalente, será por el importe de la enajenación al tercero o, en su caso, por la cantidad en que, al tiempo de la revocación, resulte enriquecido el donatario.

Finalmente, refiriéndose a la posibilidad del donante para renunciar al derecho de revocación, nos resistimos a aceptarla, ya que, de ser posible esta renuncia, carecería de sentido la distinción entre donaciones esencialmente revocables y las comunes, así como los razonamientos jurídicos existentes para mantener este sistema bipartito. Además, si es que son esencialmente

[35] Artículo 3009 C.C. de 28.

revocables, quiere decir que dicha revocabilidad es esencia de la figura y por lo tanto irrenunciable. Finalmente, de aceptar la renunciabilidad del derecho de revocación, se propiciaría la explotación sentimental del donante para que otorgue la donación y renuncie a su derecho de revocación desde un principio.

A pesar de los razonamientos anteriores, el donante puede ahora unilateralmente incurrir en la nueva causal de separación para efectos de divorcio, solicitar éste para disolver el vínculo matrimonial, con lo cual se tornaría irrevocable la donación. La validez y el cumplimiento de ambos contratos (matrimonio y donación) se deja al arbitrio de una de las partes y lo peor es que no es con violación al artículo 1797 del C.C., sino con la sanción y autorización de nuestro sistema jurídico reformado. El *"pacta sunt servanda"* queda, día con día, carente de contenido.

Las reformas de 1983 no dan una solución expresa a los problemas planteados. La solución se da vía interpretación jurídica. Las reformas dotan de cierta consistencia a las soluciones dadas, por el solo hecho de que, ahora, la revocación de las donaciones entre consortes es severamente más complicada y difícil que antes. No obstante ello, las reformas hubieran sido mucho más atinadas si resolvieran expresamente las interrogantes planteadas y que sólo vía interpretación jurídica se pueden resolver.

Nos resta solamente recordar que, de acuerdo con el artículo 174 del Código Civil, los cónyuges requieren de autorización judicial para contratar entre ellos, salvo en los casos de excepción ahí señalados, así como los términos del artículo 176 del mismo ordenamiento que puede entenderse aplicable a las donaciones por analogía o mayoría de razón.

LOS CONTRATOS A FAVOR DE TERCERO

(Segunda parte)

HUMBERTO RUIZ QUIROZ

II. LEGISLACION Y DOCTRINA MEXICANAS

20. PRIMEROS CODIGOS MEXICANOS

Al independizarse nuestro país, siguió rigiendo en su territorio la legislación española, hasta que fueron apareciendo las primeras leyes mexicanas y, por lo que al derecho privado se refiere, el primer código promulgado en la República Mexicana fue el que expidió la legislatura de Oaxaca en los años de 1827 y 1828, que además fue el primero de Iberoamérica, según demostración convincente de un jurista oaxaqueño.[80]

Los artículos que en este Código tratan de los contratos a favor de tercero, son una traducción de los que en el Código Napoleón llevan los número 1119, 1121 y 1165; traducción que merece la misma crítica hecha en la primera parte de este trabajo a las legislaciones dominicana y boliviana,[81] pues sus autores tradujeron la preposición francesa *pour*, como *por*, cuando debió haberse traducido como *para*, según puede verse en el texto que transcribo a continuación:

> ARTICULO 916. Nadie puede empeñarse ni estipular en su propio nombre sino *por* sí mismo.
> ARTICULO 918. También se puede estipular en provecho de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que se hace *por* sí mismo, o de una donación que se hace a otro.
> El que ha hecho esta estipulación no puede revocarla, si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella.
> ARTICULO 961. Las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes, no dañan a un tercero, y sólo le aprovechan en el caso previsto por el artículo 918.[82]

[80] Ortiz-Urquidi, Raúl: *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, 1974, págs. 9 y sigs.

[81] Véase la primera parte de este artículo en esta *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho (R.I.J)* número 7, págs. 312 y 313.

[82] Ortiz-Urquidi, ob. cit. pág. 244.

No obstante estas deficiencias, es de destacar la labor de la legislatura oaxaqueña que, en una época tan difícil para nuestro país, como fue la de la primera República Federal, pudiera haber dado a luz el primer Código Civil iberoamericano.

Según las investigaciones de Ortiz Urquidi, en 1852 el mismo estado de Oaxaca promulgó un nuevo Código Civil, pero desgraciadamente su texto no ha llegado hasta nosotros;[83] pero en cambio sí conocemos el siguiente código civil vigente en una entidad de la República, que fue el que, para el Estado de Veracruz redactó el Magistrado Fernando de Jesús Corona y que entró en vigor el 5 de mayo de 1869.

Este ordenamiento disponía en su artículo 1350 lo siguiente:

> "Los contratos sólo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan, pero si en el contrato se hubiere prometido alguna ventaja en favor de tercero, y éste la acepta y notifica su aceptación antes de ser revocada la promesa, puede exigir el cumplimiento de la obligación."

Esta disposición siguió en su redacción al artículo 977 del proyecto de García Goyena, con algunas variantes de estilo y con la diferencia de que aquel proyecto prescribe la notificación de la aceptación por el tercero únicamente al promitente y el precepto transcrito del Código Corona no indica a quién debe notificarse la aceptación, por lo que debe concluirse que debe ser a ambos: promitente, por ser el obligado y estipulante, por ser quien puede revocarla.

21. CODIGOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870 y 1884. En 1870 se promulga el primer Código Civil para el Distrito Federal y el único territorio entonces existente: el de Baja California; sin que se haga referencia en él, en forma general, a los contratos a favor de tercero; pero el artículo 1393 establecía el efecto relativo de los contratos, prescribiendo que éstos "sólo obligan a las personas que los otorgan".

En 1884 se abroga el Código Civil de 1870, mediante la expedición de uno nuevo para las mismas entidades, el que, en su artículo 1277, repite el contenido del precepto antes transcrito.

Borja Soriano, a la vista de esa disposición, concluye que durante la vigencia de aquellos Códigos, un tercero extraño a un contrato no podía exigir la prestación pactada a su favor en dicho acto jurídico, ya que el legislador mexicano no introdujo la excepción al principio consistente en los efectos relativos de los contratos, como lo hace el artículo 1121 del Código Napoleón y segundo párrafo del artículo 977 del proyecto de García Goyena que sirvieron de modelo al Código Civil de 1870.[84]

Comparemos, sin embargo, el precepto de nuestros Códigos, primero con su modelo francés. Los artículos 1393 del Código Civil del Distrito

[83] Idem, págs. 33 y sigs.

[84] Borja Soriano, Manuel: *Teoría general de las obligaciones*, Tomo I, México 1939, págs. 424 y 425.

Federal de 1870 y 1277 del de 1884 establecen solamente que "Los contratos *sólo obligan* a las personas que los otorgan"; es decir, no pueden crear obligaciones a cargo de tercero, sin que hagan referencia alguna a los posibles efectos de los contratos *a favor* de tercero, por lo que al no prohibirlos los está permitiendo.

El Código Civil francés, en cambio, en su artículo 1119 establece que "No se puede en general, *obligarse, ni estipular* en su propio nombre, sino para sí mismo". Esta disposición prohíbe, establece una regla general consistente en la imposibilidad de crear una obligación a cargo de un extraño al contrato y también de estipular para otro.

A referirse este artículo a un supuesto más amplio que los códigos mexicanos, pues prohíbe, en general, todo contrato con efectos hacia tercero, activos o pasivos, es lógico que después, en su artículo 1121, expresara las excepciones a la regla general, consistentes en poder estipular a favor de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo, o de una donación que se hace a otro.

En cambio los códigos mexicanos que comento, al no prohibir la estipulación a favor de tercero, sino sólo las obligaciones a cargo de un tercero extraño al contrato, no tenían por qué añadir excepciones a una prohibición que no establecen. Si tomamos en cuenta que en la redacción de estos artículos, el legislador mexicano no siguió al modelo francés, que establece en su texto una posibilidad muy restringida a las estipulaciones a favor de tercero, como se vio en la primera parte de este trabajo,[85] debemos concluir que durante la vigencia de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 en el Distrito Federal y en las entidades que los imitaron, no existió la prohibición de estipular a favor de terceros.

Confirma esta interpretación el que los mismos Códigos nuestros admiten el seguro de vida y la renta vitalicia a favor de tercero,[86] lo cual está acorde con la ausencia de prohibición de contratos *a favor* de tercero que no se estableció en los códigos que comento.

Además si comparamos estos Códigos con el proyecto de García Goyena, que fue otro de los modelos principales de nuestras primeras leyes civiles, llegaremos a la misma conclusión, pues el primer párrafo del artículo 977 del proyecto mencionado establece que "Los contratos sólo producen efectos respecto de las partes entre quienes se otorgan". Nuevamente vemos que la norma que se establece en este artículo del proyecto, se refiere a los efectos relativos del contrato, tanto en el aspecto activo como en el pasivo y era necesario para que pudiera establecerse la posibilidad de estipular a favor de tercero, que expresamente se estableciera la excepción como lo hace el segundo párrafo del mismo artículo 977 del proyecto, que dice: "Sin embargo, si en el contrato se hubiese estipulado alguna ventaja en favor de tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiera aceptado y héchola saber al obligado antes de ser revocada".

[85] Veáse *R.I.J.* núm. 7, pág. 302.

[86] Artículos 2837 y 2916 del Código Civil del D.F. de 1870; y 2709 y 2788 del de 1884.

Un autor mexicano, respecto al punto aquí expuesto escribió en 1926 lo siguiente:

"El Lic. Manuel Borja Soriano, profesor de la Escuela N. de Jurisprudencia, se funda en este artículo y en los antecedentes del Código Civil, para sostener que no tienen fuerza jurídica, en nuestro derecho, las estipulaciones a favor de tercero. Escribió sobre el particular unos apuntamientos interesantes y fundados. Sin embargo, la cuestión es controvertida."[87]

A la opinión de Borja Soriano, respecto a la interpretación de los Códigos de 1870 y 1884 del Distrito Federal se adhieren dos autores mexicanos de sendas monografías relacionados con el tema de los contratos a favor de tercero: Santiestevan Echávarri y Ruiz Rueda.

El primero de ellos dice al respecto:

"En la legislación anterior al Código de 1928, la figura de la estipulación a favor de tercero, no tuvo acomodo, pese a la reproducción que en esencia hace del Código Francés y del Proyecto del Código Civil Español, comentado por don Florencio García Goyena, en donde ésta encuentra una situación condicionada; prevaleciendo el principio romano en su original enunciado. Tal debe concluirse de la disposición contenida en el artículo 1277 del Código Civil de 1884, que consecuente con ordenamiento parecido del Código Civil de 1870, establece en el contrato la exclusiva obligación de las partes que los otorgan, negando con ello toda validez a las estipulaciones hechas en favor de tercero."[88]

Ruiz Rueda después de hacer referencia a la opinión de Borja Soriano dice que "A la luz de los preceptos de los dos códigos citados es indudable que el maestro Borja Soriano estaba en lo justo".[89]

Difiero, por las razones ya expuestas, de la opinión no sólo de Borja Soriano, sino de los dos últimos autores citados, a pesar de que en la parte medular de la tesis expuesta en sus monografías, coincido totalmente en sus opiniones, como se verá en el desarrollo de este trabajo.

Este problema de interpretación de los Códigos del Distrito Federal ya abrogados, no tiene sólo importancia histórica y especulativa, pues los artículos comentados de esos ordenamientos son idénticos al artículo 1125 del Código Civil del Estado de Puebla, vigente aún desde 1902; por lo que opino que en esa entidad federativa, sí debe admitirse la estipulación a favor de tercero con efectos externos al contrato.

22. NOVEDAD EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1928 Y EN LA LEGISLACION LIBANESA de 1932. El Código Civil del

[87] Pallares, Eduardo: *Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, anotado y concordado*, México 1926, pág. 227.

[88] Santistevan Echávarri, Carlos: *Estipulación a favor de tercero —naturaleza—*, México 1942, págs. 28 y 29.

[89] Ruiz Rueda, Luis: *La fianza de empresa a favor de tercero*, México, 1956, pág. 96.

Distrito Federal que rigió también en los territorios federales, cuando tres entidades de nuestra República tenían este carácter, trajo la novedad de reglamentar en sus artículos 1868 a 1872 la estipulación a favor de tercero, lo cual ha sido un adelanto en relación con los códigos nacionales anteriores.

Fue además el primer código en el mundo que, siguiendo doctrinas originadas en Alemania, sostenidas posteriormente en Francia y defendidas actualmente por gran parte de la doctrina civilista mexicana, clasificó la estipulación a favor de tercero como una declaración unilateral de voluntad, al incluir las normas relativas a esta figura en el capítulo segundo del título primero del libro cuarto, bajo el epígrafe: "De la declaración unilateral de voluntad".

Digo que fue el primer código que acogió la doctrina del carácter unilateral de la voluntad creadora del derecho del tercero, en la estipulación realizada a favor de éste, a pesar de que en una extraordinaria obra que cité numerosas veces en la primera parte de este trabajo, el *Tratado de derecho comparado* de Arminjon, Nolde y Wolf se dice que "El Código brasileño, como también los códigos mexicano y libanés, ve en las estipulaciones en favor de terceros un caso de 'declaración unilateral de voluntad', asimilación que nos parece discutible".[90]

Como el Código Civil brasileño vigente cuando se escribió el *Tratado* que cito en el párrafo anterior y que es el actualmente en vigor, data de 1916, sería este ordenamiento el primero en sostener esa discutible asimilación, como la llaman los ilustres comparatistas.

Sin embargo, en la obra citada, se deslizó un error a sus autores, pues el Código Civil brasileño, reglamenta las estipulaciones a favor de tercero en los artículos 1098 a 1100, que transcribí en la primera parte de este trabajo,[91] los que constituyen el contenido del capítulo cuarto *De las estipulaciones en favor de tercero*, del título IV, que da las normas *De los contratos* y que forma parte del libro tercero *Del derecho de las obligaciones;* sin que se pueda desprender ni del articulado, ni de la colocación o epígrafes referentes a esta figura, que el legislador brasileño haya considerado a la declaración unilateral de voluntad, como su fuente.

Además el título VI del mismo libro tercero, de este Código, se titula *De las obligaciones por declaración unilateral de voluntad*, comprende dos capítulos, relativo el primero, a los títulos al portador y, el segundo, a la promesa de recompensa, sin que haga referencia alguna a la estipulación a favor de tercero. No existe además en la relación de reformas al Código Civil brasileño, contenida en una de las ediciones que consulté, referencia a reforma alguna a los artículos relativos a las estipulaciones a favor de tercero.

Por último, en una obra, anterior al Tratado de Arminjon, Nolde y Wolf citado, un autor brasileño, cita al autor del Código Civil de su país, Bevilaqua, en la forma siguiente:

[90] Tomo II, París, 1950, pág. 47.

[91] Véase *R.I.J.* núm 7, pág. 317.

"En la sistemática de nuestro derecho, el Código Civil brasileño, conforme escribe Bevilaqua, considera la estipulación a favor de tercero una relación contractual *sui generis*, en la cual la acción para exigir el cumplimiento de la obligación se transfiere al beneficiario, sin, por otra parte, perderla el estipulante. Es un caso de despersonalización del vínculo obligacional o mejor, de relación contractual doble, que tiene por punto de conjunción al promitente, que contrata con el estipulante, realizar una prestación, que cumplirá en las manos del beneficiario."[92]

En la misma obra, el mismo Amaral Gurgel vuelve a acudir a la autoridad de Bevilaqua para justificar la inclusión en el Código Civil brasileño de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, diciendo que este jurista escribió que "habiendo destacado como causas generadoras de las obligaciones, los contratos, y no considerando contratos los títulos de crédito y las promesas de recompensa, era forzoso que abriera para estas figuras jurídicas un título aparte".[93] En ninguna parte menciona la estipulación a favor de tercero como declaración unilateral de voluntad, sino sólo las dos figuras a que se refieren los dos capítulos que constituyen el título correspondiente a las obligaciones originadas por declaración unilateral de voluntad.

Por lo tanto, como dije antes, fue el Código Civil del Distrito Federal de 1928, el primero que clasificó la estipulación a favor de tercero, como declaración unilateral de voluntad.

Durante la *vacatio legis* que siguió a la promulgación del Código Civil de 1928, el 9 de marzo de 1932, fue promulgado el Código de las Obligaciones y de los Contratos del Líbano, que entró en vigor, treinta meses después o sea hasta septiembre de 1935 y el que sigue también la postura adoptada por nuestro Código Civil de 1928, al considerar que la estipulación a favor de tercero, se origina en una declaración unilateral de voluntad, siguiendo las ideas del jurista francés que elaboró el ordenamiento libanés: Luis Josserand.[94]

En efecto, el artículo 148 del Código de las Obligaciones y de los Contratos del Líbano dice así:

"En principio, una voluntad aislada es impotente para crear relaciones obligatorias, aún cuando sea clara y solemnemente manifestada, mientras no se una a otra voluntad que represente intereses distintos y contrarios.
Excepcionalmente, y en los casos limitativamente previstos por la ley, una declaración unilateral de voluntad se vuelve creadora de obligaciones, por ejemplo en las ofertas contractuales (artículo 179) en la estipulación para los demás (artículo 227) y en la gestión de negocios."[95]

[92] Amaral Gurgel, J. do: *Dos contractos no Codigo Civil brasileiro*, Vol. I, págs. 495 y 496.
[93] Idem, pág. 20.
[94] Arminjon, Nolde y Wolff, ob. cit., tomo I, pág. 133.

En esta disposición se palpa la paternidad de Josserand respecto del Código de las Obligaciones y de los Contratos del Líbano, pues este jurista al igual que Bonnecase entre los franceses y De Semo entre los italianos, sostiene que la fuente de las obligaciones del gestor, en la gestión de negocios, es una declaración unilateral de voluntad.[96]

Pero a pesar de esta coincidencia entre la legislación mexicana y la libanesa, la redacción de las disposiciones relativas a la estipulación a favor de tercero es muy diferente, pues nuestro ordenamiento se inspiró en el Código Civil alemán, que como hemos visto en la primera parte de este trabajo considera a esta figura como contrato; mientras que la legislación libanesa en su artículo 227 muestra la huella evidente del Código Napoleón y de la jurisprudencia francesa, pero en el resto de su articulado introduce normas que no existen en la ley francesa, aunque algunos de esos principios ya eran aplicados por la jurisprudencia gala.

En efecto, el artículo 227 del Código de las Obligaciones y de los Contratos es del tenor siguiente:

"La relatividad de los contratos admite derogaciones desde el punto de vista activo: está permitido estipular en su propio nombre, en provecho de una tercera persona, de suerte que ésta deviene acreedor del promitente y en virtud misma del contrato.
"La estipulación para otro puede así intervenir válidamente:
"1. Cuando se agrega a un convenio que el estipulante concluye en su propio interés, pecuniario o moral;
"2. Cuando constituye la condición o la carga de una liberalidad, entre vivos o testamentaria, que el mismo estipulante concede a otra persona (liberalidad sub-modo)."

La disposición transcrita, al establecer que la estipulación a favor de tercero debe estar ligada a un convenio que el estipulante realice en su propio interés, no ha podido sustraerse a la influencia de la legislación nacional de su autor, pues la semejanza con la primera parte del artículo 1121 del Código Civil francés es evidente, aunque con una modificación importante, ya que al agregar que el interés propio del estipulante puede ser pecuniario o moral, las posibilidades de estipular para otro son prácticamente ilimitadas. El autor del Código libanés conservó, en el inciso 1 del artículo transcrito, lo dispuesto en la primera parte del artículo 1121 del Código francés, introduciendo en el texto la validez de la estipulación en

[95] *Code des Obligations et des Contrats*. Bureau des Documentations Libanaises et Arabes, Beyrut, 1983. Este Código pude obtenerlo gracias a la gentileza de mi amigo el Lic. Marcelo Bitar, quien se tomó la molestia de traérmelo desde El Líbano.
[96] Josserand, Louis: *Cours de droit civil positif français*, tomo II, pág. 884, Bonnecase, Julien: *Elementos de derecho civil*, tomo II, Puebla, 1945, págs. 388 y 389. De Semo, Giorgio: *La gestione di affari altrui nella teori e nella pratica*, Padua, 1958, pág. 35.

favor de tercero, cuando exista una interés moral, lo cual la jurisprudencia francesa, forzando el texto de su propia ley, ya había admitido al aplicar esa norma del ordenamiento napoleónico, como se vio en la primera parte de este ensayo.[97]

El inciso 2 es una reproducción de la segunda parte del mismo artículo 1121 del Código francés, con pequeñas modificaciones en su estilo, y retoca la terminología empleada, al introducir el concepto carga; pero desnaturaliza el concepto de estipulación al atribuir este carácter a las disposiciones testamentarias, tema éste al que me referiré más adelante; pero desde ahora quiero hacer notar que no creo que la introducción de las liberalidades testamentarias, con carga, en la categoría de las estipulaciones a favor de tercero, pueda atribuirse a Josserand, pues este autor no menciona, en su *Curso de derecho civil positivo francés*, a ese tipo de liberalidades, como posibles aplicaciones de la figura de la estipulación a favor de tercero, postura idéntica a la mayoría de los autores nacionales y extranjeros, pues sólo conozco un autor mexicano que considera al legado con carga, como una estipulación a favor de tercero, opinión que comentaré más adelante.[98]

23. LA DOCTRINA MEXICANA ANTE EL CODIGO CIVIL DE 1928. Al promulgarsee el Código Civil del Distrito Federal y entrar años más tarde en vigor, la doctrina mexicana se inclinó en un principio, por la adhesión a la clasificación que se desprende del rubro del capítulo donde están contenidos los artículos 1868 a 1872, que regulan la figura objeto de este estudio, aunque pronto surgieron las opiniones disidentes, enfrentándose así dos corrientes antinómicas: la que asegura que el derecho del tercero, en la estipulación realizada en su favor deriva de la declaración unilateral de voluntad del promitente; y la que sostiene que su fuente es el acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente.

24. PUNTOS DE CONTACTO ENTRE LAS DOS CORRIENTES DE LA DOCTRINA MEXICANA. Aunque puede parecer un contrasentido, afirmar que hay puntos de coincidencia entre estas dos corrientes de la doctrina civilista mexicana, creo que se puede afirmar que ambas opiniones parten de la misma necesidad de resolver un problema jurídico y práctico y ambas son una reacción contra un principio injustificadamente arraigado entre los civilistas e igualmente creo, que los autores que han sustentado una u otra postura, no han examinado esos puntos comunes que pudieran eliminar o disminuir la distancia que separa a estas dos corrientes.

Digo que ambas opiniones parten de una misma necesidad de carácter jurídico y práctico; la que consiste en evitar que el derecho que nace para el tercero entre en el patrimonio del estipulante; pues de acuerdo con la teoría que trata de explicar esta figura, sosteniendo que existe una oferta que realiza el promitente, en cumplimiento de lo pactado con el estipulante, el tercero sería un causahabiente de éste, pues la obligación del promitente tendría primero como titular al estipulante y sólo hasta que el tercero acep-

[97] *R.I.J.* núm. 7 págs. 303 y 320.
[98] Gutiérrez y González, Ernesto: *Derecho de las obligaciones*, Puebla 1974, pág. 405 y sigs.

tare la supuesta oferta que le hace el promitente, entraría el derecho en su patrimonio, con graves consecuencias en caso de quiebra del estipulante, pues los acreedores de éste podrían anular el derecho del tercero o bien éste podría verse obligado a recibirlo en moneda de quiebra. Esta es la solución de los Códigos Civiles de Costa Rica y Nicaragua que critiqué en la primera parte de este trabajo.[99]

Las dos posturas de la doctrina mexicana a este respecto, tratan de evitar que se considere que entre primero en el patrimonio del estipulante el derecho del tercero; y la que sostiene que el derecho de éste se origina en la declaración unilateral del promitente, evidentemente es congruente con la finalidad de que ese derecho no entre en el patrimonio del estipulante, ya que la manifestación de voluntad del promitente según esta teoría, es dirigida al tercero y no al estipulante, quien es ajeno a esa declaración unilateral de voluntad.

La segunda corriente, que niega que el derecho del tercero se origine en la declaración unilateral de voluntad del promitente, sostiene que del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante, surge una obligación que asume el promitente a favor del tercero, sin que en ningún momento entre en el patrimonio del estipulante. Ambas soluciones se originan en la misma finalidad y ambas lo logran.

Pero además, decía que ambas posturas son una reacción contra un principio jurídico arraigado entre los civilistas del siglo pasado y entre algunos del presente siglo y que consiste en que una persona no puede adquirir un derecho en virtud de la voluntad de otra persona, si no interviene la voluntad del adquirente.

Este principio ha sido superado desde que la doctrina y diversas legislaciones admiten la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones.

Desde que se ha aceptado que un derecho puede nacer sin una doble manifestación de voluntad coincidente sobre el mismo objeto, es decir, sin consentimiento de los dos sujetos activo y pasivo de la relación jurídica, nada obsta para que una persona se obligue sin que sea preciso el consentimiento de aquél que va a ser acreedor del que expresó su voluntad unilateral de obligarse.

Pero tampoco hay obstáculo jurídico o lógico alguno, para que se realice un acto jurídico bilateral, es decir, cuya esencia sea el consentimiento de dos personas, del cual surja una obligación de la que va a ser titular o sujeto activo un tercero extraño al contrato.

Como conclusión podemos afirmar que nada obsta en el estado actual del derecho positivo de una gran mayoría de países, así como de su jurisprudencia y doctrina, para que alguna persona se convierta en sujeto activo de un derecho de crédito, sin intervención de su voluntad, por la sola manifestación de otra voluntad ajena (declaración unilateral) o de dos o más volun-

[99] *R.I.J* núm 7, págs. 316 y 317.

tades distintas, opuestas, pero coincidentes en un mismo objeto, y también ajenas a quien va a convertirse en acreedor (contrato a favor de tercero).

24. ORIGEN DE LA TESIS QUE CONSIDERA A LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO UNA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD. Como ya ha sido expuesto en diversas monografías sobre el tema, esta tesis tiene su origen en lo expuesto por H. Siegel, quien sostiene que la declaración unilateral de voluntad es la fuente de las obligaciones tanto en el contrato como fuera de él. Pacchioni, refiriéndose a la teoría de Siegel, nos dice que este autor afirma que "la promesa unilateral es por sí sola y como tal, la fuente de la obligación, en homenaje al principio ético que vincularía a todo promitente consigo mismo, e independientemente de cualquier aceptación por parte del promisario".[100]

La tesis de Siegel que trata de explicar que la fuente de la obligación es siempre una declaración unilateral de voluntad, aún dentro del contrato, actualmente nadie la acepta, pues aún los civilistas que sostienen que en la estipulación a favor de tercero la fuente del derecho de éste es la declaración unilateral del promitente, se abstienen de atribuir en todos los demás contratos que sólo surten efectos a favor de los mismos contratantes, el carácter de fuente de las obligaciones, a la declaración de cada una de las partes, en forma independiente de la otra declaración de voluntad. Estos autores no siguen fielmente, en toda su extensión la tesis de Siegel y, por lo tanto, no son congruentes, pues si aceptan la tesis de ese autor para la estipulación a favor de tercero, deberían aceptarla para todo contrato, pues existe la misma razón para considerar a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones en uno y otro caso: el principio ético que vincularía a todo promitente consigo mismo.

25. FALSEDAD DE LA TESIS DE LOS SEGUIDORES DE SIEGEL. Además de la incongruencia con Siegel, al no aplicar su tesis a todo contrato, sus seguidores sostienen algo fuera de la realidad, pues quien celebra un contrato a favor de tercero, realiza una sola declaración de voluntad dirigida a su cocontratante, nunca la dirige hacia el tercero.

La voluntad del estipulante se dirige a la del promitente y viceversa y del encuentro coincidente de estas dos voluntades surge el derecho del tercero y esa coincidencia de declaraciones, respecto de un objeto es lo que se llama consentimiento y constituye la esencia de todo contrato.

Para que la tesis de Siegel y sus seguidores fuera verdadera, tendría que haber, además de la declaración del promitente dirigida al estipulante, otra declaración dirigida al tercero, lo que es falso, pues a éste sólo se le avisa, se le hace saber, que se celebró un contrato a su favor y que, por tanto, ya nació un derecho para él, derivado del acuerdo de voluntades.

Nótese que la tesis contractualista sostiene que el derecho del tercero nace del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante, no de un acuerdo de voluntades entre promitente y tercero.

[100] Pacchionni, Giovanni: *Diritto civile italiano*, Padua, 1941, Parte II, Vol. I, pág. 271.

Así lo expresan Enneccerus-Lehmann con estas palabras: "El tercero adquiere, pues, en virtud del contrato que los contratantes han concluido, *por la sola razón de que las partes así lo han querido*".[101]

Más adelante dicen estos autores que deben rechazarse todos los intentos para explicar los diversos efectos de la estipulación a favor de tercero "en virtud de un negocio especial implícito en el contrato a favor de tercero o que se añade al mismo".[102]

Ese añadido que pretende parte de la doctrina mexicana es falso, pues jamás se realiza una declaración dirigida al tercero y es inútil esta alambicada explicación, pues en la actualidad, no existe esa limitación rígida del derecho romano, al que le repugnaba la creación de un derecho, en un contrato en que no intervenía el que se convertía en sujeto activo de la relación creada a su favor.

Pero, incluso alguno de los defensores de la tesis de nuestro Código Civil de 1928, no ha comprendido la exacta postura de quienes sostienen la tesis contractualista.

En efecto, como se ha visto, los sostenedores de esta última doctrina atribuyen el origen del derecho al consentimiento entre estipulante y promitente como se desprende claramente de las palabras de Enneccerus-Lehmann, antes citados, y, en cambio, el maestro Rojina Villegas, al defender la tesis del legislador mexicano combate la postura de quienes consideran que el derecho del tercero nace de un contrato celebrado entre el promitente y el tercero; pero en toda su exposición parece ignorar la tesis que atribuye la fuente del derecho del tercero al acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente, sin necesidad de ese añadido, consistente en una declaración unilateral de voluntad encajada en el contrato.

Véanse los siguientes párrafos de Rojina Villegas que confirman lo dicho:

> "Si el tercero acepta la estipulación, se considera nacida desde la fecha en que se hizo y no desde el momento en que se aceptó; si la repudia se considera el derecho como no nacido. Por lo tanto está sujeto a una condición consistente en la aceptación o repudiación del tercero."[103]

Estoy completamente de acuerdo con lo sostenido en este párrafo por el maestro mexicano, que tiene su base en los artículos 1870 y 1871 del Código Civil que establecen el nacimiento inmediato del derecho del tercero por el solo acuerdo de voluntades y su resolución por la no aceptación del tercero, que constituye una condición resolutoria.

En seguida añade el autor citado:

> "Si la voluntad unilateral, no fuera fuente de su obligación, el derecho del tercero no podía nacer sino hasta el momento en que diese su consen-

[101] Enneccerus, Ludwig y Heinrich Lehmann: *Derecho de obligaciones*, tomo II, Vol. I del *Tratado de derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, Barcelona, 1933, pág. 171.

[102] Idem.

[103] Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de derecho civil*, tomo III, México, 1967, pág. 214.

timiento, y estaríamos entonces dentro de la teoría del contrato, que explicaría esas obligaciones por el acuerdo de voluntades; pero basta con que el tercero no repudie, es decir, con que no se presente este acontecimiento futuro e incierto, para que el derecho se tenga por nacido tácitamente desde que se hizo la estipulación, antes de que el tercero aceptara. . ."

El maestro Rojina Villegas combate aquí aquellas doctrinas que pretenden ver el nacimiento del derecho del tercero en el acuerdo de voluntades entre el promitente y el tercero o entre el acuerdo entre éste por una parte y promitente y estipulante por la otra, que es el sustento de la ya anticuada teoría de la oferta, que ya no es aceptada por la doctrina, ni la casi totalidad de las legislaciones actuales. En párrafos siguientes analiza el mismo autor para rebatirlas, las teorías de la gestión de negocios y de la cesión de derechos del estipulante al tercero; pero no hace referencia alguna a la verdadera tesis contractualista que se sostiene en la actualidad y que se puede enunciar escuetamente diciendo que el derecho del tercero, en la estipulación realizada a su favor, nace directa e inmediatamente del acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante, sin necesidad de aceptación por parte del tercero.

Con todo el respeto que me merece el maestro Rojina Villegas, creo que no llegó al fondo de lo sostenido por los partidarios del origen contractual del derecho del tercero en la estipulación para otro.

Pero además, de no ser la postura de la tesis contractualista, la que supone el maestro Rojina Villegas en el párrafo transcrito, los sostenedores de la tesis de la declaración unilateral de voluntad pretenden que además del acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente, existe una declaración unilateral de este último, la cual como dije antes nunca se emite, pues cabe preguntar ¿en qué momento se hace esta declaración? ¿Al mismo tiempo que el promitente manifestó su aceptación al estipulante? Un ejemplo ilustrará la falsedad de esta hipótesis.

Supongamos que fue el estipulante quien propuso la celebración del contrato; ejemplo que podemos concretar refiriéndolo a un contrato de seguro de vida, celebrado en favor de un acreedor del asegurado. Al aceptarse el contrato por la empresa aseguradora, ésta se estaría obligando a favor del tercero beneficiario. Los sostenedores de la tesis de Siegel me podrían decir: he ahí la declaración unilateral de voluntad que origina el derecho del tercero; pero esa declaración va dirigida al estipulante y no al tercero, cuyo derecho no hubiera nacido, si no hubiera existido antes la declaración de voluntad del estipulante, en el presente ejemplo, del asegurado. Esa coincidencia de declaraciones de voluntad entre promitente y estipulante, sobre un objeto, se llama consentimiento y constituye la esencia de todo contrato. Pero en el ejemplo dado, el asegurado, quien tiene el carácter de estipulante, en relación con el derecho creado a favor del tercero, puede revocar ese derecho: ¿cómo es posible que aquél pueda revocar un derecho que nació sin

el concurso de su voluntad, según la tesis siegeliana y, en cambio, la aseguradora de cuya declaración unilateral de voluntad, según la misma tesis, nació el derecho del tercero, no puede revocarlo?

Puedo, por tanto, decir con Hernández Romo, que "en ningún caso puede tener el promitente la facultad de revocar, pues entonces estaríamos abiertamente en contra de los presupuestos del artículo 1797 del Código Civil.[104] De aquí que resulte imposible, para los sostenedores de la declaración unilateral de voluntad, explicar por qué si el nacimiento del derecho proviene del promitente exclusivamente, éste nunca puede revocar el derecho y sí lo puede hacer el estipulante".[105]

Pensemos ahora en un contrato en que el proponente sea quien se obligue hacia el tercero; por ejemplo, yo comprador propongo a mi contraparte comprarle un inmueble, obligándome a pagar el precio a un acreedor del vendedor. He ahí la declaración unilateral de voluntad a favor del tercero que va a adquirir el derecho y que, según la tesis de Siegel, obliga al promitente consigo mismo a cumplir su promesa; pero ¿esa declaración hará nacer el derecho a favor del tercero, sin la aceptación del vendedor? Si la tesis que combato fuera cierta, el comprador quedaría obligado hacia el tercero, acreedor del vendedor, aunque nunca hubiera aceptación del vendedor, y, por lo tanto, el promitente se obligaría a hacer un desembolso, sin recibir contraprestación alguna y jamás adquiriría lo que se propuso comprar.

El absurdo salta a la vista y es contrario a nuestra legislación positiva y a todas las legislaciones que dispongan que el derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, como dispone el artículo 1870 del Código Civil, pues si no se perfeccionó el contrato, como en el ejemplo puesto, no nació el derecho del tercero.

Pero todavía podría sostenerse que la declaración unilateral de voluntad que liga al promitente, es posterior al acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente y se hace un instante después de perfeccionado el contrato. Esta última afirmación, además de crear una declaración que en realidad no se da, que es inútil, está en contradicción con el citado artículo 1870 del Código Civil del Distrito Federal, que en su parte inicial dice: *"El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato. . ."*.

Por esto, un autor argentino, refiriéndose a la teoría de la declaración unilateral de voluntad, dice que sus sostenedores después de afirmar que el derecho del tercero nace en el momento mismo en que el promitente se obliga a cumplir la promesa, "a renglón seguido, destruyen a nuestro juicio su propia teoría diciendo que no hay que olvidar que la obligación del promitente toma nacimiento en el contrato celebrado entre él y el estipulante. ¿En qué quedamos entonces? ¿Nace de una relación contractual o de

[104] El artículo 1797 del Código Civil del D.F. dice: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

[105] Hernández Romo, Miguel Angel: *Naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero*, México, 1960, pág. 77.

la voluntad unilateral? Las dos cosas a la vez no pueden ser: contrato por un lado y voluntad unilateral por otro".[106]

Creo que con esto se demuestra la razón que tiene Santistevan al afirmar que esta tesis es artificiosa e inútil; pero yo añadiría que es contraria a la realidad y al contenido de los artículos de nuestro Código Civil que regulan esta figura, aún cuando estén colocados bajo el rubro de la declaración unilateral de voluntad, opinión que coincide con la de Rafael de Pina, quien afirma que "para nosotros lo que sucede es que la colocación de los artículos de referencia es bastante desafortunada, pues la estipulación en favor de tercero deriva de un contrato, no de una declaración unilateral de voluntad. Aunque se han dado diferentes explicaciones acerca de la naturaleza de la estipulación en favor de tercero, a nuestro juicio, negar su naturaleza contractual equivale a cerrar los ojos a la evidencia".[107]

El Código Civil del Estado de Tlaxcala promulgado en 1976, acepta plenamente que la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de tercero es contractual, no sólo al incluir esta figura jurídica en el libro quinto relativo a las diversas especies de contratos, sino al disponer en el artículo 1849 que "El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, el cual es fuente también de la obligación del promitente en favor del tercero".

El haber clasificado correctamente esta figura, es un progreso, pues elimina las confusiones que ha provocado el Código Civil del Distrito Federal, pero creo que no era necesario hacer la declaración doctrinal sobre la fuente del derecho del tercero, pues no es esa una función de las leyes.

Por esta razón, son también criticables los Códigos Civiles de Morelos de 1946, de Sonora de 1949, y de Quintana Roo de 1980, que incluyen en su articulado una declaración de tipo doctrinal, pero sosteniendo la postura contraria, es decir la que atribuye a una declaración unilateral de voluntad el origen del derecho del tercero.

El artículo 1960 del Código Civil de Morelos, idéntico al 2029 del de Sonora, dice lo siguiente:

> "1960.— *El derecho del tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato,* salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato, que sólo se considerará como el medio para hacer la estipulación, *la cual tiene como fuente la declaración unilateral del promitente.*"

A pesar de que los legisladores de Morelos y de Sonora con la inclusión, en este artículo, de la afirmación categórica de que el derecho del tercero nace de la declaración unilateral del promitente, pretenden aclarar toda duda acerca de su naturaleza, no logran suprimir la contradicción que hace notar Dassen a los sostenedores de esta postura, pues por una parte sostienen

[106] Dassen, Julio: *Contratos a favor de terceros.* Buenos Aires, 1960, págs. 19 y 20.
[107] Pina, Rafael de: *Elementos de derecho civil mexicano,* Vol. III, México, 1973, pág. 317.

que el derecho nace en el momento de celebrarse el contrato y a continuación dicen que nace de la declaración unilateral del promitente y como he demostrado antes, esa declaración unilateral es totalmente ineficaz, si no va unida a la declaración del estipulante, es decir, si no hay consentimiento, si no hay contrato.

El mismo Rojina Villegas, autor de los Códigos de Morelos y Sonora, afirma que "Esta figura de la estipulación en favor de tercero, sólo puede darse en los contratos; en ningún otro acto jurídico puede presentarse, y tiene justamente la característica de que a propósito de un contrato las partes no estipulan entre sí o para sí, sino con respecto a un tercero, independientemente de que pueden en el contrato crearse obligaciones directamente entre los contratantes. . .".[108]

Creo inútil insistir en rebatir esta tesis, pues la misma necesidad de que exista un contrato que expresa Rojina Villegas en el pasaje transcrito y la determinación del nacimiento del derecho del tercero en el momento de perfeccionarse el mismo, es la prueba evidente de que la declaración unilateral del promitente no es, por sí sola, suficiente para ser eficaz y producir el derecho del tercero.

Solamente quiero añadir que el autor citado dice que la declaración unilateral de voluntad del promitente se hace "a propósito de un contrato, por la que se obliga en favor de un extraño al mismo".[109] De estas afirmaciones parece desprenderse que la declaración de voluntad del promitente y el derecho que se crea para el tercero, *a propósito del contrato,* son algo accesorio, no esencial al contrato celebrado entre promitente y estipulante, cuando en realidad existen numerosos contratos en que la vida del mismo, la finalidad primordial de las partes, su razón de ser, es la creación de ese derecho a favor de tercero, y en fin que el contrato mismo, en su totalidad o en su parte más importante sea precisamente un contrato a favor de tercero. Sostener que para que sea válida la creación de un derecho a favor de un tercero extraño a un contrato, es indispensable que el mismo acto jurídico origine un derecho a favor del estipulante, es retroceder en el tiempo, cuando la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones modernas, no sólo admiten la eficacia externa del contrato a favor de los extraños al mismo, sino la existencia de un contrato totalmente a favor de tercero.[110]

Un moderno Código Civil que entró en vigor en una entidad de nuestra República en 1980, el de Quintana Roo, también pretende terminar con esta discusión al suprimir en su artículo 253 la referencia a que el derecho del tercero nace al perfeccionarse el contrato celebrado a su favor. Este artículo dice así: "La declaración unilateral del promitente es la fuente obligacional de la estipulación hecha en un contrato a favor de tercero".

[108] Rojina Villegas, ob. y tomo cits. pág. 213.
[109] Idem.
[110] Veáse en la primera parte de este artículo *R.J.J.*, núm. 7. la legislación de diversos países del Viejo y del Nuevo Continente y las opiniones de diversos juristas.

A pesar de esta postura doctrinal, los argumentos expresados quedan en pie, pues sin contrato y sin el consentimiento de promitente y estipulante no produce efecto alguno esa declaración unilateral de aquél, y por lo tanto, conviene repetir las palabras de De Pina que cité anteriormente: negar la naturaleza contractual de esta figura "equivale a cerrar los ojos a la evidencia".

26. CONCEPTO DE ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO. SUS ELEMENTOS ESENCIALES. Pero hasta ahora, no he intentado dar un concepto de estipulación a favor de tercero y conviene tratar de concretarlo, porque si no se tiene en cuenta cuál es su esencia, se puede caer en errores como alguno que haré notar después.

Ya Pacchioni, en la introducción de su monografía, nos proporciona una distinción entre contratos a favor de tercero en sentido lato o vulgar o en sentido estricto o técnico, comprendiendo entre los primeros a los celebrados a nombre de otro por su representante y los celebrados en interés, pero no en nombre de una persona determinada, si ésta no adquiere a consecuencia del mismo, derechos contractuales. En cambio, contrato a favor de tercero en sentido técnico es para Pacchioni "aquel que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera persona que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra efectivamente el atribuir a esa tercera persona un derecho propiamente suyo: derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél".[111]

Simplificando las ideas de Pacchioni, podríamos decir que estipulación a favor de tercero es un acuerdo de voluntades que crea a cargo de alguna de las partes una obligación a favor de un tercero extraño al contrato.

Para el Código del Distrito Federal de 1928, no es esencial que el tercero pueda exigir como propio su derecho, puesto que el artículo 1869 dispone que la estipulación hace adquirir al tercero el derecho de exigir al promitente la prestación a que se ha obligado, *salvo pacto escrito en contrario*. Al permitir este pacto en contrario, nuestra legislación considera que entra en esta categoría aquel acto contractual que establece algún provecho a favor de un tercero; pero que sólo puede ser exigido al promitente, por su cocontratante, sin que el tercero tenga acción para exigirlo por sí mismo. Se trata de una estipulación a favor de tercero con eficacia interna, pero no externa, caso idéntico a las primeras atenuaciones que hubo en Roma, a la regla *alteri stipulari nemo potest* y que actualmente no es considerada, en lo general, por la doctrina, como una estipulación a favor de tercero propiamente tal, independientemente de que se sostenga que su naturaleza sea contractual o no.

Sin embargo, tanto nuestra ley, como su modelo el Código Civil alemán califican de estipulación a favor de tercero, el contrato en que se crea un

[111] Pacchionni, Giovanni: *Los contratos a favor de tercero*, Madrid 1948, pág. XVIII.

derecho a favor del tercero, pero sin que éste tenga acción para exigirlo, sino sólo el estipulante.[112]

Enneccerus-Lehmann al tratar este tema, con base en el Código Civil alemán dicen que el contrato a favor de tercero puede tener un doble sentido: "El promitente se obliga sólo frente al promisario (el que recibe la promesa) a la prestación del tercero; de esto *no deriva derecho alguno al tercero*. Este caso puede calificarse como contrato *impropio* a favor de tercero". O bien: "El tercero adquiere inmediatamente un derecho en virtud del contrato (contrato a favor de tercero *propiamente tal)*".[113]

Aunque es predominante la postura doctrinal que considera como estipulación a favor de tercero, propiamente tal, la que otorga un derecho autónomo, respaldado por la facultad que tiene el tercero de exigirlo al promitente, existe algún autor que sostiene que el contrato a favor de tercero en sentido propio es aquel que crea derechos a favor de un tercero extraño al contrato, pero sin que tenga acción para exigir el cumplimiento de la prestación hecha a su favor, pues según él, al tener acción para exigirlo, deja de ser extraño al contrato.[114] Parece que Ricca Barberis es el único que sostiene esta noción de contrato a favor de tercero, que Moscarini califica de opinión aislada.[115]

Del concepto de estipulación a favor de tercero expresado por Pacchionni, podemos desprender los elementos esenciales de ese acto jurídico, que son: un acuerdo de voluntades que origine un derecho a favor de tercero y un objeto, consistente en un dar, un hacer o un no hacer.[116]

Así como sin esos elementos no puede existir la estipulación a favor de tercero, cualquier otro elemento o efecto del contrato a favor de tercero, puede suprimirse, sin que varíe su esencia y, por lo tanto, continuaría siendo contrato o estipulación a favor de tercero, pues esta figura puede tener los más diversos contenidos, ya que como sostiene Dassen: "estos contratos no son actos especiales que respondan a una necesidad determinada, como la venta, la donación, etc.; son por el contrario, como lo dice acertadamente De Gallaix, una *forma* que puede cubrir las operaciones más diversas, y bajo la cual aquel que recibe la promesa encuentra la contraparte de su propia prestación en la creación de un derecho adquirido por el tercero (De Gallaix, *La Réforme Du Code civil autrichien*, pág. 134)".[117]

Por lo tanto, la estipulación a favor de tercero, participará de la naturaleza del contrato que la contenga. Así, si se trata de un arrendamiento, de una donación, de un seguro, de una renta vitalicia, de una fianza o de

[112] Artículo 1868 del Código Civil del D.F. y artículo 328 del Código Civil alemán.

[113] Enneccerus-Lehmann, ob. cit., pág. 172.

[114] Ricca-Barberis, Mario: *Il contratto a favore de terzi e la garanzia impropria*, en *Studi in onore di Francesco Messineo*, Vol. I, págs. 413 a 415.

[115] Moscarini, Lucio Valerio: *I negozi a favore di terzo*, Milán, 1970, pág. 200 nota 112 a pie de página.

[116] Pacchionni: *Los contratos*. . . cit. pág. XVIII; Hernández Romo, ob. cit. pág. 47.

[117] Dassen, ob. cit., págs. 14 y 15, nota 3 a pie de página.

cualquier otro contrato, deberá tener los elementos esenciales del contrato de que se trate; pero además, la naturaleza de ese contrato podrá influir o modificar los efectos de la estipulación a favor de tercero, siempre que no altere su esencia, pues en este caso dejaría de ser estipulación o contrato a favor de tercero.

27. EFECTOS NATURALES Y ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LA ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO. Además de los elementos esenciales de los contratos existen, los llamados elementos naturales que son en realidad, efectos naturales del contrato y a los que se refiere el artículo 1839 del Código Civil, al disponer que "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o *sean consecuencia de su naturaleza ordinaria*, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".

Así respecto a la estipulación a favor de tercero, el Código Civil del Distrito Federal establece sus efectos naturales en los artículos 1869 y 1872.

El primero de esos preceptos confiere al tercero beneficiario de la estipulación, la facultad de exigir la prestación pactada a su favor, salvo pacto escrito en contrario. Ya comenté antes que la posibilidad del pacto en contrario, que privaría al tercero de la facultad de exigir del promitente el cumplimiento de la prestación y la dejaría sólo como derecho del estipulante, convertiría ese acto jurídico en una estipulación con eficacia interna exclusivamente, en contra de lo que casi la totalidad de la doctrina entiende como estipulación a favor de tercero en sentido propio.

En este caso sólo el estipulante tendría acción para demandar del promitente el cumplimiento de la prestación a favor del tercero, como lo establece el segundo párrafo del artículo 1869 que confiere en todo caso al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación.

Ahora bien, respecto a esta facultad concedida a favor del estipulante, de exigir el cumplimiento de la obligación pactada a favor del tercero, no se establece en forma expresa la posibilidad del pacto en contrario; pero no existe obstáculo alguno para que no pueda el estipulante renunciar a su acción, dejando sólo existente la establecida a favor del tercero beneficiario. En contraste con el Código Civil del Distrito Federal, el artículo 335 del Código Civil alemán, modelo del nuestro, admite en forma expresa el pacto en contrario al disponer que: "El promisario, *en tanto no haya de entenderse— ser otra la voluntad de los que concluyen el contrato*, puede también exigir la prestación al tercero incluso si el derecho a la prestación corresponde a éste".

Rojina Villegas propuso en un proyecto de reformas al Código Civil del Distrito Federal, la siguiente redacción del artículo 1869:

> "La estipulación hecha a favor de tercero otorga a éste acción directa para exigir del promitente la prestación a que se ha obligado, salvo pacto escrito en contrario. También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la obligación, *a no ser que exclusivamente ésta se hubiera contraído en favor del tercero y así se declare expresamente.*"[118]

El proyecto de este artículo del maestro Rojina Villegas es indudablemente correcto, pero todavía podría añadirse que el estipulante carecería del derecho a exigir la prestación creada a favor del tercero, cuando este derecho no fuera compatible con la naturaleza del contrato que contenga la estipulación a favor del tercero, caso que se presenta, por ejemplo, en la fianza contratada por el fiado con el fiador, a favor del acreedor (tercero extraño al contrato) como se verá más adelante.

Pacchionni incluso, minimiza el derecho de las partes para determinar cuándo debe ser privativo del tercero o del estipulante, el derecho de exigir la prestación al promitente, pues dice al respecto que:

> "No es libre arbitrio de las partes sino la naturaleza de la relación economicosocial, que se manifiesta en un contrato válido a favor de tercero, lo que decide si de él debe nacer un derecho sólo para el tercero, o también para el estipulante, y lo que determina, en todo caso, la índole respectiva y la relación de estos dos derechos. Puede ser que se divida entre los dos el contenido íntegro del derecho nacido del contrato, de modo que los derechos de ambos se integren mutuamente; puede ser, en fin, que desde el momento de la conclusión del contrato adquiera el tercero en su totalidad el derecho, quedando al estipulante solamente las obligaciones nacidas del contrato mismo. *Todas estas combinaciones son posibles: el que se dé una u otra dependerá siempre más de la naturaleza de la relación economicosocial en que consiste el contrato que de la voluntad de las partes.*"[119]

De lo anterior podemos concluir que, de acuerdo con nuestra ley, de la estipulación a favor de tercero nacen dos acciones para exigir el cumplimiento de la prestación creada a favor de éste:

1o. Una acción a favor del tercero, para exigir del promitente el cumplimiento del derecho; pero que puede suprimirse por pacto en contrario, lo que convertiría este acto en un contrato a favor de tercero, en sentido impropio.

2. Una acción a favor del estipulante, para exigir del promitente el cumplimiento del derecho a favor del tercero, pero que puede suprimirse por el pacto en contrario o porque la naturaleza del contrato celebrado a favor del tercero, pugne con la existencia de esa acción.

3. En ausencia de esos pactos en contrario a que me refiero en los párrafos anteriores o de la incompatibilidad de la acción a favor del estipulante con la naturaleza del contrato, el contrato a favor de tercero origina dos

[118] Rojina Villegas, Rafael: *Proyecto de reformas al Código Civil del Distrito y Territorios Federales*, México, 1967, págs. 151 y 152.
[119] Pacchionni: *Los contratos. . .* cit. pág. 114.

acciones con el mismo contenido: una a favor del tercero y otra a favor del estipulante.

Esto último también lo sostienen Enneccerus-Lehmann, al comentar el artículo del Código Civil alemán, modelo del nuestro, al decir que: "Constituye una cuestión de interpretación la de si el promisario adquiere un derecho a que se haga la prestación al tercero. Pero por regla general es de suponer que tal era la intención de las partes". Incluso los mismos autores opinan que aún en el caso de que no correspondiera "al promisario semejante pretensión, habrá de otorgársele, si media un interés jurídico, la acción de constatación". Y en una nota añaden que en el caso de que tenga el promisario o estipulante el derecho de exigir al tercero el cumplimiento de la obligación "nacen dos créditos de igual contenido (dirigidos a prestación a tercero), pero no un crédito solidario, porque el promisario no puede exigir que se le haga a él la prestación y el deudor tampoco puede hacérsela.[120]

Contrasta con esta solución del Código Civil alemán y del nuestro, la disposición contenida en el artículo 1499 del Código Civil chileno que sólo otorga la facultad de exigir el derecho pactado a su favor, al tercero extraño al contrato y la niega al estipulante, lo cual es criticable, pues éste tiene evidente interés en la mayoría de los casos, en exigir el cumplimiento de la estipulación.[121] En cambio los Códigos Civiles de Brasil y Perú establecen expresamente y, en primer lugar, el derecho del estipulante a exigir del promitente el derecho creado a favor del tercero e igualmente el Código Civil portugués de 1967 establece ese derecho a favor del estipulante o promisario, en su artículo 444-2o.

El artículo 1871 del Código Civil del Distrito Federal, establece la posibilidad de revocación de la estipulación, antes de que el tercero manifieste su voluntad de aceptarla, efecto que pueden las partes evitar, pactando la irrevocabilidad. He ahí otro efecto natural del contrato, pues al no formar parte de su esencia, puede renunciarse. En la práctica es frecuente este caso, tanto en el seguro de personas como en el de daños contratado a favor de un acreedor del asegurado-estipulante y para el primero de los seguros mencionados está expresamente previsto en el artículo 165 de la Ley Sobre el Contrato de Seguro que a la letra dice:

> "El derecho de revocar la designación del beneficiario cesará solamente cuando el asegurado haga renuncia de él y, además, lo comunique al beneficiario y a la empresa aseguradora. La renuncia se hará constar forzosamente en la póliza, y esta constancia será el único medio de prueba admisible."

[120] Enneccerus-Lehmann, ob. cit., pág. 179.

[121] Veáse el texto del artículo 1499 del Código Civil chileno en la primera parte de este trabajo *R.I.J.* núm 7, pág. 314.

El artículo 1871 del Código Civil establece además que, si el tercero rehúsa la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido, es decir, se considera que el derecho del tercero nació sujeto a una condición resolutoria, consistente en la no aceptación del tercero; pero no dice qué sucede con la obligación a cargo del promitente, pues el legislador prefirió dejarlo a lo que las partes estipulen con las limitaciones impuestas por la naturaleza del contrato celebrado.

Cabe aquí, hacer referencia a la disposición contenida en el artículo 256 del Código Civil de Quintana Roo de 1980, que dice así: "Si el tercero rehúsa la estipulación a su favor se extingue la obligación del estipulante".

La solución de este Código, es totalmente desacertada pues piénsese en el caso de que en un contrato oneroso traslativo del dominio de un bien, se pacte que el precio o cualquier contraprestación a cargo del adquirente, se realice a favor de un tercero extraño al contrato, si el tercero no acepta el derecho creado a su favor, según la disposición citada, se extinguirá la obligación del adquirente, quien se enriquecería injustamente.

Ante la imposibilidad de prever todos los casos posibles, es preferible la solución del Código Civil del Distrito Federal y del Código Civil alemán (artículo 333), que declara sólo extinguido el derecho del tercero, sin resolver en beneficio de quién se extingue, por lo que esto dependerá de la naturaleza del contrato o de la voluntad de las partes.

Considero mejor la solución que da el artículo 1411 del Código Civil italiano, al establecer una regla general consistente en que el derecho quedaría a favor del estipulante, salvo que otra cosa resulte de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato.

Es también digna de elogio la solución que proporciona el Código Civil de Costa Rica, imitada por el de Nicaragua, los que establecen igualmente la regla general de que queda el derecho a favor del estipulante, cuidando de no perjudicar al promitente, quien se aprovechará de la revocación del derecho o de la no aceptación por el tercero, si no es posible la transmisión de ese derecho a persona distinta del beneficiario.[122]

El artículo 1872 del Código Civil del Distrito Federal establece otro efecto natural de la estipulación a favor de tercero, consistente en la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato, por parte del promitente, en contra del tercero, pues se admite en forma expresa el pacto en contrario.

Por último, el artículo 1870 del Código Civil del Distrito Federal, establece la posibilidad de que los contratantes, como en cualquier otro acto jurídico patrimonial, le impongan a la estipulación modalidades, o sea pueden adicionar a sus elementos esenciales, otros elementos que pueden existir o no en un contrato, sin que se afecte su validez o existencia, por lo que se les denomina elementos accidentales; pero que cuando uno de ellos se incluye en el contrato ejerce su influencia en la vida de éste.[123]

[122] Idem, págs. 315 a 317.

[123] Messineo, Francisco: *Doctrina general del contrato*, tomo I, Buenos Aires, 1952, págs. 73 y 193 a 195.

28. ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO Y CONTRATO A FAVOR DE TERCERO. En el desarrollo de este trabajo he usado indistintamente las expresiones contrato a favor de tercero y estipulación a favor de tercero, no sólo porque ésta tiene siempre el carácter contractual, sino porque semánticamente estipulación es sinónimo de contrato y estipular de contratar.

En efecto, en Roma, estipular significaba celebrar un contrato *verbis*, que era la forma más común de contratar y que llegó a ser el contrato por antonomasia; pero posteriormente, en los países latinos, llegó a ser sinónimo de contratar y particularmente en España, desde la publicación del *Ordenamiento de Alcalá* en 1348, se empleó el nombre de estipulación para designar toda clase de convenios, como lo dice un comentador de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*.[124]

Ya en 1956, Ruiz Rueda, en su monografía *la Fianza de empresa a favor de tercero*, hace notar, que tanto en España, como en Francia y en Italia, contratar y estipular se usan en la legislación como sinónimos y, posteriormente, Hernández Romo en su tesis profesional, para demostrar esta misma sinonimia transcribe 31 artículos del Código Civil del Distrito Federal en que las palabras estipular y estipulación se usan como sinónimos de contratar y contrato.[125]

Sin embargo, hay que hacer notar que el término estipulación se usa también para designar una de las partes del contrato y así se dice con propiedad que el contrato contiene diversas estipulaciones, como en el artículo 1858 del Código Civil del Distrito Federal y en algunos otros. Por esto algún autor, como el español Albaladejo, distingue entre contrato a favor de tercero cuando el contrato por entero se hace a favor de éste y contrato con estipulación a favor de tercero cuando sólo alguna de las prestaciones es a su favor afirmando que ambas hipótesis son jurídicamente posibles, en contraste con antiguas posturas de la doctrina española que sólo consideran válido el contrato en que sólo alguna prestación es a favor de tercero.[126]

La doctrina y jurisprudencia actuales no distinguen entre el contrato que contenga sólo algún derecho a favor de tercero o el que íntegramente se celebre en su favor, como es el seguro de vida. En éste, generalmente sólo una cláusula establece el derecho de un tercero, la cual es suficiente para que la prestación del asegurador, que forma parte de la esencia del contrato, nazca para el tercero y no para el estipulante o asegurado.

Si desde la época del *Ordenamiento de Alcalá* (1348) se usan como sinónimos estipulación y contrato, no puedo estar de acuerdo con Gutiérrez y González cuando define la estipulación en favor de otro como una cláusula que puede estar contenida en un contrato *o en un testamento*, atribuyéndole

[124] Díaz y Mendoza, F. de P.: *Novísima Recopilación de las Leyes de España, concordada y anotada*, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Tomo IX, Madrid 1850, pág. 304, primera columna, nota b) a la Ley I.

[125] Ruiz Rueda, ob. cit., págs. 91 a 95; Hernandez Romo, ob. cit. págs. 53 a 59.

[126] Véase la primera parte de este artículo en *R.I.J.* núm 7. pág. 320.

el carácter de estipulación a favor de tercero al legado con la obligación a cargo del legatario de realizar una prestación a favor de otro legatario, caso previsto en el artículo 1394 del Código Civil del Distrito Federal.[127]

Es también pertinente hacer notar la incorrección en que incurren algunas leyes o reglamentos, al decir que la ley estipula, pues el verbo estipular no significa nunca establecer, prohibir, ordenar, verbos estos últimos que sí pueden predicarse de las normas jurídicas generales y abstractas. Así, es incorrecta la redacción del artículo 5o. del Código Civil de Tlaxcala, donde se refiere a "lo estipulado en el siguiente artículo de ese Código".

21. CONCLUSIONES. En nuestra legislación positiva del Distrito Federal y de la mayoría de los estados de la República, se siguió como modelo para reglamentar la estipulación a favor de tercero, al Código Civil alemán; pero en cuanto a la clasificación de esta figura, nuestro legislador no siguió a esa fuente, pues no pudo sustraerse a la influencia que, aunque originada en Alemania, tuvo mayor éxito entre juristas franceses de la talla de Colin, Capitant, Josserand y otros y que pretende, que la fuente del derecho del tercero es una declaración unilateral de voluntad.

Esta postura del Código Civil del Distrito Federal, sostenida por gran parte de la doctrina mexicana, ha sido imitada por la totalidad de las legislaciones de los estados de la República que han promulgado su Código Civil con posterioridad a 1928, salvo por el de Tlaxcala.

Por lo que respecta a las legislaciones extranjeras, sólo una, que podemos considerar contemporánea a la del Distrito Federal, siguió esa corriente, la del Líbano, cuyo autor el jurista francés Josserand aceptaba esa postura doctrinal. Por lo tanto, no se cumplió la profecía de Lozano Romen, quien al criticar el Código Civil peruano, que considera la estipulación a favor de tercero como un contrato, vaticinó que "en un futuro no muy lejano, tanto ésta (la peruana) como las demás legislaciones que acusan tal defecto, colocarán y reglamentarán dentro del Capítulo y Título correctos, el Instituto que nos ocupa", es decir la clasificarán como declaración unilateral de voluntad.[128]

Por el contrario, la corriente que siguió nuestro legislador de 1928, ha sido abandonada por la casi totalidad de las legislaciones y doctrinas extranjeras, por inútil, como desde 1942 lo hizo notar Santistevan, cuando no era la opinión dominante en México y posiblemente cuando nadie, por escrito, había criticado con anterioridad esta postura de nuestra legislación al concluir en su tesis profesional que:

> "Si hemos dicho, la causa eficiente del crédito del tercero, si el propio contrato, y el derecho que éste deduce es consecuencia natural y necesaria de él; pues nadie podría negar por ejemplo, en el contrato de seguro que una vez realizado el acontecimiento que ha de tornarlo exigible, el pro-

[127] Gutiérrez y González: ob. y lug. cits.

[128] Lozano Romen, Javier: *La estipulación a favor de tercero*, tesis publicada en *Anales de Jurisprudencia*, tomo XCI, México, abril, mayo y junio de 1957, pág. 111.

mitente deberá en cumplimiento de la obligación contraída, entregar al beneficiario la cantidad estipulada, a la cual tiene indiscutible derecho, por efecto mismo del contrato; nuestra conclusión será:

PRIMERO. Los sistemas propuestos para explicar los particulares efectos de la estipulación, pretendiendo sacar de su origen el derecho del tercero, desvirtúan la propia naturaleza de esta especie jurídica.

SEGUNDO. En particular, la explicación del sistema de la declaración unilateral de voluntad del promitente, como origen de la obligación de éste y base del crédito tercero, no sólo resulta artificiosa e insuficiente para explicar sus efectos, sino completamente inútil.

TERCERO. Nuestro Código Civil vigente, al aceptar esta explicación, y colocar la figura que nos ocupa, en el capítulo relativo a la Declaración Unilateral de Voluntad, ajustando a la estipulación los principios relativos a esta fuente, aunque sin desconocer su origen contractual, altera su naturaleza y entorpece su desarrollo.

CUARTO. Los legisladores de 1928, al copiar la institución del Código Civil alemán, lo hacen de manera equivocada, no en cuanto a la virtud de éste sino en cuanto a la oficiosa colocación que introducen.

QUINTO. Se hace pues ostensible, la necesidad de reglamentar la estipulación a favor de tercero en título por separado, y darle mayor amplitud."[129]

Estas conclusiones las hago mías, tan sólo con una aclaración: nuestra ley al clasificar erróneamente la estipulación a favor de tercero como una forma de declaración unilateral de voluntad, no llega a alterar su naturaleza, pues no logra suprimir que sea el acuerdo de voluntades el que haga nacer el derecho del tercero; teóricamente desnaturaliza esta figura, pero en la realidad no logra hacerlo, pues las clasificaciones contenidas en las leyes, no tienen contenido normativo y, por lo tanto, no establecen deberes, como lo ha sostenido, entre otros, Messina, quien dice: "Y hoy no existe dificultad en separar una cantidad de procesos técnicos jurídicos de la esfera de aquéllos peculiarmente atingentes a la actividad legislativa. Tales, por ejemplo, las clasificaciones y las sistematizaciones contenidas en los textos de las leyes, las cuales no tienen valor obligatorio por útiles que puedan ser a la ciencia cuando son exactas. En verdad todo sistema es expresión de representaciones puramente teóricas, de suerte que falta a las normas que lo declaran la referencia práctica que es propia de toda norma de conducta. Pero el orden de las materias no vincula, y de la materia clasificada se puede sacar una norma objetiva en dirección tal vez opuesta a la señalada por el juicio contenido en la clasificación legislativa".[130]

En adición a las conclusiones anteriores quiero repetir lo que ya he dicho varias veces en este ensayo: la estipulación a favor de tercero es una forma de contratar, cuyo contenido varía totalmente, según el contrato que la contenga, el cual influye en su naturaleza, limita la libertad de las partes de tal

[129] Santistevan Echávarri, ob. cit., págs. 33 y 34.

[130] Messina, Giuseppe: *L'interpretazione dei contratti*, en "Scritti giuridici". vol. V. Milán, 1948, pág. 175. Este trabajo fue publicado por primera vez en 1906.

manera que las renuncias que en forma general en toda estipulación a favor de tercero hacen posibles los artículos 1868 a 1872 del Código Civil, se restringirán o suprimirán según lo exija el contrato que se celebre a favor del tercero y dentro de este marco legal, las partes podrán hacer los pactos que la autonomía de la voluntad les permite, de acuerdo con el fin jurídico, económico, social, afectivo o de otra índole que pretendan lícitamente alcanzar.

El contrato a favor de tercero puede tener muy diversos contenidos, como con palabras del jurista argentino Dassen se ha sostenido en el presente ensayo y como lo expresa igualmente en su monografía el ilustre Pacchionni, quien incluso era contrario a una reglamentación del contrato a favor de tercero en general, por lo que criticó al Código Civil alemán con estas palabras: "Mejor hubiera sido, en mi opinión, renunciar a crear una figura única y vaga de esos contratos y concentrar toda la atención en regular cuidadosamente, y en particular aquellos determinados contratos a favor de tercero que, fundados en necesidades diversas de la vida economicosocial, ya están confirmados, o tienden a estarlo, en la práctica y en la doctrina jurídica".[131]

Contra la opinión del jurista italiano, que él mismo califica de *vox clamans in deserto*,[132] prefiero la solución de los códigos modernos, como los que rigen en Alemania, Suiza, Brasil, México, Líbano, Perú, Italia y Portugal, que reglamentan los contratos a favor de tercero en general; pero sin desconocer que es necesario reglamentar también aquellos contratos típicos a favor de tercero que tienen más vigencia en la vida diaria y sin dejar de tener presente esa diversidad de contenido que hace que difieran en sus efectos los distintos contratos, en concreto, que crean derechos a favor de un tercero.

Por esto, el presente ensayo no concluirá, sino después de haber dedicado algunas páginas, al estudio de algunos de los contratos a favor de tercero que se celebran frecuentemente en la práctica diaria de la vida civil o mercantil, tales como la fianza y el seguro.

[131] Pacchionni: *Los contratos...*" cit. pág. 143.

[132] Idem. pág. 148.

NUEVAS REFORMAS AL DERECHO DE FAMILIA

CARLOS TRASLOSHEROS PERALTA

Siempre he tomado con reservas la expresión tan común de que, "actualmente la familia se encuentra en crisis" y no porque no lo esté, pues seguramente la actual es de las más trascendentes. El conflicto o desequilibrio familiar ha estado presente en todas las épocas; en cualquier momento histórico en que analicemos su estructura, la conclusión será la de que en ese momento la familia "también estaba en crisis".

La observación anterior, que no considero errada, debe hacernos pensar que lo que en el fondo existe es una continua transformación de la familia que, necesariamente, tiene que reaccionar ante los cambiantes coeficientes económicos, sociales y aun éticos en que se desenvuelve. La familia evoluciona adaptándose, por necesidad ineludible, al medio en que se desarrolla.

Pensar en una familia estática es apartarse de la realidad. En ninguna etapa histórica ha existido ésta, aun cuando el deseo de todos es, indiscutiblemente, llegar a la perfección familiar.

Por estas razones no estoy en contra de modificaciones al Derecho de Familia, siempre y cuando estas modificaciones se traduzcan en un debido acoplamiento de nuestro núcleo social fundamental a las necesidades económicas y sociológicas que imperen en un momento dado.

En el *Diario Oficial* del pasado 27 de diciembre de 1983, apareció un Decreto que reforma y deroga diversas disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y en el Código de Procedimientos Civiles para el D.F., que pasamos a comentar, procurando hacerlo de un modo sereno, objetivo y desapasionado.

Las principales modificaciones que el decreto que nos ocupa hace al Derecho de Familia son las siguientes:

I. Se define de manera terminante lo que para nuestro Derecho positivo es el domicilio conyugal, acogiéndose al respecto la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. Se precisa la necesidad del consentimiento recíproco de los esposos para los actos de administración y de dominio de los bienes comunes, ya que éstos no sólo son aquellos que determine la Sociedad Conyugal establecida entre ellos, sino puede darse la copropiedad aunque estén casados bajo un régimen de separación de bienes. Y se les permite acordar libremente a cargo

de quien quedará la administración de la Sociedad Conyugal, quedando en cualquier supuesto el Juez Familiar como su árbitro natural.

III. Se amplían las causas de terminación de la Sociedad Conyugal a juicio del Organo Jurisdiccional, cuando éste, en su arbitrio discrecional, encuentre otra razón que justifique esa terminación.

IV. Se determina, sin excepción, la recíproca asistencia gratuita de los cónyuges por servicios personales o consejos que se presten.

V. Se cambian radicalmente las disposiciones en materia de donaciones entre consortes, quedando éstas firmes en el momento en que se hacen con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el Derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos y se limita la facultad de revocarlas sólo mientras subsista el matrimonio y además exista causa justificada a criterio del Juez.

VI. La enajenación mental incurable aparece como causa de divorcio, requiriendo, solamente, la previa declaración de Interdicción. Se precisa la no necesidad de agotar con antelación procedimientos para demostrar incumplimiento de obligaciones alimentarias como causal de divorcio, operando esta causal bajo la sola negativa injustificada y se crea una nueva causal de divorcio consistente en la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado esa separación, facultándose a cualquiera de ellos para invocarla.

VII. Se preceptúa que el solo desistimiento de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, en juicios de divorcio o de nulidad del matrimonio, da causa al otro consorte para pedir el divorcio, pasados tres meses del auto que recayó al desistimiento.

VIII. En los casos de divorcio necesario, el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, deberá sentenciar al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, lo cual se eleva a la categoría de pena, derogándose la disposición anterior en cuanto a que "este derecho lo disfrutará el inocente en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias".

IX. En materia de divorcio por mutuo consentimiento se establece el derecho de la mujer a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, supeditado este derecho a que no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato y, como consecuencia, se preceptúa que en el convenio de divorcio se establezca la cantidad que a título de alimentos deba darle un cónyuge al otro después de ejecutoriado el divorcio.

X. Se resuelve que no se considera perdón tácito, una diversa solicitud de divorcio voluntario, cuando estaba ya planteado un juicio de divorcio necesario.

XI. Se restablece el principio, derogado por reforma anterior, consistente en que, "salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

XII. Se termina con la casuística que establecía el artículo 283 del Código Civil sobre la situación de los hijos a consecuencia de la sentencia de divorcio y se establece que el Juez Familiar gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, pudiendo incluso llamar al ejercicio de esa patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello o de designar tutor.

XIII. Se precisa el derecho de heredarse recíprocamente entre concubina y concubinario y los presupuestos para que esta sucesión opere, reformándose la anterior redacción del artículo 1635 del Código Civil, equiparándose la sucesión de los concubinos a la sucesión de los cónyuges; pero reconociendo, siempre, que no heredan los concubinos si existe matrimonio de alguno de ellos.

XIV. Se determina la obligación alimentaria entre concubinos, misma que opera cuando hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante cinco años y cuando hayan tenido hijos.

XV. Se establece el incremento automático, equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, de los alimentos determinados por convenio o sentencia, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción, ajustándose, en este caso, el incremento de los alimentos, al que realmente hubiere tenido el deudor.

XVI. Se amplía la manera de asegurar los alimentos, además de los tradicionales, hipoteca, prenda, fianza o depósito a cualquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

XVII. Se establece el derecho de exigir judicialmente la constitución del patrimonio de familia, sin necesidad de invocar causa alguna, a todo aquel que tenga interés jurídico en su establecimiento y aun al Ministerio Público.

XVIII. Se establece la suplencia de la deficiencia de las partes, en sus planteamientos de derecho, en todos los asuntos del orden familiar.

XIX. Se admite la confesión de la demanda de divorcio como prueba suficiente, sin necesidad de probar de otra manera las causales invocadas y previa ratificación del escrito correspondiente, ante el Juez de los autos, se ordena citar para sentencia.

XX. Y finalmente, en el artículo segundo transitorio, se pretende resolver el problema de la aplicación retroactiva de la ley, preceptúandose, que la tramitación de los juicios iniciados antes de la entrada en vigor del Decreto en cuestión, se regirá por las disposiciones que se modifican o derogan mediante dicho ordenamiento.

De las modificaciones puntualizadas, destaca, sin lugar a dudas, la creación de una nueva causal de divorcio, que bajo la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, quedó redactada de la siguiente manera:

"...Son causales de divorcio:

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, *indepen-*

dientemente del motivo que haya originado la separación, la cual *podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.*"

Es oportuno hacer notar que la introducción de esta nueva causal de divorcio no aparecía en la primitiva iniciativa del Poder Ejecutivo, sino fue propuesta en el seno de las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados, razonando en el sentido de que recogía la experiencia del foro nacional, "pues es frecuente observar la separación de los cónyuges, por largo tiempo, sin que exista formalmente una causa suficiente para demandar el divorcio necesario y sin que convengan en solicitar la disolución del vínculo matrimonial, mediante un juicio de divorcio voluntario" y que en tal caso, "cualesquiera que fuere la causal que hubiese originado la separación —si persiste por más de dos años— permite concluir que el matrimonio ya no es tal y no representa la base armónica para la convivencia familiar".

Por supuesto que su planteamiento causó gran revuelo y fue objeto de múltiples ataques en la Cámara Legislativa, durante los debates en aprobación del Decreto.

Se acentuó por legisladores de izquierda y de derecha, por antagónicos criterios que en el caso se encontraron, que la innovación en análisis crearía mayor disolución familiar. Por su parte el Partido Oficial que la propuso, defendió la iniciativa, sosteniendo "que un matrimonio en esas circunstancias estaba ya disuelto y que obedecía a la experiencia nacional forense, sobre todo entre personas de escasa preparación, de cultura mediana y de poca información en cuestiones de orden legal, que después de años de vivir separados, creen, de buena fe, que el matrimonio se extinguió por una especie de prescripción negativa".

Ignoro por qué razones no se observó que la causal en análisis, en los términos en que está redactada, va en contra de la más elemental técnica jurídica en materia de divorcio. De inmediato es de observarse que estableciendo que esa separación, "independientemente del motivo que la haya originado, puede ser invocada por cualesquiera de los consortes", entra en abierta contradicción con lo preceptuado por el artículo 278 del ordenamiento en consulta que establece que el divorcio "sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él". Esta última norma es perfectamente racional y arranca desde el Código de Napoleón, respondiendo al concepto de divorcio por culpa, antecedente, entre otros, de nuestra Ley de Relaciones Familiares que estableció el divorcio vincular.

Ante esta contradicción, surge la primera cuestionante, pues no se derogó expresamente la última norma citada: Siendo el cónyuge culpable de la separación por más de dos años el que invoca el divorcio, podrá el Juez acceder a su solicitud? Si la nueva norma indica que la causal de divorcio se da, "independientemente", del motivo que haya originado la separación y que "podrá ser invocada por cualesquiera de ellos", la respuesta será que el Juez tendrá que acceder a tan injusta demanda, pues por un principio de

derecho la norma posterior en tiempo, deroga a la anterior que la contradice.

Yo nunca he creído en los actos jurídicos unilaterales, pues por arbitrarios me parecen injustos y por consiguiente, antijurídicos. El repudio fue una institución odiosa. El más elemental sentimiento de equidad, desde Egipto y en el Antiguo Derecho Hebreo, reaccionó en su contra, incluso estableciendo en favor de la mujer repudiada una indemnización compensatoria. Por fortuna el repudio ha desaparecido de las modernas legislaciones, a fuerza del avance cultural occidental fundamentalmente, persistiendo sólo en legislaciones que —aunque no es el momento propicio de criticarlas—, aparecen ya inadecuadas, como sería el caso de Turquía, Irán y algunos países musulmanes.

Ante la reforma que se comenta, es ya común el consejo de abogados de pocos escrúpulos que sugieren a sus clientes abandonar a su mujer, ya que por el solo transcurso de dos años le obtendrán el divorcio.

Este abandono de la pareja, como acto unilateral, por antijurídico, semeja un repudio.

También aparece la nueva norma como una prolongación innecesaria de la causal que bajo numeral IX del dispositivo en cita, se hace consistir en la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio, aun cuando es notorio que en este caso la causal se da sólo a favor del cónyuge abandonado y se requiere probar la existencia del hogar conyugal, actualmente ya definido en el artículo 163 del decreto reformista.

Por otro lado, se presenta la interrogante sobre el momento en que entrará en vigencia la aplicación de la nueva causal, o en otras palabras, el problema de su aplicación retroactiva.

El artículo segundo transitorio del decreto que se comenta, pretende resolver, precisamente, el problema de su aplicación en el tiempo, preceptuando que la tramitación de los juicios iniciados antes de la entrada en vigor del decreto se regirán por las disposiciones anteriores; pero una cosa son las normas procesales y otra muy distinta las sustantivas. El derecho sustantivo adquirido, no permite una solución tan simplista. Creo que las discusiones al respecto serán arduas. Aunque reconozco que mi posición es dudosa, me inclino por considerar que la aplicación inmediata de la nueva norma no será retroactiva, precisamente porque el matrimonio está considerado como una institución de interés público y por consiguiente, si se trata de disolver el vínculo entre matrimonios considerados por el legislador como desvinculados, los supuestos de aplicación de la norma se dan de inmediato, sin que pueda considerarse retroactiva su aplicación.

Un ejemplo, tomado de nuestra Jurisprudencia, aclarará lo anterior. Conforme al Código Civil de 1884, el matrimonio establecía un vínculo indisoluble. No existía el divorcio como medio para darlo por terminado. En 1917 la Ley de Relaciones Familiares estableció el divorcio vincular. El problema se planteó sobre si podía disolverse el matrimonio aplicando cau-

sales de divorcio vincular a matrimonios celebrados bajo vínculo indisoluble y la respuesta jurisprudencial fue en el sentido de que no existía retroactividad en la aplicación de la nueva ley.

Hubiera sido más afortunado buscar una redacción más jurídica de la nueva causal de divorcio, limitándola a aquellos casos en que no existió domicilio conyugal de los divorciantes, que no hubieran tenido hijos y vedarle la solicitud de divorcio, por esta causa, al cónyuge que abandonó deliberadamente a su consorte o al que por cualquier motivo resulte culpable de esa separación.

Muy interesantes serán las contrademandas cuando, al invocar esta nueva causal el cónyuge que abandonó a su consorte sin causa justificada y habiendo existido domicilio conyugal, este último le reconvenga el divorcio por haber abandonado ese domicilio por más de seis meses sin causa justificada, pues no debe perderse de vista el trato sucesivo operante en la especie.

Lo anterior nos lleva de la mano a analizar otra de las reformas consistentes en dejar en manos del Juez Familiar el destino de los hijos de los divorciados. Esta última reforma me parecería feliz si el nivel ético y cultural de los jueces familiares —entronizados como árbitros naturales en materia de matrimonio— fuera el adecuado para tan difícil e importantísima función. Pero lamentablemente la realidad es muy distinta. Yo no dudo que existan jueces intachables, con gran ética y sentido de la justicia; pero cuán amarga es la experiencia del litigante frente al juez venal y deshonesto que lamentablemente no ha podido erradicarse de nuestros tribunales familiares.

También ha motivado discusiones, incluso parlamentarias, el hecho de que a la mujer, en tratándose de divorcio por mutuo consentimiento y conforme a los supuestos ya expresados, se le otorgue el derecho de recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio. Me parecen injustificadas las críticas al respecto, pues en este caso nuestra realidad es que la mujer mexicana todavía requiere el apoyo de la ley; fue populista y demagógica la anterior reforma que pretendió, por razones de todos conocidas y que no es el caso mencionar, equipararla al varón; yo no digo que esto no sea deseable, simplemente sostengo que no fue oportuno. Afortunadamente se vuelve al criterio anterior en el sentido de que, "salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre", norma cuyo sentido humanitario y ético sinceramente aplaudimos.

Finalmente, y dentro de estos breves comentarios, quiero tratar el caso de los concubinos.

Me parecen obsoletas, inhumanas y prejuiciosas las críticas que al respecto se han hecho, pretendiendo desconocer derechos y obligaciones connaturales a su situación. Yo estoy de acuerdo en que el matrimonio es la respuesta jurídica a la unión de los sexos y a la procreación y que es el matrimonio la fuente fundamental de la familia, por lo que su institucionalidad debe prevalecer; pero de ninguna manera puedo estar conforme con ese pensamiento absurdo de que el concubinato sea un acto ilícito. El concubinato es también fuente de derechos y obligaciones, puesto que la relación

sociológica que se establece entre concubina y concubinario es una realidad que necesita ser transportada al campo del derecho, para su adecuada reglamentación, lo cual no significa, de ninguna manera, que se le contraponga al matrimonio. A este respecto la creación de una obligación alimentaria entre los concubinos es una norma de elemental equidad, como también lo es el derecho a su recíproca sucesión legítima, cuando han permanecido fuera de matrimonio durante el concubinato.

En resumen, considero con un criterio sereno, objetivo y desapasionado que, con las excepciones ya apuntadas, las nuevas reformas al derecho de familia son adecuadas.

Evidentemente se apartan de soluciones populistas, demagógicas e interesadas.

La familia está en constante transformación. Legislar para acoplarla a los cambiantes coeficientes económicos, sociales y aun éticos, en que necesariamente tiene que desenvolverse, es tratarla con justicia y la justicia seguirá siendo la fuente de inspiración del jurista y del legislador.

DERECHO MERCANTIL

LA NOMINATIVIZACION DE LAS ACCIONES CRITICA DE LA REFORMA

CARLOS MUGGENBURG R. V.

INTRODUCCION

El Artículo Segundo del "Decreto que Establece, Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil", publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el jueves 30 de diciembre de 1982, en vigor a partir del 1º de enero de 1983, es criticable por su carencia de técnica jurídica en varios de sus aspectos, su extemporaneidad o aplicación tardía y su alto contenido político más que jurídico. Los defectos anteriores persistieron en la mayor parte de sus manifestaciones a pesar de la segunda oportunidad que un año después el legislador se dio a sí mismo, con el "Decreto que Establece, Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil" publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 de diciembre de 1983 (en vigor a partir del 1º de enero de 1984) y por el cual substituyó por completo el texto del Artículo Cuarto Transitorio del propio decreto. Este último decreto vino a ser una confirmación de la existencia de tales defectos al pretender sin lograrlo remediar algunos de ellos.

I. *Falta de Técnica*

Al menos por cuanto a la nominativización de las acciones se refiere, la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles se puede considerar

carente de técnica jurídica,[1] no sólo por cuanto a la imprecisión del lenguaje utilizado o mejor dicho, falta de coordinación entre la terminología de la reforma y la de las disposiciones anteriores subsistentes, sino además, por la falta de coherencia o concordancia entre la estructuración lógica de la Ley General de Sociedades Mercantiles y la de la reforma. En otras palabras, en este último aspecto, el legislador o autor de la reforma, parece haber desconocido o ignorado los principios, congruencia y temática de la ley que reformó y en ocasiones de la ley en general.

En este sentido podríamos afirmar que tanto en su aspecto formal (de lenguaje o expresión) como en el material (de coherencia y sistematización) la reforma carece de técnica jurídica.

A. Falta de Técnica Jurídica en Sentido Formal

1. Nombre y Contenido del Decreto. Un primer ejemplo de la carencia de técnica en sentido formal la encontramos en la simple comparación del nombre del decreto y su Artículo Segundo.

En tanto que el nombre del decreto dice que "Se Establece, Reforma y Adiciona (así) Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil", el Artículo Segundo (y el primero también, aunque no es materia de este análisis) dice que "Se Reforman. . ., Adicionan. . . (y) *derogan*. . .'; es decir que, aun cuando en su nombre el decreto dice que "establece", en su contexto sólo reforma, adiciona y deroga. Y por si fuera poco, mientras que en su nombre el decreto no dice que deroga (sólo establece, reforma y adiciona) en su contexto sí dice que deroga.[2] Lo anterior sin perjuicio de la falta de sintaxis del propio título del decreto.

Si bien podría argumentarse que el concepto reforma usado en sentido genérico abarca: una adición o agregado, una reforma o substitución (en sentido estricto) y una derogación o supresión y por lo mismo su utilización lo abarca ya todo, la verdad es que del texto se desprende que el legislador no supo aplicar la técnica jurídica al darle el nombre al decreto, aún cuando sí la aplicó (en sentido estricto) en los artículos Primero y Segundo del propio decreto.

El legislador cometió el mismo error de técnica jurídica en el nuevo decreto, aún cuando no incurrió ya en la falta de sintaxis apuntada. Efectivamente, mientras que en el nombre del mismo se dice establece, reforma y adiciona, en su Artículo Vigésimo sólo dice que reforma.[3]

[1] En su fase de aplicación las normas jurídicas deben pasar por tres etapas: formulación, interpretación y ejecución. La primera etapa es obra del lenguaje técnico o jurídico y de la técnica legislativa. Villoro Toranzo, Miguel: Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, 1966. Pág. 249 y s.s.

[2] "El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta: Se Establece, Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil."

ARTICULO PRIMERO. Se REFORMAN los artículos. . .; se ADICIONAN los artículos. . .; se DEROGA el segundo. . ." Ver *Diario Oficial* de la Federación del 30 de diciembre de 1982. Pág. 11 y s.s.

2. Omisión de los Cupones. Constituye una segunda muestra de falta de técnica, la omisión de los cupones en el primer párrafo del Artículo Cuarto Transitorio, puesto que no se incluyen como títulos valor que deberán ser canjeados por nominativos. Si la reforma al artículo 127 de la Ley General de Sociedades Mercantiles exigió que sean siempre nominativos, parece absurdo que no se exija también la cancelación del cupón como título valor accesorio.[4] La omisión no podría justificarse por el hecho de que al hacer el canje de las acciones al portador automáticamente se haría el de los cupones, ya que el propio artículo 127 preveía antes de la reforma que los cupones pudieran ser al portador aún cuando la acción fuera nominativa. Podríamos, de acuerdo a la letra de la reforma, llegar al absurdo de que las acciones nominativas emitidas con anterioridad a la reforma que tuvieran cupones al portador podrían mantenerlos.

El Artículo Cuarto Transitorio del nuevo decreto repitió el mismo error ya que tampoco incluyó dentro de los títulos de crédito cuya conversión debe efectuarse antes del 1º de enero de 1985 a los cupones.

El último párrafo del iniciso II del Artículo Cuarto Transitorio del nuevo decreto,[5] sí se refiere específicamente a los cupones pero sólo para dar un concepto especial de lo que en tal caso debe entenderse por nominativo al decir que basta con que estén vinculados con el título al que correspondan por su número, serie y demás datos. Al parecer, no exige el nombre del titular en el cupón, lo cual resuelve un problema práctico que consistía en tener que incluir el nombre del titular en un documento que por su naturaleza era pequeño y no lo contenía. Sin embargo, jurídicamente no se resolvió

[3] "Decreto que Establece, Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Mercantil del 22 de diciembre de 1982."

ARTICULO VIGESIMO. Se reforma el ARTICULO CUARTO del Decreto que establece. . ." Ver *Diario Oficial* de la Federación del 30 de diciembre de 1983. Sección Segunda. Pág. 90 y s.s.

[4] "El pago del dividendo. Los cupones. El pago del dividendo se hace mediante la entrega (del socio a la sociedad) de los cupones relativos (art. 127, L.G.S.M.). Estos son títulos de crédito accesorios que normalmente circulan adheridos al título principal: la acción. Nada impide, sin embargo, que circulen independientemente del título del que dependen. Cada cupón incorpora un derecho de crédito condicionado a que el balance del ejercicio social arroje utilidades distribuibles y que los estatutos y la asamblea ordenen su distribución entre los socios. La determinación del dividendo sólo puede ser anual (idem. art. 181, frac. I). Sin embargo, la época de pago de éste, una vez decretado, puede ser fijada libremente en los estatutos (véase págs. 87 y 141). Por consiguiente, las acciones pueden llevar cuantos cupones dispongan los estatutos (para pago de dividendos en forma anual, semestral, etcétera)." Herrera Mario. Acciones de Sociedades Industriales y Comerciales. México, D.F. 1965.

[5] . . .

"Se considerará que los cupones son nominativos, cuando los mismos estén identificados y vinculados por su número, serie y demás datos con el título correspondiente. Unicamente el legítimo propietario del título nominativo o su representante legal, podrá ejercer, contra la entrega de los cupones correspondientes, los derechos patrimoniales que otorgue el título al cual están adheridos."

el problema sino que desconociendo la naturaleza jurídica del mismo, se hizo fácil al legislador resolverlo a través de quitarles la circulabilidad ya que ahora sólo el propietario del título o su representante podrán ejercitar los derechos que otorga el título al que están adheridos.

3. El Concepto de Sociedad Anónima. La tercera y más grave muestra de la carencia de técnica en sentido formal la encontramos en la subsistencia del concepto "Sociedad Anónima".

El calificativo de "anónima" que se atribuye al de la sociedad que nos ocupa sólo puede obedecer a una razón, la cual es de tipo económico fundamentalmente. Mientras que los negocios personalizados o familiares[6] que no requieren de grandes invesiones ni riesgos encontraron su respuesta jurídica en la sociedad en nombre colectivo o eventualmente en la responsabilidad limitada, la gran empresa, con gran número de inversionistas que sólo asumen una parte del riesgo y que normalmente sobrepasa sus vidas, encuentra su respuesta jurídica fundamentalmente en la Sociedad Anónima.[7]

Esa es precisamente la razón que motiva que la sociedad no quede ya tan identificada con sus dueños. No son ya las características personales de los socios las que interesan sino el capital aportado. Es precisamente el momento del cambio de la sociedad de personas a la sociedad de capitales.[8] Es decir, ya no interesa saber quién es el dueño sino cuál es la capacidad económica de la sociedad. Además ya no es posible en principio identificarlo.

Esa despersonalización de la sociedad tiene dos manifestaciones jurídicas fundamentales que son las que le atribuyen el calificativo de anónima. La primera sería el nombre de la sociedad que no incluiría ya necesariamente el del socio o socios principales y la segunda el del cambio fácil de dueños de la sociedad sin que se sepa fácilmente quienes lo son. Esto último a través de la simple entrega del título representativo de la aportación del socio, o sea la entrega de la acción al portador.

Sin embargo, es en nuestra opinión, precisamente este último, el carácter anónimo o al portador de las acciones,[9] el que le atribuyó el calificativo de sociedad anónima. Ello no sólo por el hecho de que sea precisamente la falta

[6] ". . .La sociedad como negocio "familiar" —entendiéndose por tal el formado y organizado por un grupo reducido de inversionistas, generalmente conocidos entre sí—" Creel Luis J. y Martín del Campo Diego. Aspectos Legales de la Colocación Pública de Acciones de Sociedades en México. Revista de Investigaciones Jurídicas Año 6, No. 6 México, D.F., 1982 Escuela Libre de Derecho. Pág. 199.

[7] "453. Función Económica de la Sociedad Anónima. La Sociedad Anónima. . . posee una estructura jurídica que la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud que normalmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de las sociedades de tipo personalista. . ." Mantilla Molina Roberto L. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, 1979. Págs. 324 y 325.

[8] Mantilla Molina L. Roberto. Obra citada. Pág. 240.

[9] "portador. . . 3. Com. Tenedor de efectos públicos o valores comerciales *que no son nominativos*, sino transmisibles sin endoso, por estar emitidos a favor de quien quiera que sea poseedor de ellos." "*anónimo*. . ."
Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. 1970.

de identificación del nombre de los dueños lo que necesariamente le atribuye tal calificativo, sino porque además, así lo reconoció el legislador en la propia Ley General de Sociedades Mercantiles cuando permitió (puesto que no lo prohibió) que el nombre de uno de los socios se incluya en la denominación, con lo cual ya no habría anonimato en la denominación.

Lo anterior a pesar de que la define como "la que existe bajo una denominación. . ."[10] Efectivamente, la Ley General de Sociedades Mercantiles no impone sanción alguna, tratándose de la sociedad anónima, ni al socio, ni al tercero que permite que su nombre se incluya en la denominación de la sociedad, como si lo hace al establecer la responsabilidad ilimitada del tercero que permite que su nombre figure en la razón social de la sociedad a nombre colectivo;[11] o subsidiaria ilimitada y solidaria del tercero o socio comanditario en el caso de la sociedad en comandita simple que también lo permite;[12] o hasta por el monto de la mayor de las aportaciones en el caso de la sociedad en comandita para el tercero que se encuentre en ese caso.[13] Tratándose de las sociedades en comandita por acciones se aplica la misma sanción que para las sociedades en nombre colectivo.[14]

Coincide con este criterio Joaquín Rodríguez y Rodríguez quien señala que la inclusión del nombre de una persona en la denominación de la sociedad "tiene un alcance totalmente ausente al que supone su presencia en la razón social de otros tipos de compañía"; aunque si recomienda "prohibir el empleo de nombres de personas en la formación de denominaciones sociales. . . (y) . . .Establecer sanciones para los que infrinjan esta prohibición",[15] para ello propone una reforma legislativa. En el mismo sentido, manifiesta Mantilla Molina, se pronunció El Proyecto de Código de Comercio en sus redacciones 1952 y 1960.[16] También en el mismo sentido se ha pronunciado la Secretaría de Relaciones Exteriores que en el ejercicio de las atribuciones

[10] Art. 87. "Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones." Ley General de Sociedades Mercantiles.

[11] Art. 28. "Cualquier persona extraña a la sociedad que haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social, quedará sujeta a la responsabilidad ilimitada y solidaria que establece el artículo 25." Ley General de Sociedades Mercantiles.

[12] Art. 53. "Cualquier persona, ya sea socio comanditario o extraña a la sociedad, que haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social, quedará sujeta a la responsabilidad de los comanditados. En esta misma responsabilidad incurrirán los comanditarios cuando se omita la expresión: "Sociedad en Comandita" o su abreviatura." Ley General de Sociedades Mercantiles.

[13] Art. 60. "Cualquiera persona extraña a la sociedad que haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social, responderá de las operaciones sociales hasta por el monto de la mayor de las aportaciones." Ley General de Sociedades Mercantiles.

[14] El Art. 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles expresamente remite a los Arts. 28 y 53 de la propia ley antes transcritos por cuanto a la inclusión de los nombres de terceros o de socios comanditorios en la razón social se refiere.

[15] Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, México, 1981. Págs. 235 y 236.

[16] Mantilla Molina, Roberto L., Obra citada. Pág. 222.

que le conceden las leyes respectivas,[17] sistemáticamente ha otorgado permisos para constituir sociedades anónimas que incluyen nombres de personas físicas en su denominación.

Visto lo anterior debemos concluir que el único elemento a través del cual se manifestaba realmente la razón por la cual se había dado el calificativo de anónima a este tipo de sociedad lo constituye la posibilidad y por qué no decirlo, la regla en la antigüedad, de que no es necesario identificar a los dueños de la sociedad, por ser anónimos o al portador los títulos que representaban la aportación de éstos.

Al haber acabado el legislador, con la reforma cuyo análisis es objeto de este estudio, con las acciones anónimas o al portador, dejó de existir la razón para seguirle llamando anónima a esta sociedad. El "respeto a la tradición mercantilista de los países latinos" a que se refiere Garrigues,[18] no puede ser por sí solo, en el caso de la legislación mexicana, el único argumento que justifique la subsistencia del nombre de esta sociedad. El legislador reformista debió, con técnica legislativa, cambiar simultáneamente con la reforma, el nombre de la sociedad anónima por el de sociedad por acciones, por ejemplo. Es cierto que el legislador maneja su propio lenguaje, [19] pero tampoco puede llegar al extremo de utilizar términos o conceptos que tengan un significado totalmente adverso al que del contexto de las diversas disposiciones que integran no sólo todo un cuerpo legislativo, sino inclusive adverso al de las disposiciones de un solo capítulo de dicho cuerpo.

B. Falta de Técnica Jurídica en Sentido Material

1. Las Acciones Nominativas y las Sociedades de Capital Variable. Podemos mencionar como la primera gran muestra de falta de técnica jurídica en sentido material, es decir no de error terminológico exclusivamente sino de un grave desconocimiento de la estructura de nuestro sistema de derecho privado en materia de sociedades mercantiles, en la oración final del Artículo Tercero Transitorio del decreto que se comenta.

Efectivamente, al conceder a las sociedades por acciones la posibilidad de expedir (y no de emitir como dice el decreto) acciones al portador hasta el 31 de marzo de 1983 en el caso de que se hubiese tomado el acuerdo para la emisión antes del 10 de diciembre de 1983 (también con un craso desconocimiento de la técnica jurídica como después analizaremos) señala que tal disposición "no es aplicable tratándose de sociedades mercantiles de capital variable".

El agregado no sólo es inútil sino demuestra, repito, desconocimiento por el legislador del sistema jurídico aplicable en materia de sociedades

[17] Art. 17 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 9 de marzo de 1973; fracción V del Artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 29 de diciembre de 1976.

[18] Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1977. Pág. 417.

[19] ". . .el jurista no pierde el derecho de precisar y aún de transformar el sentido de las palabras. . ." Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho. Obra citada. Pág. 251.

mercantiles y del derecho en general. Demuestra desconocimiento de que, desde la expedición de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ésta ha incluido en su artículo 218 tal prohibición "a contrario sensu" al establecer que "en las sociedades de capital variable por acciones, éstas serán siempre nominativas". Demuestra además desconocimiento de la técnica en su fase de aplicación e interpretación de las disposiciones legales, por cuanto que imaginó que una disposición transitoria (que por otra parte es retroactiva) aplicable exclusivamente a acciones al portador cuya emisión se había acordado poco antes de la reforma, podría ser interpretada en el sentido de modificar una disposición sustantiva que no tenía por qué verse afectada. Ignorancia grave de la naturaleza de las disposiciones transitorias que sólo tienden a regular temporalmente la situación jurídica o efectos de las instituciones modificadas o en proceso de ser modificadas, pero que por ningún motivo pueden afectar a aquellas instituciones que no fueren objeto de reforma.

2. Intervención del Instituto para el Depósito de Valores. Se muestra una vez más la falta de técnica del decreto que nos ocupa, en la intervención que dio el segundo "gran" párrafo de su Artículo Cuarto Transitorio al Instituto para el Depósito de Valores (INDEVAL) y que un año después le suprimió quizá dándose cuenta de su error. Habiendo limitado primeramente la circulabilidad de las acciones al portador a partir del 1o. de enero de 1984, permitió por otra parte, que los titulares de acciones cuyas emisoras no quisieran convertirlas en nominativas, pudieran depositar los títulos al portador en el INDEVAL. Sin embargo, la ayuda (?) que se quiso brindar a tales titulares se traduce en una serie de inconvenientes que se producen por la combinación irracional de instituciones jurídicas que pertenecen a ramas del derecho distintas y que por lo mismo las inspiran principios y consideraciones totalmente diversos y con intereses jurídicos de protección de diversa índole. A las acciones no colocadas en la bolsa las rigen normas que son más de la esencia de lo que tradicionalmente se ha llamado el derecho privado porque no hay un interés público o general tan marcado que proteger, en tanto que, a las acciones colocadas en bolsa y a su regulación, incluyendo la intervención del INDEVAL,[20] las inspiran, en forma mucho más marcada, los principios de lo que también se ha denominado el derecho público que protege intereses más generales.[21]

[20] Los objetivos principales que justifican la acción de Instituto para el Depósito de Valores, son el de proporcionar al mercado bursátil una mejor seguridad física y jurídica, realizar en forma más expedita el ejercicio de los derechos patrimoniales de los inversionistas y lograr con ello su cabal aplicación en las transacciones bursátiles. Rodríguez y Rodríguez, Jesús. El Instituto para el Depósito de Valores. Academia Mexicana de Derecho Bursátil. Bases Jurídicas para la Seguridad de las Transacciones en Bolsa. México, 1980.

[21] "Artículo 55. El Instituto tendrá por objeto prestar un servicio público para satisfacer necesidades de interés general relacionadas con la guarda, administración, compensación, liquidación y transferencia de valores, en los términos de esta Ley."

Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, 12 de mayo de 1978. Ley del Mercado de Valores.

Debemos suponer que la intervención que se dio al INDEVAL en el decreto que nominativizó las acciones, comprende tanto las acciones emitidas por empresas privadas o no colocadas en bolsa y las de empresas públicas o colocadas en la bolsa. Es precisamente ahí, al darle intervención al INDEVAL tratándose de acciones no colocadas en bolsa que la falta de técnica se vuelve evidente por las consecuencias que se derivan de la aplicación a estas acciones, de normas inspiradas en otros principios e intereses jurídicos que proteger.

Una primera gran falla entre otras al respecto, es que no previó quién solicita el canje del título al portador por nominativo a la emisora, el titular o el INDEVAL.

Otra manifestación concreta de la falla de técnica y aún más grave radica en que no todos los titulares de acciones al portador tendrán fácil acceso al INDEVAL dado que éste tiene su domicilio en el Distrito Federal; luego los titulares de acciones que no residen en el Distrito Federal difícilmente podrán hacer uso del mecanismo.[22]

Cabe hacer notar que la actuación del INDEVAL como depositario de títulos diversos de los que contempla la propia Ley del Mercado de Valores estaba ya prevista en la propia ley, cuando así lo establecieran las leyes.[23]

La intervención del INDEVAL podría haber tenido cualquiera de las dos siguientes ventajas: permitir la circulabilidad del certificado de depósito que expidiera o bien, haber dejado que el accionista siguiera disfrutando de los derechos respectivos que se derivaran de la acción. Lo anterior desde luego sólo en aquellos casos en que el titular hubiere solicitado el canje pero la emisora no lo hubiere efectuado. Ninguno de los dos se pudo haber logrado por así impedirlo el propio decreto y entonces resultó inútil.

La intervención del INDEVAL se volvió ineficaz cuando a los certificados de depósito nominativos que supuestamente expediría a los depositantes de títulos al portador se les dio el carácter de no negociables.[24] El titular quedó sancionado por una falta de la sociedad emisora (no querer canjear un título al portador por uno nominativo) y el hecho de depositarlo en INDEVAL no le habría producido ventaja alguna al titular del mismo

[22] "Artículo 54. Se crea un organismo con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se denomina "Instituto para el Depósito de Valores" con domicilio en el Distrito Federal."

[23] "Artículo 57. El Instituto tendrá las siguientes atribuciones:"

. . .

"II. Administrar los valores que se le entreguen para su depósito, sin que pueda ejercitar otros derechos que no sean los señalados en el artículo 75;"

Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 12 de mayo de 1970. Ley del Mercado de Valores.

[24] El Artículo 25 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece: "Los títulos nominativos se entenderán siempre extendidos a la orden, salvo inserción en su texto, o en el del endoso de las cláusulas "no a la orden" o "no negociable". Las cláusulas dichas podrán ser inscritas en el documento por cualquier tenedor y surtirán sus efectos desde la fecha de inserción. El título que contenga las cláusulas de referencia sólo será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria".

porque la circulación del certificado de depósito al ser no negociable le impidió su transmisibilidad por la vía mercantil. Por otra parte, la intervención del INDEVAL se volvió inútil al efecto ya que la cesión por vía ordinaria se podría haber llevado a cabo de cualquier forma dado que sólo se prohibió la circulación[25] de las acciones al portador, es decir, su transmisión por vía cambiaria, mas no por vía civil.

Otro ejemplo que nos muestra lo innecesario de la intervención que se pretendió dar al INDEVAL para forzar la formalización de la nominativización de las acciones lo tenemos en el análisis de los Artículos 57 fracción II y 75 a que el primero remite, ambos de la Ley del Mercado de Valores. Consideramos que dentro de las atribuciones del INDEVAL es la fracción II del Artículo 57 el supuesto que encuadra mejor, con el depósito a que se refirió el Artículo Cuarto Transitorio y que se relaciona con la administración de los títulos en los términos del Artículo 75.[26] Sin embargo la atribución que señala el Artículo 75 y que consiste en autorizar al INDEVAL para llevar a cabo el cobro de amortizaciones, dividendos en efectivo o en acciones, interés, etc., habría resultado inútil en este caso por cuanto que el último párrafo del Artículo Cuarto Transitorio mencionado prohibió a las emisoras a partir del 1º de enero de 1984, pagar intereses o dividendos o permitir el ejercicio de los demás derechos aunados a dichos títulos. Es evidente que al INDEVAL no le estuvo permitido en este caso en particular, llevar a cabo tal gestión.

Las únicas otras dos atribuciones que la Ley del Mercado de Valores atribuye al INDEVAL que podrían haber justificado la intervención que el decreto que nos ocupa le encomendó serían la VI que se refiere a dar fe de los actos que realice, lo cual para estos efectos no tendría mayor trascendencia que hacer presumir solamente que el titular quiso convertir sus acciones en nominativas y la fracción VII que se refiere a las atribuciones que le autorice la Secretaría de Hacienda. Aun cuando no atribuidas por la Secretaría de Hacienda, podría entenderse en este caso, que la justificación de la intervención del INDEVAL habría sido la de autorizarlo para expedir los certificados de depósito nominativos mencionados, para permitir la circulabilidad de las acciones convertidas a nominativas, pero no siendo tal el caso como se ha analizado antes, resulta bastante ridícula la intervención que se pretendió dar a este organismo.

[25] La primera oración del segundo párrafo del Artículo Cuarto Transitorio original del decreto sólo establecía que a partir del 1º de enero de 1984 los títulos al portador "no podrán seguir circulando o ejercerse los derechos que los mismos llevan incorporados. . ."

[26] Ver nota de pie de página 931.

"Artículo 75. A solicitud del depositante, y en los términos de la fracción II del artículo 57, el Instituto podrá administrar los valores que se le entreguen para su depósito, en cuyo caso sólo estará facultado para hacer efectivos los derechos patrimoniales que deriven de esos valores, pudiendo en consecuencia llevar a cabo el cobro de amortizaciones, dividendos en efectivo o en acciones, intereses, etc."

Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 12 de marzo de 1978. Ley del Mercado de Valores.

De lo anterior se desprende que la intervención que se le pretendió dar al INDEVAL no tiene ningún efecto jurídico práctico por cuanto que el propio artículo cuarto transitorio original nulificó los beneficios que pudieran haberse concedido al titular de acciones al portador que hubiere querido efectuar el canje de su acciones pero por causas ajenas a su voluntad no pudo llevar a cabo.

3. Intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Continuando los errores de técnica jurídica en sentido material, en el mismo segundo párrafo del artículo cuarto transitorio original, el legislador impuso a los titulares de acciones al portador que las hubieren depositado en el INDEVAL, la obligación de avisar a la Dirección General de Fiscalización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la negativa de la emisora para convertir a nominativos tales títulos. En los términos de la reforma a dicho artículo cuarto transitorio publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 de diciembre de 1983, subsistió la obligación mencionada pero sólo para los casos en que los obligados a formalizar la conversión de los títulos (ver párrafo I del mismo artículo cuarto transitorio) se hubieran negado a hacerlo y no se refiere ya a la Dirección General de Fiscalización sino sólo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Ello en virtud de que la reforma eliminó la irracional intervención del INDEVAL al efecto, reduciéndola sólo a la conversión "de los títulos que tenga o reciba en depósito conforme a las disposiciones aplicables de la Ley del Mercado de Valores".

Parece ser que el legislador se dio cuenta de lo aberrante que resultó su creación y por ello eliminó prácticamente toda intervención del INDEVAL al respecto, en su decreto de reforma del artículo cuarto transitorio analizado, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 30 de diciembre de 1983. Ello, a pesar de que prorrogó mediante dicho decreto, por un año más (hasta el 1º de enero de 1985) la circulabilidad de las acciones al portador cuya conversión a nominativas no se hubiere formalizado. Es decir, que el legislador ya no pretendió aplicar a los mismos hechos o supuestos, las consecuencias de derecho que originalmente estableció.

La intervención que se dio a dicha Dirección y que probablemente aun después de la reforma al artículo cuarto transitorio subsista, debido a que dicha reforma no aclara a qué dependencia de la Secretaría de Hacienda correspondería recibir el aviso de negativa de canje de las acciones (y por no encontrar otra dependencia de tal Secretaría que razonablemente pudiera tener que ver con tal actividad) aparece ineficaz jurídicamente pero altamente persecutoria.

La Dirección General de Fiscalización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es una dependencia que tiene fundamentalmente a su cargo las funciones de vigilancia y verificación del cumplimiento de obligaciones fiscales en materia de impuestos. Tales funciones las lleva a cabo a través de cuatro grandes actividades en que se pueden clasificar las atribuciones que le señala el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y

Crédito Público en su artículo 59.[27] Tales actividades son: (i) de planeación de métodos, fórmulas o sistemas para llevar a cabo su función de verificación (fracciones I, II y VII del Reglamento), (ii) persecutorios o de verificación del cumplimiento de tales obligaciones (fracciones VIII, IX, X, XII, XIII y XIV del Reglamento), (iii) mixtas que implican no sólo la planeación sino el establecimiento de sistemas que les permitan facilitar el cumplimiento de sus obligaciones (fracciones III, IV, V y VI del Reglamento), y (iv) por último de control sobre colaboradores externos (contadores públicos) en el desempeño de sus funciones (fracción XI).

Es obvio que de las atribuciones anteriormente mencionadas, mismas que como se ha dicho tienen su denominación común en la verificación del cumplimiento de las obligaciones fiscales en materia de impuestos, ninguna de ellas tiene relevancia alguna con la verificación de la conversión de acciones al portador en nominativas. Dicha conversión es propia del derecho mercantil y en nada se relaciona directamente con el pago de los impuestos.

Analizadas además en detalle las atribuciones de dicha Dirección nos encontramos con que no sólo no tiene nada que ver con la materia mercantil sino que ni siquiera con los particulares, salvo en la actividad persecutoria que se efectúa en la revisiones fiscales a estos últimos.

[27] "Artículo 60. Compete a la Dirección General de Fiscalización:

I. Proponer, para aprobación superior, la política y los programas en materia de revisión de declaraciones de los contribuyentes, de dictámenes de contadores públicos registrados y de auditoría, inspección y comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales relativas a impuestos y derechos, sus accesorios y de aprovechamientos, de carácter federal, con excepción de las relativas a los impuestos al comercio exterior, a los derechos por servicios aduaneros y a los aprovechamientos tratándose de importación o de exportación;

II. Programar, para aprobación superior, las actividades de las Administraciones Fiscales Regionales y de las autoridades fiscales de las entidades federativas tratándose de impuestos coordinados, en los términos de los convenios y acuerdos respectivos, para la revisión de declaraciones de dictámenes de contadores públicos, registrados, de auditoría, de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes en la materia señalada en la fracción anterior;

III. Establecer los sistemas y procedimientos a que debe ajustarse la revisión de declaraciones de los contribuyentes y de dictámenes de contadores públicos registrados, de auditoría, de inspección y comprobación en la materia a que se refiere la fracción I de este artículo, y las que deban realizar en la materia de su competencia las Administraciones Fiscales Regionales y las autoridades fiscales de las entidades federativas que actúen con fundamento en los convenios y acuerdos de coordinación fiscal, así como evaluar sus resultados;

IV. Asesorar y supervisar la implementación de sistemas, procedimientos y métodos en las Administraciones Fiscales Regionales en la materia señalada en la fracción I anterior; supervisar la operación y la ejecución de los programas de trabajo en las Administraciones Fiscales Regionales en dicha materia; evaluar sus resultados y proponer, en su caso, las medidas que procedan;

V. Participar en el establecimiento de las bases especiales de tributación en materia de su competencia;

VI. Intervenir en la elaboración de los convenios y acuerdos de coordinación fiscal con las entidades federativas y en la evaluación de sus resultados, en la materia señalada en la fracción I:

De lo anterior tenemos que concluir que la única finalidad que pudo haber buscado el legislador, carente de técnica totalmente, fue persecutoria, es decir de amenaza a las empresas para que en el caso de que no hicieren la conversión pudieren ser víctimas de una revisión fiscal. Mal hace el legislador en acudir a estos medios y peor en asumir de antemano que el causante se opondrá al cumplimiento de una obligación, o si lo hace será quizá porque la norma no es muy justa.

4. Retroactividad. La reforma incurrió también en falta de técnica y concretamente fue retroactiva en su artículo tercero transitorio.[28] Estableció en el artículo tercero transitorio que las sociedades podrían emitir acciones

VII. Participar con las unidades administrativas competentes de la Secretaría, en los programas conjuntos relativos a la aplicación de las disposiciones en materia de participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y realizar las actividades necesarias a su inspección y comprobación;

VIII. Ordenar y practicar visitas domiciliarias, auditorías, inspecciones y verificaciones, así como realizar los demás actos que establezcan las disposiciones fiscales para comprobar el cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes, responsables solidarios y demás obligados en materia de impuestos y derechos, sus accesorios, y de aprovechamientos de carácter federal;

IX. Revisar las declaraciones de los contribuyentes y comprobar el cumplimiento de las disposiciones fiscales en la materia señalada en la fracción I de este artículo;

X. Requerir a los contribuyentes, responsables solidarios y demás obligados para que exhiban la contabilidad, declaraciones y avisos, y para que proporcionen los datos, otros documentos e informes, a fin de comprobar el cumplimiento de las disposiciones fiscales en la materia señalada en la fracción I de este artículo;

XI. Autorizar a los contadores públicos para formular dictámenes sobre los estados financieros relacionados con las declaraciones de los contribuyentes; llevar el registro y control de dichos contadores; revisar que los mencionados dictámenes reúnan los requisitos establecidos en las disposiciones fiscales, así como suspender o cancelar en los casos que proceda, el registro correspondiente, por no cumplirse con dichas disposiciones fiscales;

XII. Comunicar los resultados obtenidos en la revisión de declaraciones de los contribuyentes y de dictámenes formulados por contadores públicos registrados, así como de las visitas domiciliarias, auditorías, inspecciones, verificaciones y demás actos de comprobación, a las autoridades competentes para determinar créditos fiscales y a los organismos fiscales autónomos que corresponda, aportándoles los datos y elementos necesarios para que dichas autoridades y organismos ejerzan sus facultades;

XIII. Dar a conocer a los contribuyentes responsables solidarios y demás obligados, los hechos u omisiones que entrañen o que puedan entrañar incumplimiento de las disposiciones fiscales, que se conozcan con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación previstas en el Código Fiscal de la Federación, o en las leyes fiscales, o bien que consten en la documentación o expedientes que lleven o tengan en su poder las autoridades fiscales, para que, en su caso, hagan valer su inconformidad con los mismos;

XIV. Informar a la Procuraduría Fiscal de la Federación de los hechos de que tenga conocimiento con motivo de sus actuaciones, que puedan constituir delitos fiscales o delitos de los servidores públicos de la Secretaría en el desempeño de sus funciones.

La Dirección General de Fiscalización estará a cargo de un Director General, auxiliado por los Directores de Revisión de Declaraciones; de Revisión de Dictámenes; y de Auditoría Fiscal, y por el Subdirector de Programación y por los auditores e inspectores que sean necesarios."

Reglamento publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 26 de agosto de 1983.

[28] "Una ley es retroactivamente aplicada cuando suprime o modifica las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la anterior." García Máynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, 1960, pág. 399.

al portador hasta el 31 de marzo siempre y cuando se hubieren emitido por acuerdo de asamblea general de accionistas adoptado antes del 10 de diciembre de 1982. Lo grave del asunto es que la retroactividad es en perjuicio del destinatario de la misma y por lo tanto no sólo carece de técnica, sino es ilegal y violatorio del artículo 14 Constitucional cuyo primer párrafo establece: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". La retroactividad consiste que a un acuerdo de asamblea adoptado después del 10 de diciembre, pero antes de que entrara en vigor la ley por el cual se resolvió emitir acciones al portador, quedaría sin efectos por virtud del decreto de reformas, expedido con posterioridad. El perjuicio radica en que quedan sin valor tales acciones, y no pueden circular, ni se pueden hacer valer los derechos que consignan. El legislador podría, en el mejor de los casos, haber exigido que las acciones al portador se convirtieran en nominativas el día en que el decreto entrara en vigor y en tal caso, se podría haber argumentado que no aplicó la técnica jurídica y que debería haber acudido a los artículos transitorios para conceder un plazo para hacer el canje respectivo, lo cual habría sido motivo de crítica bastante. Sin embargo, el no darle ni siquiera esa oportunidad a los que emitieron acciones al portador entre el 10 de diciembre de 1982, y la fecha de iniciación de vigencia del decreto (1º de enero de 1983), hace no sólo falta de técnica la reforma sino inconstitucional.

Ignoramos por qué escogió el legislador el 10 de diciembre, quizá porque fue el día en que se dio a conocer la iniciativa de reforma, pero poco importa la razón, el hecho es que, aún cuando haya extendido el beneficio de poder expedir acciones al portador aún hasta el 31 de marzo de 1983, no aplicó ese beneficio a todos aquellos casos que encontrándose temporalmente en el mismo supuesto (emitiendo acciones al portador con anterioridad a la iniciación de vigencia de la ley), a unos les aplicó retroactivamente un beneficio (a los que los emitieron antes del 10 de diciembre) y a otros un perjuicio (a los que los emitieron después del 10 de diciembre).

Además de retroactividad, hay violación al artículo 13 constitucional que en su primera parte prohíbe la aplicación de leyes privativas y el 1º que señala que todo individuo gozará de las garantías individuales.

5. Remisión a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Volviendo al artículo cuarto transitorio, éste remitió al Capítulo VI del título I de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para determinar la naturaleza jurídica de los certificados de depósito que expidiera el INDEVAL en aquellos casos en los que los emisores no procedieran al canje de las acciones al portador por nominativas, a efecto de que los titulares pudieran ejercer los derechos que las acciones llevan incorporados. Ello en virtud de que la primera parte del propio artículo cuarto prohibió que tales acciones siguieran en circulación o se ejercitaran sus derechos después del 1º de enero de 1984.

La remisión de referencia a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito es imprecisa en principio, por cuanto que sólo nos hace suponer, mas no lo dice expresamente, que la remisión es aplicable respecto del certificado de

depósito exclusivamente, mas no con relación al bono de prenda, con el que nada tendría que ver.

La remisión puede parecer adecuada en tanto que tales certificados de depósito nominativos emitidos por el INDEVAL acreditarían la propiedad "de mercancías o bienes depositados" es decir las acciones al portador en este caso.[29]

Sin embargo, nos encontramos con que ello crea dos problemas: el primero consistente en que salvo por lo que se refiere a las características que debe contener el certificado de depósito, las demás disposiciones, podrían haber dado origen a problemas en su interpretación y aplicación a casos prácticos que se presentaran, ya que no habrían resultado aplicables por obedecer a finalidades y a una natualeza jurídica totalmente distinta.

Lo que es peor es que la remisión resultó inútil por cuanto que por una parte la circulabilidad que aparentemente se le pretendió dar a la acción al portador a través del certificado de depósito nominativo, se le quitó al darle el carácter de "no negociable" como establece el propio artículo cuarto transitorio. Efectivamente, como lo establece el artículo 25 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, los títulos que contengan la cláusula de "no negociable" sólo son transmisibles por la vía civil, es decir, no son transmisibles por vía cambiaria. En este sentido, como ya se indicó, la facilidad que se pretendió dar a los títulos de acciones al portador no canjeados por las emisoras quedó sin efecto porque la enajenación del título por vía civil no fue nunca prohibida por la reforma ya que lo único que se prohibió fue que siguiera circulando y la circulación es propia del derecho cambiario, es decir del que rige a los títulos de crédito.[30]

El otro beneficio que con la remisión a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, quizá se pretendió dar a los depositantes de acciones al portador con el INDEVAL, es decir el ejercicio de los derechos que incorporan y que en este caso serían básicamente los económicos o pecuniarios, es decir cobro de dividendos y de cuota de liquidación y los corporativos o de participación en la operación de la sociedad,[31] quedaron también sin efectos.

[29] El artículo 229 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su primer párrafo: "El certificado de depósito acredita la propiedad de bienes o mercancías depositados en el almacén que lo emite. . .".

[30] "Como numerosas veces lo hemos dicho, los títulos de crédito son documentos destinados a la circulación (títulos "circulantes" han sido llamados por antonomasia. . ." Tena, Felipe de J.: Derecho Mercantil Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1967. Pág. 392.

[31] "Las acciones confieren a su titular los siguientes derechos y obligaciones:

Derechos:

I. Corporativos: 1. Derecho a recibir el título de la acción. 2. Derecho a la gestión de los negocios sociales mediante: *a)* acceso a los documentos sociales; *b)* presencia y voto en las asambleas generales; *c)* elección de consejeros y comisarios; *d)* provocación de la reunión de asambleas generales; *g)* ejercicio de las acciones de interés colectivo.

II. Pecuniarios: 1. Derecho al dividendo. 2. Derecho a la cuota de liquidación: *a)* en el acto de disolución total de la sociedad; *b)* en el acto de disolución parcial de la sociedad."

Herrera Mario, Acciones de Sociedades Industriales y Comerciales. México, D.F., 1965, pág. 73.

Lo anterior queda confirmado por el último párrafo del artículo cuarto transitorio original que prohibió a los emisores que no hicieran el canje para el 1º de enero de 1983, pagar dividendos o permitir el ejercicio de los "demás derechos derivados de los títulos". Prohibición similar estableció el párrafo III del artículo cuarto transitorio pero reformado a partir del 1º de enero de 1985. Lo peor del caso es que el legislador sancionó al propietario del título al portador que quisiera cumplir con la ley a pesar de que es la empresa emisora la que se lo impide.

6. Nominativización Automática. Una muestra más y quizá la última, no sólo de la falta de técnica en sentido material del legislador, sino además de su ignorancia, lo constituyó el hecho de no haber aplicado desde la reforma original un procedimiento legal ya existente para la conversión de las acciones al portador en nominativas, el cual si bien no es necesariamente automático, sí al menos habría permitido a los dueños de acciones al portador, no verse privados del ejercicio de sus derechos, porque un tercero, la empresa emisora, no quiere hacer el canje.

El artículo 140 de la Ley General de Sociedades Mercantiles ya preveía que ". . . cuando por cualquier causa se modifiquen las indicaciones contenidas en los títulos de acciones. . . bastará que se haga constar en estas últimas previa certificación notarial o de corredor público titulado, dicha modificación".[32]

Es claro que la abolición de las acciones nominativas por reforma legislativa podría constituir no sólo "cualquier causa" sino una muy importante pero que ante la imposibilidad de hecho (oposición del emisor o al menos falta de toma de acción a éste al respecto) de que las acciones fueren canjeadas, y anulados los títulos primitivos, como contempla la ley, el accionista acudiere al notario o al corredor para certificar la modificación y que ésta se efectuare, inclusive por ellos. Cabe hacer notar al respecto que sin hacer alusión expresa al artículo 140 mencionado, el artículo cuarto transitorio reformado un año después, según publicación en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1983, contempló aunque sin prever una mecánica adecuada, que atendiera a uno de los fines del derecho que es la seguridad jurídica, la posibilidad de que notarios y corredores formalizaran tal conversión a petición de los interesados.

En ese sentido, el legislador que en 1973 elaboró la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, fue más sabio, ya que permitió que la sociedad emisora que tiene mejor conocimiento para identificar al titular de la acción, hiciere no necesariamente un canje, sino sola-

[32] "Artículo 140. Salvo el caso previsto por el párrafo segundo de la fracción IV del artículo 125, cuando por cualquier causa se modifiquen las indicaciones contenidas en los títulos de las acciones, éstas deberán cancelarse y anularse los títulos primitivos, o bien, bastará que se haga constar en estos últimos previa certificación notarial o de corredor público titulado, dicha modificación."

Texto reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el día 31 de diciembre de 1956.

mente una "anotación en el título",[33] para que las acciones propiedad de extranjeros que fuesen al portador se convirtieran en nominativas.

Por otra parte, es curioso observar que el legislador de 1973 trató mejor a los inversionistas extranjeros[34] que no convirtieran en nominativas las acciones al portador, que el legislador actual a los mexicanos que no lo hagan. Mientras que el legislador de 1973 sólo prohibió en principio el pago de dividendos a los accionistas extranjeros y prohibió que otros extranjeros los adquirieran,[35] el de 1982 además le impidió el ejercicio de los derechos corporativos[36] tales como el de voto, etc.

Es también contrastante la actitud que el legislador adoptó en aquellos casos en que no se efectuare la conversión de las acciones en 1973, tratándose de extranjeros, incluyendo sociedades mexicanas con mayoría o totalidad de capital extranjero y la que adoptó el legislador de 1982 y el de 1983 respecto de mexicanos.

Mientras el primero aplica básicamente sanciones típicamente jurídicas como puede ser la nulidad de sus actos que contravinieran la ley, la prohibición del pago de dividendos y eventualmente multas,[37] el legislador de 1982

[33] Artículo Segundo Transitorio de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera: "Los títulos al portador representativos del capital de empresas ya establecidas en México, que sean propiedad de las personas, empresas o unidades a que se refiere el artículo 2, deberán convertirse en nominativos en los términos del artículo 25 y presentarse para su registro en un plazo que no excederá de 180 días contados a partir de la fecha en que esta ley entre en vigor. Para efectuar esta conversión bastará con que la sociedad emisora haga la anotación respectiva en el título correspondiente o en hoja adherida al mismo. El registro surtirá los efectos de la autorización a que el artículo 25 se refiere".

[34] Artículo 2. "Para los efectos de esta ley se considera inversión extranjera la que se realice por:

I. Personas morales extranjeras;

II. Personas físicas extranjeras;

III. Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica, y

IV. Empresas mexicanas en las que participe mayoritariamente capital extranjero o en las que los extranjeros tengan, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa. . ." Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. *Diario Oficial* de la Federación del 9 de marzo de 1973.

[35] Artículo 27. "Las sociedades que estando obligadas a inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, no se inscriban, no pagarán dividendos. Tampoco pagarán los dividendos correspondientes a aquellos títulos que debiendo inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, no se inscriban.

Las sociedades que debiendo inscribirse no cumplan con esta obligación, se registrarán de oficio o a petición de cualquiera de sus socios."

Artículo 25. . . ."Los títulos al portador no podrán ser adquiridos por extranjeros sin aprobación previa de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras y, en este caso, se convertirán en nominativos. Este requisito y las sanciones previstas en el artículo 28 se transcribirán en los propios títulos."

[36] Ver nota de pie de página 935.

[37] Artículo 28. "Serán nulos, y en consecuencia no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad, los actos que se efectúen en contravención a las disposiciones de esta ley y los que debiendo inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, no se inscriban. Además, se sancionará al infractor con multa hasta por el importe de la operación, en su caso, que impondrá la Secretría o el Departamento de Estado correspondiente. Las infracciones no cuantificables se sancionarán con multa hasta de $100,000.00."

adopta una actitud persecutoria y amenazante hacia las empresas en las que los mexicanos tienen participación. Tal actitud, como hemos visto antes[38] se pone de manifiesto con la notificación que debieron proporcionar a la Dirección General de Fiscalización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público después de la reforma del 30 de diciembre de 1983 los titulares de acciones depositadas en el INDEVAL, o en cualquier caso de negativa de conversión de los títulos por los obligados a hacerlo (notarios, secretario, instituciones de crédito, etc.), a la propia Secretaría, a partir de la reforma del 1º de enero de 1984.

También con mejor criterio jurídico el legislador de 1973 estableció la imposición de sanciones específicas para aquellos casos en que funcionarios de las empresas o personas involucradas con las mismas, cometieran actos concretos violatorios de la Ley o encubrieran a quienes los cometieran.[39]

Es decir, en esos casos es la comisión real de la falta la que es sancionada y no la aparente como en el caso que nos ocupa, la que se trata de sancionar y lo que es peor, sin lograrlo. Hay que recordar que de hecho no es la empresa sino sólo sus representantes o empleados los que cometen las faltas y los que deben y pueden ser sancionados por ello.

Con mejor técnica aunque sin prever mecánica adecuada como ya se indicó y tratando quizá de evitar mayores incongruencias e injusticias, con la reforma del artículo cuarto transitorio original por el decreto publicado el 30 de diciembre de 1983 en el *Diario Oficial* de la Federación, se simplificó y facilitó la conversión de los títulos al portador en nominativos, en lugar de imponer sanciones por su incumplimiento a los propios titulares.

El decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 de diciembre de 1983 autorizó que llevaran a cabo la conversión, el presidente, secretario y comisario de la sociedad, el INDEVAL cuando los tenga en depósito (y no en todo caso) las instituciones de crédito, casas de bolsa respecto de los inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios,

[38] Ver página 930 y ss.

[39] Artículo 29. "Los administradores, directores y gerentes generales, comisarios y miembros de los órganos de vigilancia de las empresas, serán solidariamente responsables en lo concerniente a sus funciones, de la observancia de las obligaciones que establece esta ley. Su incumplimiento será sancionado con multas hasta de $100,000.00. Las sanciones serán impuestas por la Secretaría de Industria y Comercio previa audiencia del interesado."

Artículo 30. "Los notarios y corredores insertarán en los documentos en que intervengan las autorizaciones que deban expedirse en los términos de esta ley. Cuando autoricen documentos en los que no consten tales autorizaciones, perderán la patente respectiva.

Los encargados de los Registros Públicos no inscribirán los documentos arriba mencionados, cuando no conste en ellos la autorización correspondiente. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la pérdida del cargo."

Artículo 31. "Se sancionará con prisión hasta de nueve años y multa hasta de cincuenta mil pesos, a quien simule cualquier acto que permita el goce o la disposición de hecho, por parte de las personas, empresas o unidades económicas a que se refiere el artículo 2º de esta ley de bienes o derechos reservados a los mexicanos, o cuya adquisición estuviere sujeta a requisitos o autorizaciones que no se hubieren cumplido u obtenido, en su caso."

Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 9 de marzo de 1973.

los notarios y corredores, los cónsules mexicanos respecto de títulos localizados en el extranjero (representantes comunes en caso de obligaciones y certificados de participación) y la autoridad judicial. Señala dicho decreto la obligación y la forma de asentar la nominativización en el título, pero no la obligación de cerciorarse de la legitimidad de la titularidad de las acciones por quien lleva a cabo la conversión.

Cabe hacer notar que la mención en el párrafo IV del nuevo decreto en el sentido de que la conversión no causa contribución local o federal es inútil, ya que no habiendo disposición expresa alguna que así lo señale, no puede pretenderse imponer un gravamen al respecto.[40]

II. Extemporaneidad

Podemos considerar que el Decreto resulta extemporáneo o al menos tardío, por cuanto que han existido y existían ya en vigor múltiples disposiciones legales algunas de corte netamente mercantil, otras administrativas y otras más de orden fiscal que motivaban o forzaban a los particulares para que sus acciones fueran nominativas o que al menos hacían posible poder determinar quién era el titular de una o varias acciones.

A. Extemporaneidad respecto de Normaciones Mercantiles

Desde el punto de vista estrictamente mercantil nos encontramos con que aún en el caso de sociedades que optaban por el régimen anónimo o al portador de sus acciones era posible determinar quiénes eran sus dueños o al menos quiénes habían sido los dueños originales, ya que de acuerdo con el artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) toda escritura constitutiva deberá contener "los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen la sociedad".

Posteriormente, y una vez ya constituida la sociedad, tratándose en particular de la sociedad anónima, normalmente ha subsistido la posibilidad de identificar al titular dado que mientras se expiden los títulos definitivos se entregan los certificados provisionales que por mandato del segundo párrafo del artículo 124 de la LGSM siempre son nominativos.

Adicionalmente, ha existido la obligación de que se mantuvieran bajo el carácter de nominativas las acciones cuyo valor no estuviera íntegramente pagado, según lo establece el artículo 117 de la LGSM.

Existen además una serie de disposiciones en la propia LGSM o actos consecuencia de tales disposiciones que habían hecho desde su iniciación de vigencia, conocible el nombre de un accionista titular de acciones al portador. Tal es el caso, por ejemplo, de las listas de asistencia que se incluían en

[40] De acuerdo con los Artículos 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 2 del Código Fiscal de la Federación (publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de diciembre de 1981) no puede imponerse contribución alguna que no conste expresamente en ley.

el texto de las actas de asambleas cuando éstas no se transcribían en los libros de actas o las extraordinarias debiendo ambas protocolizarse y estas últimas, además, inscribirse en el Registro Público de Comercio.[41] En esta forma, a través del Registro de Comercio y de los protocolos de los notarios eventualmente también ha sido posible conocer el nombre de los accionistas de una sociedad anónima.

No podemos olvidar el caso de las acciones de circulación restringida que por ley deben ser nominativas también como otro ejemplo de disposiciones mercantiles que habían ya motivado la utilización de acciones nominativas.[42] Este tipo de acciones que han permitido al Consejo de Administración de la sociedad anónima impedir la adquisición de las acciones emitidas por la sociedad por personas determinadas, mediante la designación de un adquirente, se volvió muy popular en todos aquellos casos en que o bien se quería mantener un grupo de accionistas cerrado o impedir el acceso a la sociedad de un competidor.

La modalidad de la sociedad de capital variable aplicada a las sociedades por acciones era ya otro motivo contemplado en la propia LGSM que favorecía el que las acciones fueran nominativas, por exigirlo así la LGSM en su artículo 218.[43] Esto en virtud de las facilidades que proporciona la modalidad de capital variable por cuanto a la flexibilidad en el aumento y disminución de la parte variable del capital sin mayores formalidades.[44]

El beneficio mayor que ha representado para los accionistas la utilización de la modalidad de capital variable se ha traducido en el ahorro de derechos por inscripción en el Registro Público de Comercio[45] e inclusive

[41] Art. 194 LGSM . . ."Cuando por cualquier circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará ante notario.

Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio".

[42] Art. 130 LGSM: "En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones nominativas sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado".

[43] Art. 218 LGSM: "En las sociedades de capital variable por acciones, éstas siempre serán nominativas".

[44] Art. 213 LGSM: "En las sociedades de capital variable, el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo".

Art. 216 (LGSM). El Contrato constitutivo de toda sociedad de capital variable deberá contener, además de las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para el aumento y la disminución del capital social.

En las sociedades por acciones, el contrato social o la asamblea general extraordinaria fijarán los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones. Las acciones emitidas y no suscritas o los certificados provisionales, en su caso, se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción".

[45] Art. 21, fracción XII del Código de Comercio publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 7 al 13 de octubre de 1889: "En la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán: . . . XII. EL aumento o disminución del capital efectivo en las sociedades anónimas y en comandita por acciones".

eventualmente los honorarios y gastos del notario en caso de que se decida evitar la protocolización, cuando así lo prevean los estatutos.

Dicho beneficio cobró gran actualidad en los últimos años que se caracterizaron por un altísimo grado de inflación que motivó que las empresas en sólo unos cuantos años, vieran minimizado el valor nominal de su capital social debido a que su importe, así fuera de millones de pesos, ya no representaba en la realidad un valor importante como lo podía haber sido, pero sobre todo, que ya ni siquiera se asemejaba al valor real o comercial de sus activos. Con el objeto de actualizar el valor de sus empresas, los accionistas optaron por revaluar sus activos (al nuevo valor en pesos) y capitalizar ese superávit por revaluación. Fue a tal grado común esa práctica que el 23 de enero de 1981 se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación una reforma a la LGSM que reguló dicho procedimiento. El artículo 116 de la LGSM contempló el mecanismo.[46]

Este procedimiento de ajustes en el capital mediante aumentos resultaba tan costoso para las empresas por una parte y por la otra se volvía tan frecuente como creciente era la inflación que, optaron por adoptar la modalidad de capital variable para de este modo ahorrarse los derechos de inscripción y los honorarios y gastos de notario.

Fue pues, la combinación de estos dos factores, o sea la existencia previa de la modalidad de capital variable que en el caso de las sociedades anónimas exigía que sus acciones fueran nominativas, y la creciente inflación, las que motivaron que no sólo muchas sino muchísimas sociedades anónimas adoptaran la modalidad de capital variable, nominativizando sus acciones, dejando cada vez en un número más reducido el número de sociedades importantes con acciones anónimas o al portador.

B. Extemporaneidad Respecto de Normaciones Administrativas

Han existido, por otra parte, un sinnúmero de disposiciones de carácter administrativo que no sólo motivaron, sino que forzaron, a los tenedores de acciones a que éstas fueran nominativas, inclusive con anterioridad a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.[47]

Por ello no sólo los extranjeros dentro de ciertas actividades, sino aun los mexicanos tuvieron desde hace mucho tiempo que recurrir necesariamente a

[46] "Artículo 116. Solamente serán liberadas las acciones cuyo valor esté totalmente cubierto y aquellas que se entreguen a los accionistas según acuerdo de la asamblea general extraordinaria, como resultado de la capitalización de primas sobre acciones o de otras aportaciones previas de los accionistas, así como de capitalización de utilidades retenidas o de revaluación, éstas deberán haber sido previamente reconocidas en estados financieros debidamente aprobados por la asamblea de accionistas.

Tratándose de reservas de valuación o de regulación, éstas deberán estar apoyadas en avalúos efectuados por valuadores profesionales independientes debidamente reconocidos por la Comisión Nacional de Valores, o en cotizaciones certificadas de bolsas de valores o mercancías, cuando se trate de valores o mercancías cotizadas en estas instituciones."

[47] Publicada en el *Diario Oficial* el 9 de marzo de 1973 y en vigor a los 60 días siguientes según el Artículo Primero Transitorio de la misma.

las acciones nominativas para representar su participación en el capital de ciertas sociedades anónimas cuya operación depende generalmente de un permiso o licencia o de una concesión.[48] En tal caso, se han encontrado las sociedades dedicadas a la minería, transporte, gas, petroquímica, autopartes, etcétera.

Podríamos mencionar, en primer lugar, el Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo en Materia de Petroquímica publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 9 de febrero de 1971, que exigió en su Artículo 8º[49] que las acciones de las sociedades que tuvieran permiso para dedicarse a fabricación de productos de la petroquímica secundaria, deberían de estar divididas en dos series, la Serie "A" representativa del 60% del capital y la "B" del 40%. Las primeras tenían que ser nominativas y solamente podrían ser propiedad de personas físicas de nacionalidad mexicana, sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, etc. Las restantes eran de suscripción libre.

El Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Explotación y Aprovechamiento de Recursos Minerales por su parte exigió desde el 7 de diciembre de 1966, que las acciones de la serie y subseries mexicanas fueran siempre nominativas.[50]

[48] "La autorización, licencia o permiso es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular."

"La concesión administrativa. . . es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado."

Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México 1971, págs. 248 y 254.

[49] "Las acciones de la serie o subserie "A" *serán siempre nominativas* y sólo podrán ser suscritas por personas físicas o sociedades comprendidas en la siguiente enumeración:

a) Personas físicas de nacionalidad mexicana;

b) Sociedades mexicanas cuya escritura social contenga cláusula de exclusión de extranjeros, de las que sólo podrán ser socios o accionistas personas físicas mexicanas y sociedades mexicanas cuya escritura social contenga, a su vez, cláusula de exclusión de extranjeros.

c) Sociedades mexicanas en las cuales la mayoría de capital, en cualquier circunstancia, sea propiedad de personas físicas de nacionalidad mexicana y de sociedades mexicanas cuya escritura social contenga la cláusula de exclusión de extranjeros, siempre que se mantenga el mínimo del 60% de capital mexicano a juicio de la Secretaría del Patrimonio Nacional.

Las acciones de la serie o subserie "B" podrán ser suscritas o adquiridas por personas físicas o sociedades nacionales o extranjeras, con excepción de soberanos o gobiernos extranjeros. . . . . ."

Reglamento de la Ley Reglamentaria de Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, en Materia de Petroquímica. Publicado en el *Diario Oficial* de 9 de febrero de 1971.

[50] "Art. 26. La mayoría del capital mexicano que exigen los artículos 14 y 76 de la Ley a las sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, para que puedan obtener directamente o por adjudicación o transmisión, concesiones mineras o de plantas de beneficio, o adquirir derecho para operar al amparo de ellas, y que requiere el artículo 52 de la Ley de Impuestos y Fomento a la Minería para la concesión de las franquicias fiscales establecidas en sus dos últimos párrafos, se comprobará a través del cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos, que se consignarán en la escritura constitutiva:

PRIMERO. Si se trata de sociedades por acciones:

Algo similar estableció el decreto que fijó las bases para el desarrollo de la industria automotriz publicado en el *Diario Oficial* el 24 de octubre de 1972 que en su artículo 33 exigió que el 60% del capital por lo menos fuera propiedad de mexicanos y representado por acciones nominativas.[51]

Por su parte, la Ley de Vías Generales de Comunicación fue reformada mediante decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 9 de

I. Si sólo se emiten acciones comunes u ordinarias, que el 51% de ellas como mínimo, en el caso del artículo 14 de la Ley, o de 66% como mínimo, en el supuesto del artículo 76 del mismo ordenamiento, se ampara por una serie "A" o mexicana y el resto, según el caso, por otra serie "B" o de suscripción libre. Si se emiten dos o más series, unas comunes y otras amortizables o con derechos limitados, que cada serie se divida en dos subseries, una "A" o mexicana y otra "B" o libre, que representen, respectivamente, la primera el 51% o el 66% como mínimo de la serie, en los casos de los artículos 14 y 76 de la Ley, respectivamente, y la segunda el resto según el caso.

Las acciones de la serie o subseries "A" *serán siempre nominativas* y sólo podrán ser suscritas por personas físicas o sociedades comprendidas en la siguiente enumeración:

a) Personas físicas de nacionalidad mexicana;

b) Sociedades mexicanas cuya escritura social contenga cláusula de exclusión de extranjeros, de las que sólo podrán ser socios o accionistas personas físicas mexicanas y sociedades mexicanas cuya escritura social contenga, a su vez, cláusula de exclusión de extranjeros o se encuentren comprendidas en alguno de los incisos siguientes:

c) Sociedades mexicanas que llenen los requisitos establecidos en los artículos 14 y 76 de la Ley, así como los correspondientes de este Reglamento, y que estén inscritas en el Libro de Socios y Accionistas Mexicanos de Empresas Mineras, que se lleva en el Registro Público de Minería;

d) Instituciones mexicanas de crédito o sociedades mexicanas de inversión, que operen conforme a las Leyes respectivas, al amparo de concesiones o autorizaciones expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y estén sometidas a la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria. Las instituciones de crédito o sociedades de inversión que suscriban o posean acciones de empresas mineras de la serie o subseries "A", podrán entregar los títulos o documentos que las amparen, en fideicomiso, a instituciones autorizadas legalmente para operar como fiduciarias, con el objeto de que, con la garantía o cobertura de ellos, expidan certificados de participación nominativos o al portador, que solamente den derecho a sus tenedores a obtener una parte alícuota de sus productos o rendimientos, y

e) Sociedades mexicanas que comprueben, a satisfacción de la Secretaría del Patrimonio Nacional, que la mayoría de su capital social pertenece a mexicanos, a sociedades mexicanas con capital mayoritariamente mexicano, a instituciones mexicanas de crédito o a sociedades mexicanas de inversión, e inscriban la constancia de ello en el libro a que se alude en el inciso *c)* de este artículo.

. . ."

Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Explotación y Aprovechamiento de Recursos Minerales. Publicado en el *Diario Oficial* de 7 de diciembre de 1966.

[51] "ARTICULO 33. Las empresas fabricantes de autopartes deberán mantener una estructura de capital social en la que 60% del mismo, como mínimo, sea propiedad de mexicanos y esté representado por acciones *nominativas*.

La Secretaría de Industria y Comercio podrá verificar en todo momento la observancia de esta obligación, de cuyo cumplimiento dependerá el disfrute de los beneficios que consignan los Artículos 23 y 37."

Dicho concepto fue repetido en el acuerdo y decreto que substituyeron al anterior y que fueron publicados en el *Diario Oficial* del 20 de junio de 1977 y su acuerdo del 19 de octubre del mismo año y del 15 de septiembre de 1983.

enero de 1948 y a partir de entonces exigió en su artículo 152[52] que tratándose de aprovechamiento de vías de jurisdicción federal se requiere concesión de la Secretaría de Comunicaciones y que las acciones de la sociedad concesionaria no podrán ser al portador.

El Reglamento de Distribución de Gas publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 de marzo de 1960 estableció también en su artículo 10 que las autorizaciones para almacenamiento, transporte y de suministro sólo puede otorgarse a sociedades por acciones cuando éstas sean nominativas.[53]

La Ley Federal para el Fomento de la Pesca publicada en el *Diario Oficial* el 25 de mayo de 1972, también exigió que las concesiones o permisos para la pesca comercial, deportiva o cultivo de especies sólo se otorgaran a sociedades cuyos títulos representativos del capital fueren nominativos.[54]

La Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 11 de enero de 1972, autorizó a la Secretaría de Relaciones Exteriores para otorgar permisos de constitución de sociedades dedicadas al comercio o industria de armas, municiones y explosivos siempre y cuando (entre otras limitaciones), el 51% de las acciones (en caso de sociedad anónima) fuere de mexicanos y las acciones fueren nominativas.[55]

[52] "ARTICULO 152. Para el aprovechamiento de los caminos de jurisdicción federal en la explotación de servicios públicos de autotransporte, será necesario obtener concesión de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, y su otorgamiento se sujetará a las siguientes bases:

I. Unicamente podrán conferirse a mexicanos por nacimiento y a sociedades constituidas por éstos conforme a las leyes del país. *En ningún caso podrán conferirse a sociedades, cuyo capital esté total o parcialmente representado por acciones al portador.*

. . ."

[53] "ARTICULO 10. Sólo podrán ser titulares de autorizaciones los particulares mexicanos y las sociedades mexicanas constituidas íntegramente por mexicanos. *En ningún caso se otorgarán a sociedades anónimas con acciones al portador.* Los cupones de las acciones nominativas no podrán ser tampoco al portador."

[54] "ARTICULO 27. Las concesiones o permisos podrán otorgarse a:

I. Mexicanos por nacimiento o naturalización;

II. Sociedades cooperativas de producción pesquera y de producción pesquera ejidal;

III. Organismos descentralizados o empresas de participación estatal;

IV. Sociedades mercantiles que reúnan los siguientes requisitos:

a) Que estén constituidas conforme a las leyes del país y tengan en él su domicilio legal;

b) Que los títulos representativos del capital social *sean nominativos;*

c) Que el 51%, como mínimo, del capital social con derecho a voto, esté suscrito por mexicanos o sociedades mexicanas cuya escritura social contenga cláusula de exclusión de extranjeros, y

d) Que la escritura social establezca que la mayoría de los administradores será designada por los socios mexicanos y que la designación deberá recaer en personas de nacionalidad mexicana."

[55] "ARTICULO 46. La Secretaría de Relaciones Exteriores, para conceder licencias o autorizaciones relativas a la constitución o modificación del acta constitutiva o estatutos de sociedades, cuyo objeto sea el de establecer o desarrollar industrias o comercios de armas, municiones y explosivos, y para otorgar permisos a dichas sociedades con el objeto de que adquieran negociaciones o instalaciones relativas a las expresadas industrias o comercios, deberán exigir que se cumplan los requisitos que a continuación se indican:

a) Que en el capital social exista una proporción mínima de 51% con derecho a voto, suscrita por mexicanos o sociedades mexicanas que tengan cláusula de exclusión de extranje-

El Artículo 7 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional (promulgado el 29 de agosto de 1926) señaló que las sociedades mexicanas constituidas para la adquisición de fincas rústicas con fines agrícolas, si fueren por acciones, éstas deberán ser nominativas.[56]

La Ley Federal de Radio y Televisión publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 19 de enero de 1960, también exigió que las acciones de las sociedades anónimas a las que se otorguen permisos para estaciones oficiales culturales de experimentación y para escuelas radiofónicas, deberán ser nominativas.[57]

Por su parte, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de mayo de 1941, ha señalado en su artículo 8 IV bis d) último párrafo que los titulares de más del 15% del capital pagado de una institución de crédito deberán obtener un certificado de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, con la que se revelaba obviamente el nombre de los titulares.[58]

Resulta obvio concluir cómo otro grupo numeroso de sociedades que entre otras se dedicaban a un sinnúmero de actividades tan disímbolas como las que mencionamos, se veían ya desde hace muchos años, obligadas a

ros, o el porcentaje mayor que conforme a la escritura social se requiera para cualquier resolución relacionada con la operación de la sociedad.

b) Para tales efectos, cuando se trate de sociedades anónimas, el capital social deberá estar constituido por dos series de acciones: *una, de nominativas exclusiva para accionistas mexicanos*, debiendo constar en los títulos respectivos, que no pueden ser transmitidos a extranjeros o sociedades mexicanas que no reúnan los requisitos indicados en este artículo; y otra, de libre circulación.

c) La escritura social establecerá que los administradores serán designados por los socios o accionistas mexicanos de la sociedad y que dichos nombramientos deberán recaer en personas de nacionalidad mexicana.

Las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares sólo podrán operar con las sociedades cuyos objetos sociales quedan especificados, si les consta que han satisfecho las prevenciones del presente artículo."

[56] "Artículo 7º Las sociedades mexicanas constituidas para la adquisición de fincas rústicas mexicanas con fines agrícolas, se sujetarán a las disposiciones siguientes:

I. No podrán llevar a cabo ninguna adquisición cuando el cincuenta por ciento o más del capital o interés social perteneciera a extranjeros;

II. Si la sociedad fuere por acciones, éstas *deberán tener el carácter de nominativas*, pudiendo ser transmisibles por cesión ordinaria o por simple endoso, y no se registrará ninguna enajenación de acciones a favor de extranjeros ni las enajenaciones que se hicieren producirán efecto alguno cuando en virtud de ellas el cincuenta por ciento o más de las acciones resulte ser de extranjeros."

[57] "ARTICULO 14. Las concesiones para usar comercialmente canales de radio y televisión, en cualesquiera de los sistemas de modulación, de amplitud o frecuencia, se otorgarán únicamente a ciudadanos mexicanos o a sociedades cuyos socios sean mexicanos. *Si se tratare de sociedades por acciones, éstas tendrán precisamente el carácter de nominativas* y aquéllas quedarán obligadas a proporcionar anualmente a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes la lista general de sus socios."

[58] . . .

Las personas que en los términos de esta fracción lleguen a ser propietarias de más del 15% del capital pagado de una institución de crédito o de una sociedad de las comprendidas en el inciso a) de esta fracción, deberán obtener certificado de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, en el que se hará constar el porcentaje correspondiente."

emitir acciones nominativas, especialmente para los mexicanos, cuando fueran tenedores de las mismas. Por lo tanto, respecto de todos estos casos, de sociedades mineras, fabricantes de autopartes, de petroquímica secundaria, de instituciones de crédito, transporte, radio y televisión, etc., entre otros, el decreto de nominativización de las acciones, no tuvo mayor trascendencia puesto que desde hace lo menos cinco años en algunos casos y en otros casos hasta más de 12, las acciones de sociedades que desempeñaban tales actividades ya eran nominativas.

C. *Extemporaneidad Respecto de Normaciones Fiscales*

Disposiciones también de orden administrativo, pero específicamente de carácter fiscal han motivado desde el año de 1976, mediante reforma llevada a cabo a la Ley del Impuesto sobre la Renta[59] que, tratándose de acciones al portador, en caso de su enajenación, se tuviera que revelar el nombre del propietario o titular. Ello en virtud de que desde esa fecha el artículo 30 de la Ley del Impuesto sobre la Renta entonces en vigor exigía que tratándose de enajenaciones el adquirente retuviera el 20% del precio de venta al vendedor y lo enterara por cuenta de éste por concepto de impuesto provisional, salvo que se contara con una autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para hacer una retención menor o para no hacerla. Con motivo de cualquiera de dichos trámites, ya fuera el de entero del impuesto retenido o de la autorización de no retención, se revelaba a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el nombre no sólo del enajenante sino el del adquirente.

En esta forma, en todas las enajenaciones de acciones al portador, salvo las que se efectuaban a través de la bolsa de valores,[60] desde esa fecha la autoridad tomaba conocimiento del nombre del titular de las acciones, incluyendo el del adquirente.

Es importante además hacer notar que este procedimiento de obtención de autorización de no retención del impuesto provisional o de retención de una cantidad menor, se fue utilizando con mayor frecuencia cada vez, desde que se instituyó, dado que, con la creciente inflación, la utilidad que aparentemente se obtenía en la venta de acciones, tomando como base gravable

[59] Artículo 30 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, segundo párrafo. "En los casos anteriores el adquirente deberá retener como pago provisional el 20 por ciento del monto total de la operación y enterarlo dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la adquisición, mediante declaración que contenga los datos de la operación realizada. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar una retención inferior, previa solicitud justificada del enajenante. Este acreditará en su caso el importe retenido contra el impuesto que resulte a su cargo."

Decreto que Reforma y Adiciona Diversas Disposiciones de Carácter Fiscal. Publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 30 de diciembre de 1975 y en vigor a partir del 1º de enero de 1976.

[60] . . ."Las ganancias que conforme a este artículo, obtengan las personas físicas por enajenación de valores mobiliarios, estarán exentos de impuesto cuando la operación se realice en el país a través de bolsa de valores autorizada."

Ultimo párrafo Artículo 30 Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor a partir del 1º de enero de 1976.

su costo de adquisición original era una utilidad inflada y no real y ello llevaba en todos los casos al enajenante a solicitar la autorización de no retención o de retención menor por no existir una utilidad real.

Este fenómeno hizo que inclusive, sistemáticamente se publicaran como parte de la "Ley que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales" una tabla de ajuste del costo fiscal de las acciones, para que con base en el mismo, los enajenantes hicieran su cálculo correspondiente y su trámite de autorización de no retención o retención menor.[61]

Todavía dentro de esa tendencia a la nominativización de las acciones que sobrevenía de años atrás, en el año de 1979 se instituye de manera abierta la figura de la "transparencia fiscal" a efecto de permitir a los titulares de acciones aprovechar como impuesto propio, la parte proporcional del impuesto sobre la renta pagado por la sociedad, exigiendo como condición el que las acciones respecto de las cuales se quisiera tomar tal beneficio, fueran nominativas.[62]

Si bien aparentemente tal institución no tuvo mayor aplicación porque el mecanismo que establecía era demasiado complejo, ello no deja de demostrarnos una vez más, que desde hace tiempo existían ya disposiciones que no sólo de manera forzada, sino por conveniencia colocaban a los particulares ante la necesidad de volver nominativas sus acciones.

Existen otros casos en que ya no sólo por razones de conveniencia (como lo había sido tradicionalmente un tratamiento fiscal más benéfico para las acciones nominativas), sino ahora sí forzados, los nombres de los titulares de acciones eran dados a conocer sin remedio a las autoridades fiscales. Tal es el caso del pago de dividendos.

Efectivamente, de acuerdo con la Ley del Impuesto sobre la Renta, la sociedad pagadora de dividendos debe retener y enterar por cuenta del accionista, el impuesto correspondiente.[63] Obviamente al enterar por cuenta del accionista el impuesto, la sociedad debía revelar el nombre de la misma, con lo que también la acción dejaba de ser al portador o anónima al menos para efectos fiscales.

Por último y como medio de doble control el artículo 24 de la misma ley, a partir de 1983 exigió como requisito de deducibilidad para las empresas el que el pago de dividendos se realice por cheque nominativo.[64]

[61] A partir de 1980, la tabla de ajuste se publica como parte de la Ley de Ingresos de la Federación. (Ver artículo 6º de la Ley de Ingresos de la Federación, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de diciembre de 1979.)

[62] Ver Art. 82, párrafo VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta, modificación publicada en el *Diario Oficial* el 29 de diciembre de 1978. (Ley que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales. Tercera Sección.)

[63] Hasta 1982 el 21% y a partir de 1983 el 55%. Actualmente prevista en el Artículo 123 fracción II de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente.

[64] Art. 245. ". . .

Que tratándose de la distribución de dividendos o utilidades en efectivo, se paguen con cheque nominativo no negociable del contribuyente, expedido a nombre del accionista o socio y se cumpla con las obligaciones de retención e información que respecto de dichos dividendos o utilidades establece esta Ley . . ."

Con lo anterior queda claro que existían ya muchos casos de acciones al portador, que inclusive desde antes de la reforma hacían que éstas dejaran de ser al portador o anónimas, particularmente para efectos de las autoridades fiscales o sea, para el fin supuestamente más importante para el que fue hecha la reforma como analizaremos a continuación.

III. Carácter Político de la Reforma

Es nuestra opinión que la reforma por la que se nominativizaron las acciones, entre otros títulos de crédito causales o emitidos en serie[65] es antes que nada de un alto contenido político más que de cualquier otro tipo.

Al señalar que su contenido es esencialmente político, queremos decir que es una reforma cuya causa fundamental no fue jurídica, económica o de otro tipo, sino política. Fue consecuencia de las banderas políticas de la nueva administración que si bien había optado esta vez por reconocer abiertamente que existía corrupción en la administración pública y que había que combatirla, tenía que decir además que dentro del sector privado también la había. Había que decir por supuesto que lo malo no sólo estaba en el gobierno, sino que también los particulares tenían su corrupción y que las acciones al portador eran un vehículo que quizá más que ningún otro, facilitaba dicha corrupción.[66]

La nominativización de las acciones tantas veces propugnada no sólo en éste sino en otros países, para evitar la realización de actos ilegales e inclusive "fraudulentos" o simulados, fue el medio utilizado en esta ocasión para decir que no sólo al gobierno, sino también a los particulares les era aplicable el nuevo postulado político de la "renovación moral".

El antiguo lema de campaña "renovación moral" empezó a tomar forma como objetivo político de la nueva administración, en el discurso de toma de posesión del Presidente Miguel de la Madrid, leído ante el Congreso de la Unión el 1º de diciembre de 1982. En el orden de la exposición, la "renovación moral" es el cuarto postulado o tesis, de los siete que fueron el resultado de la "consulta popular"[67] y que integran la "plataforma" política del sexenio.

Si bien en esa ocasión se hizo especial énfasis en que la corrupción existía en el sector público,[68] también se dijo que con el ejemplo del gobierno

[65] La reforma sólo nominativizó los títulos causales o emitidos en serie; los cheques, letras de cambio, etc., al portador, aún subsisten, lo anterior se desprende obviamente del hecho de que los artículos de las leyes correspondientes, relativas a tales títulos no fueron modificados; además el artículo segundo transitorio no hace alusión a tales títulos.

[66] Esta idea de que las acciones al portador facilitan la defraudación fiscal y con ello la corrupción al menos en nuestro país ya no podría ser válida por cuanto que como se explicó anteriormente, el fisco ya contaba con los mecanismos adecuados para evitar tal defraudación.

[67] Los otros seis postulados fueron: El Nacionalismo Revolucionario, La Democratización Integral, La Sociedad Igualitaria, La Descentralización de la Vida Nacional, El Desarrollo, Empleo y Lucha contra la Inflación y La Planeación Democrática.

[68] ". . . Promoveré sistemas que acaben con las compensaciones al margen de la Ley y den transparencia a los ingresos de los funcionarios gubernamentales; regularé las prestaciones a

empezando por el del presidente, con el compromiso de renovación moral como norma permanente de conducta se esperaba impulsar el compromiso "de todos los mexicanos, de todos y cada uno de los sectores y grupos para fortalecer nuestros valores".[69]

La primera medida tomada por la nueva administración al respecto en relación con la moralización del sector público, fue la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación como se mencionó en el discurso de toma de posesión mencionado,[70] a la cual se atribuyeron entre otras funciones la de "conocer e investigar los actos, omisiones y conductas de los servidores públicos para constituir responsabilidades administrativas, aplicar las sanciones que correspondan en los términos que las leyes señalen y, en su caso, hacer las denuncias correspondientes ante el Ministerio Público prestándole para tal efecto la colaboración que le fuere requerida".[71]

Siguiendo la misma línea moralizadora se expidió una nueva Ley Federal de Responsabilidades de Funcionarios Públicos, previa reforma al Artículo 108 de la Constitución, que hizo responsable por actos u omisiones en que incurran (y no sólo ya por delitos, faltas u omisiones) conforme al nuevo sistema constitucional establecido, además de los diputados y senadores al Congreso de la Unión, a los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, secretarios del despacho y Procurador General y gobernadores y diputados de los Estados por violación a la Constitución y Leyes Federales, a todos los "servidores públicos, incluyendo representantes

que éstos tienen derecho y prohibiré el uso de bienes y servicios públicos para fines ajenos a su cargo. Evitaremos negocios ilícitos en los contratos de obra o servicio público, en las compras de gobierno y sus empresas. No permitiré que se usen los fondos públicos para la promoción política personal de los funcionarios.

Impediremos aprovechamientos ilegítimos con la nómina oficial; perseguiremos las conductas ilícitas en el otorgamiento de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones; en la inspección y vigilancia de leyes y reglamentos.

Insisto: no es compatible servir en puestos públicos y simultáneamente operar negocios cuya actividad se funde en relaciones económicas con el gobierno. Esta dualidad es inmoral. O se gobierna o se hacen negocios. Los puestos públicos no deben ser botín de nadie.

Perfeccionaremos los sistemas de administración de recursos del Estado y fortaleceremos los sistemas de control y vigilancia de la administración pública."

Párrafos 3o., 4o., 5o. y 6o. del postulado relativo a Renovación Moral, discurso de toma de posesión del Presidente Miguel de la Madrid ante el Congreso de la Unión el 1º de diciembre de 1982.

[69] Primer párrafo del discurso de toma de posesión del Presidente Miguel de la Madrid ante el Congreso de la Unión el 1º de diciembre de 1982.

[70] "Para cumplir con el propósito de que el gobierno de la República se constituya en patrón de conducta, promoveré la creación de la Contraloría General de la Federación, con rango de Secretaría de Estado, para sistematizar y fortalecer las diversas facultades de fiscalización, control y evaluación de la administración pública. Usaremos con vigor y decisión este nuevo instrumento." Párrafo 7o. del postulado relativo a Renovación Moral, discurso de toma de posesión del Presidente Miguel de la Madrid ante el Congreso de la Unión el 1º de diciembre de 1982.

[71] Fracción XVII del artículo 32 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Decreto de Reforma y Adiciones publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 29 de diciembre de 1982.

de elección popular, miembros del Poder Judicial del Distrito Federal y "en general toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal".[72]

Dentro del mismo contexto se reformó el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal, para incluir dentro de las penas y medidas de seguridad el "decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito, así como para hacer comprender dentro de la reparación del daño tratándose de delitos cometidos por "servidores públicos" no sólo la restitución de la cosa sino además dos tantos del valor de la cosa o bienes obtenidos por delito; sujeta además la libertad preparatoria o el beneficio de la condena condicional (suspensión de la ejecución de la sentencia) en delitos cometidos por servidores públicos a que se haya repuesto el daño en la forma indicada. Asimismo, se reestructuró finalmente el título décimo del libro segundo del citado Código listando en forma detallada a los servidores públicos, y agregando un nuevo tipo penal, el del "Uso indebido de Atribuciones y Facultades", "Intimidación", "Ejercicio abusivo de Funciones", "Tráfico de Influencia" y "Enriquecimiento Ilícito".[73]

Como lógico complemento a lo anterior, se publicó el 19 de enero de 1983 el Reglamento Interior de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Un ejemplo más del desarrollo del postulado de la "renovación moral" de la nueva administración lo constituye el "Acuerdo por el que se fijan los criterios para la aplicación de la Ley Federal de Responsabilidades en lo referente a familiares de los servidores públicos", publicado bajo el rubro de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, cuyo objeto fue dar las reglas para aplicar las restricciones para que servidores públicos puedan designar o promover a sus familiares para ocupar cargos dentro de su área de influencia.[74]

Bajo el rubro de la misma nueva Secretaría se publicó también el 9 de febrero de 1983 en el *Diario Oficial* de la Federación, el "Acuerdo por el que se establecen normas para la presentación de la Declaración de Situación Patrimonial de los Servidores Públicos que determina la Ley", el cual señala entre otras cosas los plazos para cumplir con la obligación, autoridad ante la cual se cumple, los bienes objeto de declaración, etcétera.

La opinión de que la nominativización de las acciones tiene una motivación esencialmente política propia de un sistema que repetidamente ha tomado medidas paralelas de "justificación" de otras medidas, queda no sólo confirmada por el hecho de que como se ha indicado antes, ya existían

[72] "Decreto de Reformas y Adiciones al Título Cuarto que comprende los artículos del 108 al 114; . . . publicado en el *Diario Oficial* del 28 de diciembre de 1982. "Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos" publicada en el *Diario Oficial* de la Federación del 31 de diciembre de 1982.

[73] *Diario Oficial* de la Federación del miércoles 5 de enero de 1983.

[74] Publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 11 de febrero de 1983.

los medios fiscales de control sobre los titulares de las mismas y por la carencia de otra justificación esencial de orden práctico, jurídico o económico, sino además, porque la misma motivación de la reforma legislativa expresamente confirma el carácter político de ésta.

La iniciativa del Ejecutivo Federal presentada ante la Cámara de Diputados al respecto, con fundamento en el Artículo 27 de la Constitución, consideró la nominativización de las acciones y otros títulos causales o emitidos en serie, como una modalidad a la propiedad privada para "preservar" el interés público mediante *el conocimiento pleno de los propietarios* de las negociaciones que realizan la actividad productora del país.

Dicha iniciativa justificó la nominativización de las acciones y otros títulos de crédito "como una medida necesaria para lograr de forma más eficiente la justicia fiscal, ya que la medida permite a la administración pública conocer los ingresos que realmente reciben sus titulares y de esta forma se puede determinar su capacidad económica y cuantificar la contribución que deben hacer al Estado en los términos que señala el Artículo 31, fracción IV de nuestra Constitución Política".

Si la reforma permitió "conocer los ingresos que realmente perciben sus titulares" (los de las acciones en el caso que nos ocupa), ello querría decir que en teoría, antes no se conocían realmente, lo que a la vez sólo podría provenir de una causa inmediata que era el anonimato de la acción y otra mediata que era que los contribuyentes se valían de dicho anonimato para ocultar sus ingresos gravables percibidos por ese conducto.

Independientemente de que hubiere habido muchos o pocos contribuyentes o causantes que valiéndose del anonimato de las acciones hubieren defraudado al fisco, el hecho es que la iniciativa asumió que también había habido corrupción de parte de dichos causantes, como por otra parte se había tenido que reconocer que la había habido dentro del gobierno.

Si como se ha indicado anteriormente, la autoridad ya tenía la forma de controlar fiscalmente al accionista en aquellos casos en que obtiene un ingreso gravable, es decir, al percibir un dividendo (en la operación normal o por liquidación) y al vender su acción (ver inciso II C anterior), o bien la justificación de la nominativización de las acciones cae por su propio peso por innecesaria, o nos demuestra que ni las múltiples mecánicas legales (a través de disposiciones de carácter administrativo) ni las de carácter fiscal han sido suficientes, ni seguirán siéndolo, cualquiera que sea el medio que se utilice (incluyendo la nominativización de las acciones), porque los defraudadores o corruptos, en cualquier sector en que se localicen, encontrarán siempre la forma de defraudar, mientras no se implementen medidas técnicas y sobre todo justas y no "políticas", y mientras tales medidas se apliquen más con sentido "político" que con afán de hacer justicia.

Se utilizó con una finalidad política el argumento tan antiguo y de sobra conocido de que las acciones nominativas "son propicias a fraudes y abusos".[75]

[75] Mantilla Molina Roberto L.: Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México 1979. pág. 352.

DERECHO PROCESAL CIVIL

NUEVAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS QUE MODIFICAN PROCESOS JUDICIALES

JOSÉ BECERRA BAUTISTA

En el *Diario Oficial* de la Federación del día 27 de diciembre de 1983 se publicó un Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la L.O. de Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal; del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal; del Código de Comercio y reforma el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia del fuero común y para toda la República en materia federal.

En la misma fecha se publicó otro Decreto que reforma y deroga disposiciones de los citados Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El primer decreto empezará a regir el día 1º de octubre de 1984 y el segundo 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación o sea el 27 de marzo de 1984.

Deben tenerse en cuenta esos plazos para los efectos de su respectiva aplicación.

El primero de esos Decretos contiene cambios que modifican el sistema judicial vigente hasta el 30 de septiembre de 1984, según la legislación transitoria.

I. *Oficialías de partes*

El artículo 54 de la Ley Orgánica establece: "Los Juzgados de lo Civil y de lo Familiar tendrán una oficialía de partes común para cada una de las ramas, la cual tendrá las siguientes atribuciones: I. Recibir el escrito por el cual se inicie un procedimiento, mismo que deberá turnar progresivamente al Juzgado que corresponda para su conocimiento; II. Recibir los escritos posteriores al inicial si se prestaren fuera de las horas del juzgado correspondiente, pero dentro de horas hábiles, mismos que deberá turnar el juzgado al que se dirijan. Cada una de las oficialías de partes comunes permanecerán abiertas durante las horas hábiles a que se refiere el artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles.

Concordante con el nuevo art. 54 transcrito es el reformado artículo 65 C.P.C. que dice: "El escrito por el cual se inicie un procedimiento deberá ser presentado en la oficialía de partes común a los juzgados que corresponda; los interesados pueden presentar una copia simple del escrito citado, a fin de que dicha oficialía de partes se los devuelva con la anotación de la fecha y hora de presentación, sellada y firmada por el empleado que la reciba. Los

escritos subsecuentes se presentarán ante el Juez que conozca del procedimiento, durante las horas de labores del juzgado correspondiente, pudiendo los interesados exhibir una copia de sus escritos, a fin de que se les devuelva con la anotación de la fecha y hora de presentación, sellada y firmada por el empleado que la reciba en el Tribunal. Los escritos subsecuentes que se presenten fuera de las horas de labores del juzgado del conocimiento, pero dentro de las horas hábiles, deberán presentarse ante la oficialía de partes común de los juzgados de la rama que corresponda al Juez del conocimiento. Las copias simples de los documentos que se presenten, confrontadas y autorizadas por el Secretario, correrán en los autos, quedando los originales en el tribunal, donde podrá verlos la parte contraria, si lo pidiere".

2. *Horas y días hábiles*

Debe hacerse notar que no se modificó el artículo 64 del C.P.C. según el cual se entienden por horas hábiles las que median desde las siete hasta las diecinueve horas.

Subsiste el principio de que en los juicios sobre alimentos, impedimentos de matrimonio, servidumbres legales, interdictos posesorios, diferencias domésticas y las demás que determinan las leyes, no hay horas inhábiles y la facultad del juez de habilitar horas inhábiles para actuar o para que se practiquen diligencias, cuando hubiere causa urgente que lo exija, expresando cuál sea ésta y las diligencias que hayan de practicarse.

Subsiste la disposición según la cual son días hábiles todos los del año, menos los sábados y domingos y aquellos que las leyes declaren festivos, así como la facultad del juez de habilitarlos en los supuestos antes mencionados.

En relación con esta reforma debe mencionarse la del artículo 136 del C.P.C. según el cual para fijar la duración de los términos, los meses se regularán por el número de días que les correspondan (o sea subsiste el mismo principio del ordenamiento vigente) y los días se entenderán de veinticuatro horas naturales, sin perjuicio de que las actuaciones judiciales se sujeten al horario que establece el artículo 64.

Tratando de interpretar estas disposiciones respecto a los escritos posteriores que se presenten fuera de las labores de juzgado habrá que hacer una distinción: para los escritos que se presenten hasta antes de las diecinueve horas deberá acudirse a la oficialía de partes común. Pero como el plazo sigue siendo de 24 horas no habrá inconveniente legal para que escritos posteriores a las diecinueve horas se presenten en los domicilios de los secretarios.

3. *Derogación de la recusación sin causa*

La creación de las oficialías de partes trajo como consecuencia la modificación del artículo 171 del C.P.C. para el efecto de que la recusación de

magistrados, jueces o secretarios que se inhibieren a pesar de existir algún impedimento, procede siempre fundada en causa legal.

Consecuentemente, en el artículo 179 que se modifica, sólo se refiere a las recusaciones y se suprime la mención de que sean con causa, porque sólo procederá este tipo de recusaciones, que pueden interponerse desde el escrito de contestación de la demanda hasta diez días antes de dar principio la audiencia de ley a menos que comenzada la audiencia o hecha la citación, hubiere cambiado el personal del juzgado.

4. *Elevación de la sanción por recusación improcedente*

Se modificó también la sanción establecida en el artículo 189 C.P.C. para cuando se declare improcedente o no probada la causa de recusación pues ahora impondrá, al recusante multa hasta de 15 días de salario mínimo general diario, vigente en el Distrito Federal, si el recusado fuera un juez de lo civil o de lo familiar y hasta de 30 días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal si fuere un magistrado. No se dará curso a ninguna recusación si al interponerla el recusante no exhibe billete de depósito o caución en efectivo por el monto de la multa. (La del Secretario quedó sin sanción.)

Debe hacerse notar que se suprimió la última parte del 189 actual que establecía que el monto de la multa se aplicará al colitigante, si lo hubiere, por indemnización y, en caso contrario, el fisco.

5. *Derogación de la recusación sin causa en el Código de Comercio*

En relación con la recusación sin causa se derogó el artículo 1134 del Código de Comercio que establecía: En cada negocio cada parte podrá recusar sin causa únicamente a un magistrado a un juez de primera instancia, menores y de paz, a un secretario y a un asesor.

Igualmente se suprimió la facultad que establecía el artículo 1148 del propio Código que facultaba al recusante a levantar esa recusación antes de que fuera admitida.

6. *El salario mínimo diario como base de la competencia por cuantía de los tribunales*

El salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal surte la nueva competencia que se otorga a los Jueces de lo Civil y a los Jueces de Paz en Materia Civil.

La competencia de los jueces de paz, en materia civil, se determina por su cuantía que no exceda de 182 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal y la competencia de los Jueces de lo Civil se determina para los juicios contenciosos que versen sobre la propiedad o demás dere-

chos reales sobre inmuebles por el valor de éstos siempre que sea mayor de 182 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal así como para los demás negocios de jurisdicción contenciosa común y concurrente cuya cuantía exceda de 182 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (Art. 2º y 53º fracciones II y III L.O.).

Las cuestiones relativas al patrimonio de familia y las concernientes al derecho familiar no quedan comprendidas en esta competencia por razón de cuantía.

También los Jueces de lo Civil conocen de las diligencias preliminares de consignación, cuando el valor de la cosa o cantidad que se ofrezca o exceda de 182 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal, debiéndose estar a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 157 del C.P.C. en los casos de prestaciones periódicas, excepto en los asuntos de derecho familiar (Art. 53 fracción V, L.O.).

El reenvío se refiere a los contratos de arrendamiento o al cumplimiento de una obligación consistente en prestaciones periódicas, en cuyos casos se computará el importe de las pensiones en un año, a no ser que se trate de prestaciones vencidas en cuyo caso la competencia se determinará por razón de la cuantía del negocio que demande el actor sin que se tengan en consideración los réditos, daños o perjuicios si son posteriores a la presentación de la demanda aun cuando se reclamen en ella. Indudablemente que este criterio va a traer como consecuencia la movilidad de la competencia para los Jueces de Paz toda vez que el salario mínimo diario general en el Distrito Federal, por disposición legal, se modifica cada año y en algunas ocasiones, por razones de emergencia, ese salario puede tener un incremento en el curso del año.

Similar al artículo 53 es el 97 de L.O. que fija la competencia de los jueces de paz para los juicios contenciosos que versen sobre la propiedad o demás derechos reales sobre bienes inmuebles o demás juicios de jurisdicción contenciosa cuyo monto no exceda de 182 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal a excepción de los interdictos y de los asuntos que sean competencia de los jueces familiares así como de las diligencias preliminares de consignación con la misma limitación y para la diligenciación de los demás asuntos que les encomienden las leyes.

La inclusión de los interdictos en este precepto trae como consecuencia la competencia privativa en estos negocios de los jueces de lo civil.

7. *Otros problemas competenciales por cuantía*

Otros problemas de competencia se contienen en las reformas a los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Título Especial de la Justicia de Paz del C.P.C. ya que al artículo 2º al fijar la competencia para los juicios cuya cuantía no exceda de 182 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal repite el contenido del artículo 157 del C.P.C.

El artículo 3º establece la obligación de oír un dictamen pericial en caso de que se dude del valor de la cosa demandada peritaje que deberá pagar el actor, sin perjuicio de que el demandado, a pesar de ese dictamen, pueda hacer valer la excepción basada en que el negocio no es de la jurisdicción de la Justicia de Paz.

El artículo 4º se faculta al juez para que en cualquier estado del juicio suspenda de plano el procedimiento y remita lo actuado al juez competente, si se da cuenta de que el negocio no es de su competencia.

8. *Competencia territorial*

El artículo 5º establece la competencia por razón de territorio diciendo que cada juzgado conocerá de los negocios relativos a predios ubicados dentro de su jurisdicción, cuando se trata de arrendamiento o de acciones reales sobre bienes inmuebles. Conocerán igualmente de aquellos negocios en que el demandado pueda ser citado en algún lugar que se encuentre dentro del perímetro de su jurisdicción.

En caso de duda será competente por razón de territorio el Juez de Paz que haya prevenido y en ningún caso se dará entrada a competencia territorial por ese concepto. Subsiste la sanción consistente en una corrección disciplinaria que impondrá el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, previa queja del agraviado, al juez de paz que haya conocido indebidamente de casos correspondiente a otras jurisdicciones.

El artículo 93 de L.O. faculta al Pleno del Tribunal para señalar la competencia territorial de los juzgados de paz, por Delegaciones establecidas en la L.O. del Departamento del Distrito Federal, pudiendo corresponder a un juzgado una o varias de dichas Delegaciones y pudiendo establecerse dos o más juzgados en una delegación. Cuando esto suceda todas tendrán competencia territorial en toda la delegación.

9. *Competencias especiales por el turno*

Con cuestiones competenciales se refieren las reformas a los artículos 152, 153 y 156 fracción IV, 633 y 673 todos del C.P.C.

El turno de los juzgados (que dependerá del orden progresivo en que turnen los asuntos las oficialías de partes comunes) surte efectos de la sumisión expresa (Art. 152) y de sumisión tácita para el demandante, por entablar la demanda (Art. 153 fracción I) y por prevenir en el conocimiento de un asunto cuando siendo varios demandados, el Juez que se encuentra en turno del domicilio que escoja el actor (Art. 156 fracción IV). En el 633 se suprimió la última parte del actual por lo cual para los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a la jurisdicción que no tenga el árbitro y para la ejecución de sentencias y admisión de recursos es competente el juez designado en el compromiso y a falta de éste el que esté en turno.

Cuando se trate de tercerías interpuestas ante Juez de Paz y su interés exceda del que la ley le señala, se remitirá lo actuado en el juicio principal y en la tercería al juez competente en turno, para conocer del negocio que representa mayor interés.

10. *Derogación de la apelación extraordinaria en asuntos de juzgados de paz*

Al derogarse el artículo 719 C.P.C. se suprimió el recurso de apelación extraordinaria que se daba en contra de las sentencias pronunciadas por los jueces de paz.

11. *Nuevas atribuciones a secretarios y pasantes de derecho*

Desde el punto de vista de la organización interna de los juzgados de lo civil del Distrito Federal son de tomar en cuenta las siguientes disposiciones: Se integrarán con: dos secretarios de acuerdos, numerados progresivamente; dos secretarios actuarios; el personal que autorice el presupuesto y los pasantes de derecho que cumplan su servicio social.

A los secretarios de acuerdos se les faculta para realizar notificaciones personales y diligencias decretadas por los jueces en auxilio de los secretarios actuarios.

Se faculta a los pasantes de derecho para practicar notificaciones personales excepto emplazamientos.

El Tribunal Superior de Justicia debe determinar los requisitos que deban satisfacer los pasantes de derecho para cumplir con su servicio social y el número de pasantes adscritos a cada juzgado. (Arts. 61 y 69 bis. L.O.)

12. Una reforma que se incluye en este Decreto se refiere al artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal que es del tenor siguiente: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año".

El 17 actual daba derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de la obligación. En virtud de los artículos transitorios esta reforma del Código Civil empezará a regir a partir del día 1º de octubre de 1984, a diferencia de las otras reformas al Código Civil que surten efectos 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación o sea a partir del 27 de diciembre de 1983.

* * *

Un segundo Decreto, publicado en el *Diario Oficial* del 27 de diciembre de 1983, reforma y deroga diversas disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Las reformas procesales afectan a los siguientes preceptos:

1. *Custodia de los hijos menores de siete años*

Según el artículo 313 C.P.C. reformado, el juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere, y lo dispuesto por la fracción VI del artículo 282 del mismo Código Civil.

La disposición del Código actual se modifica por el reenvío que se hace a la fracción VI del artículo 282 de Código Civil. Este precepto establece que al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia se dictarán provisionalmente y sólo mientras dura el juicio las disposiciones siguientes:

VI.—Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designados a los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

2. *Ratificación de la confesión de la demanda de divorcio*

Se modificó también el artículo 274 en los siguientes términos: Confesada la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos, si se trata de juicio de divorcio, sin perjuicio de lo previsto en la parte final del artículo 271.

La reforma consistió en la necesidad de ratificar el escrito respectivo ante el juez de los autos cuando se trata de juicio de divorcio y el reenvío a la parte final del artículo 271 según el cual se presumen confesados los hechos de la demanda que se dejen contestar, excepto en los casos en que las demandas afecten relaciones familiares o el estado civil de las personas, pues entonces la demanda se tendrá por contestada en sentido negativo.

La modificación del artículo 406 según el cual la confesión hecha en la demanda, en la contestación o en cualquier otro acto del juicio, hará prueba plena sin necesidad de ratificación ni de ser ofrecida como prueba consistió en agregar el siguiente párrafo: Salvo lo dispuesto por el artículo 274 para los juicios de divorcio o sea la ratificación.

3. *Supresión de la revisión de oficio*

Se derogó el artículo 716 que establecía la revisión de oficio en segunda instancia para revisar las sentencias recaídas sobre ratificación de actas del estado civil y sobre nulidad de matrimonio, expresadas en los artículos 241, 242 y 248 a 251 del Código Civil. La instancia se tramitaba con intervención del Ministerio Público y aunque las partes no expresaran agravios ni pro-

movieran pruebas. El tribunal examinaba la legalidad de la sentencia de primer instancia, quedando entre tanto sin ejecutarse ésta.

4. *Suplencia de la queja en asuntos familiares*

La reforma del artículo 941 que establece la facultad del Juez de lo Familiar para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos decretando las medidas que tiendan a preservar y a proteger a sus miembros, consistió en lo siguiente: Los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

Se conservó el texto actual que ordena que el juez debe exhortar a los interesados a lograr su avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que puede evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

5. *Recusación con causa*

Finalmente la modificación del artículo 953 consiste en eliminar la recusación sin causa. Ahora solamente procede la recusación con causa, pero siempre con la facultad del juez de adoptar las medidas sobre personas, alimentos y menores.

6. *Iniciación de la vigencia del decreto*

Estas reformas van a surtir efectos 90 días después de la publicación del Decreto del día 27 de diciembre de 1983.

* * *

Las modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para la República en materia federal contenidas en el decreto publicado el día 27 de diciembre de 1983 que empezarán a regir 90 días después de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación son las siguientes:

1. *Definición de domicilio conyugal*

El artículo 163 establece la obligación de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal y la posibilidad de que los tribunales, con conocimiento de causa, pudieran eximir de esa obligación en los casos que se mencionan. La reforma consistió en agregar: Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y condiciones iguales.

2. *Limitación a las facultades para administrar bienes comunes*

El artículo 172 que establece la capacidad del marido y la mujer, mayores de edad, para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y

ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo el consentimiento de la esposa, ni ésta el consentimiento de aquel, se modifica la forma siguiente: Salvo lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

Ante la salvedad era: lo estipulado en las capitulaciones sobre administración de bienes.

3. *Terminación de la sociedad conyugal*

El artículo 188 autoriza terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio a petición de alguno de los cónyuges.

Se adicionó la fracción II: Cuando el socio administra sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace esa cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores.

Se agregó la fracción III o sea: Si el socio administrador es declarado en quiebra o concurso. (Estos supuestos se encontraban en la fracción II.)

Finalmente se agregó una fracción IV: Por cualquier otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente.

4. *Modificación de las capitulaciones matrimoniales*

El artículo 194 según el cual el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges subsiste. La sociedad conyugal, fue adicionado en los siguientes términos: La administración quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser libremente modificada sin necesidad de expresión de causa y en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

5. *Prohibición de cobrar servicios entre cónyuges*

El artículo 216 suprimió la salvedad que contiene el actual por lo cual quedó en los siguientes términos: Ni el marido podrá cobrar a la mujer ni ésta a aquel retribución u honorario alguno por los servicios personales que le prestare, o por los consejos o asistencia que le diere.

6. *Donaciones entre consortes*

El artículo 232 establece la posibilidad de que los consortes puedan hacerse donaciones. Suprimió la frase de que éstas se confirmen con la muerte del donante, y se agregó: que además de no ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales no perjudique el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.

El 233 establece la posibilidad de revocación de las donaciones entre consortes. La modificación consiste en que pueden ser revocadas por los donantes mientras subsista el matrimonio cuando exista causa justificada, a juicio del Juez.

En consecuencia, se exige causa justificada para revocar las donaciones entre consortes mientras subsiste el matrimonio.

7. *Causas de divorcio*

Se modificaron, como causa de divorcio, las previstas en las fracciones VII y XII en los siguientes términos: Art. 267: La VII queda como sigue: Padecer enajenación mental incurable y se agregó: Previa declaración de interdicción que se haga al respecto del cónyuge demente. La XII queda ahora como sigue: La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del art. 168 (sobre desacuerdo en formación y educación de los hijos y administración de bienes).

Además adiciona la fracción XVIII en los siguientes términos: La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

8. *Divorcio por causas no probadas*

El artículo 268 que establece el derecho de pedir el divorcio en contra del cónyuge que lo haya pedido o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado, se modifica para el efecto de suprimir la frase: Que resulte insuficiente esa causa y se agrega el caso en que se hubiere desistido de la demanda o de la acción, sin la conformidad del demandado. El plazo de tres meses para pedir ese divorcio se cuenta a partir de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Subsiste la facultad de los cónyuges de no vivir juntos durante esos tres meses.

9. *Supresión de un plazo para demandar el divorcio*

La derogación del artículo 271 que establecía que era necesario que hubieren transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse una enfermedad que originara la enajenación mental es congruente con la reforma de la fracción VII del artículo 167 porque ésta permite que la enajenación mental se sujete a la previa interdicción del cónyuge demente por lo cual ya no es necesario esperar los dos años que fijaba el artículo 271.

10. *Adición al convenio en caso de divorcio voluntario*

Tratándose de divorcio voluntario se modificó la fracción IV del artículo 273 que se refiere al convenio que deben presentar los interesados, para quedar con la siguiente redacción: En los términos del artículo 288 la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

La adición consistió en que deben pactarse alimentos para después de ejecutoriado el divorcio.

11. *Aclaración del perdón tácito*

El art. 279 según el cual no puede alegarse ninguna causa de divorcio cuando medie perdón expreso o tácito se adicionó diciendo: No se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores.

12. *Efectos del perdón en caso de divorcio*

La modificación sustancial al art. 281 consiste en permitir al cónyuge que no haya dado causa al divorcio, antes de que se dicte sentencia: "otorgar a su consorte el perdón respectivo". El texto actual: "prescindir de sus derechos y obligar a reunirse con él".

13. *La custodia de los menores de siete años*

Véase la reforma al art. 282, ya comentada.

14. *Cambio en los criterios para fijar la situación de los hijos en la sentencia de divorcio*

El actual art. 283 establece reglas para fijar la situación de los hijos en la sentencia de divorcio tomando en cuenta las causales respectivas.

Ahora se hace un cambio radical: El juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ella, o designar tutor.

15. *Alimentos en caso de divorcio*

El nuevo artículo 288 consta de cuatro párrafos:

El primero se refiere a los casos de divorcio necesarios que obliga al juez a condenar al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica. (Este párrafo es similar a la primera parte del 288 vigente aunque se concreta a los divorcios necesarios, mención que no se hacía.)

El segundo párrafo es nuevo y se refiere al divorcio por mutuo consentimiento y se refiere específicamente a la mujer que tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato.

Con esta nueva disposición se deroga la última parte del actual 288 que decía: En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización que concede este artículo. Con la redacción actual sí se establece una indemnización.

La obligación de dar alimentos, sin embargo, durará un tiempo equivalente al lapso que tuvo el matrimonio.

El tercer párrafo se refiere al divorcio voluntario pero establece el mismo derecho o indemnización para el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El último párrafo es igual al actual obligando al cónyuge culpable a responder a favor del inocente de los daños o perjuicios que le cause, de los que deberá responder como autor de un hecho ilícito.

16. *Derecho de los concubinos a alimentos*

El art. 302 que establece que "Los cónyuges deben darse alimentos y que la ley determinará cuando quede subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale" tiene el siguiente agregado: "Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635".

Este precepto está en el capítulo VI del Título Quinto que ahora se denominará: De la sucesión de los concubinos (el actual es: De la sucesión de la concubina).

17. *Sucesión de los concubinos*

El nuevo precepto fija el derecho de los concubinos pero equiparándolos a los cónyuges en lo relativo a su sucesión ya que se suprime el casuismo del precepto vigente.

Ahora se establece: "La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges, durante los cinco años que precedieron a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato".

Si al morir el autor de la herencia sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.

Cabe preguntar: ¿Los concubinos para tener derecho a alimentos deben esperar los cinco años?

Otra modificación que afecta a los concubinos está en la nueva fracción I del art. 1602 que se refiere al derecho a heredar por sucesión legítima, pues ahora agrega: A la concubina o concubinario si se satisfacen los requisitos del art. 1635.

17. *Incremento automático en el monto de los alimentos determinados por convenio o sentencia*

El art. 311 conserva el principio tradicional según el cual los alimentos deben ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos.

Pero se agregó: Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimenticio demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

18. *Forma de asegurar los alimentos*

Se agregó a las formas de garantizar los alimentos previstos en el vigente art. 317: "Cualquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez".

Esto permitirá utilizar el fideicomiso de garantía.

19. *Constitución judicial del patrimonio de familia*

El nuevo artículo 734 permite a las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio de familia a exigir judicialmente que se constituya *sin necesidad de invocar causa alguna*. En el precepto actual este derecho sólo se daba cuando hubiese peligro de que el obligado a dar alimentos dilapidara sus bienes.

* * *

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación fue modificada por Decreto publicado el día 4 de enero de 1984 en el *Diario Oficial* de la Federación, debiendo surtir efectos las modificaciones 60 días después de esa publicación.

En las modificaciones se establecen nuevas competencias por razón de cuantía. En materia civil, el interés del negocio debe exceder de 25 veces el salario mínimo anual del Distrito Federal.

Las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tienen la facultad discrecional de enviar a los Tribunales Colegiados aquellos asuntos que carezcan de importancia y trascendencia, pero también podrán solicitar a dichos Tribunales la remisión de amparos que sean importantes y trascendentes.

El artículo 3o. transitorio del Decreto menciona el envío a los Tribunales Colegiados de Circuito de aquellos amparos de los que, por cuantía, no conocerán las Salas de la Suprema Corte.

Enero 30, 1984

LAS REFORMAS AL DERECHO CIVIL, PROCESAL CIVIL Y PROCESAL MERCANTIL DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1983

CARLOS LOPERENA RUIZ

En el *Diario Oficial* de la Federación del 27 de diciembre de 1983, se publicaron dos decretos por los cuales el H. Congreso de la Unión reformó y derogó diversas disposiciones en materia civil, procesal civil y procesal mercantil.

El primero de los decretos deberá entrar en vigor el primero de octubre de 1984 y el segundo a los noventa días de su publicación en el *Diario Oficial*.

PRIMERA PARTE

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal; y del Código de Comercio.

Lesión

Se suprime la expresión rescisión, para quedar como "derecho a elegir entre pedir la nulidad o la reducción equitativa de su obligación" y además podrá pedir el perjudicado el pago de daños y perjuicios.

El texto anterior fue motivo de diversas críticas, aunque la expresión rescisión fue heredada del derecho francés, pues la doctrina ha considerado en México que la lesión debe dar lugar a la nulidad y no a la rescisión. Además, el artículo 2228 del Código Civil, considera a la lesión como causa productora de la nulidad relativa del acto jurídico.

Esta reforma tiene como mérito el hacer congruente el texto del artículo 2228 del Código Civil, con el del 17 del mismo código, pero considero que es tibia, pues por razón de sistema, si ya se considera expresamente en la ley que la lesión produce la nulidad, debió trasladarse la disposición al capítulo relativo a la inexistencia y la nulidad.

Como novedad en esta disposición aparece que además de la nulidad, se puede pedir el pago de daños y perjuicios en el caso de la lesión, cosa que no acontece con las demás causas de nulidad. De cualquier manera, estamos ante una causa de nulidad relativa; aunque el nuevo texto del artículo 17 no

la califica, el artículo 2228 del mismo código incluye a la lesión dentro de las causas de la nulidad relativa.

Sigue siendo la lesión, en el nuevo texto, un vicio subjetivo-objetivo y le siguen siendo aplicables al artículo 17 del Código Civil, todos los comentarios hechos por los autores mexicanos, excepto por lo que se refiere a los términos rescisión y nulidad.

La añadidura de daños y perjuicios para quien provocó la lesión, me parece una consecuencia adecuada y debería hacerse extensiva a otras causas de nulidad.

Oficialía de partes común

Se reforma el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común.

Quien inició un procedimiento ante los Tribunales de lo Civil o de lo Familiar en el Distrito Federal, deberá presentar su escrito en una oficialía de partes común, para ser turnado al juzgado que le corresponda.

Se trata de evitar con esto el que las partes busquen a los jueces con los que tengan alguna relación o preferencia. Esta reforma incluye a los artículos relativos del Código de Procedimientos Civiles, para efecto de que no se elija en ningún caso al juez que deba conocer del asunto, sino que se designe en todo caso al juez en turno.

Al no poder escoger el actor a qué juez dirigir su demanda se considera innecesaria la existencia de recusación sin causa y, por lo tanto se suprime, y se reforman los artículos que mencionan la existencia de recusación sin causa.

La oficialía de partes común funcionará no únicamente para escritos por los que se inicia un procedimiento sino también para escritos dirigidos a cualquier juzgado, que se quieran presentar fuera de las horas de labores del propio juzgado.

Los términos judiciales vencerán a las diecinueve horas del último día, para efectos de que fuera del horario de labores del juzgado, solamente se puedan presentar escritos en la oficialía de partes común. El horario de la oficialía de partes común será de las siete a las diecinueve horas.

Esta reforma parece ser benéfica para evitar los favoritismos de los jueces hacia las partes o a sus abogados y el suprimir la recusación sin causa evitará el abuso de esta institución como maniobra dilatoria.

Es muy difícil que en la práctica esto funcione como se desea, pues las personas encargadas del turno en la oficialía de partes común, si no cuentan con controles adecuados, amañarán la repartición de los juicios y enviarán los escritos iniciales al juzgado que les indique la persona que lo presente, a cambio de algún favor o gratificación.

Con esta reforma se termina con la práctica de llevar promociones a casa de los Secretarios de Acuerdos quienes en algunos casos viven fuera del Distrito Federal. Además, esta práctica ha despertado innumerables suspicacias pues siempre le quedaba la sospecha al litigante de que su contrario no hubiera presentado en tiempo el escrito respectivo.

Es de desear que la oficialía de partes común no se preste a que los litigantes obtengan sellos con fecha atrasada o dirijan sus juicios al juzgado que les convenga a ellos, pues se caería en mayores abusos que aquellos que se trata de evitar con la reforma a la ley.

Competencia por cuantía

Se reformaron el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

Esta reforma cambia la competencia por cuantía para los juzgados de lo civil y los juzgados de paz. Los juzgados de paz conocerán de juicios civiles cuya cuantía no exceda de 182 veces al salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal; es decir, en números redondos medio año de salario mínimo general.

Consecuentemente, los que excedan de esa cuantía serán competencia de los juzgados de lo civil.

La modificación en la cuantía ya era necesaria, puesto que, el límite anterior (cinco mil pesos) se había vuelto sumamente bajo con la inflación existente en el país.

La reforma tiene la virtud de no poner una cantidad fija, sino que ha sujetado el límite de la competencia a los cambios que tenga el salario mínimo para no volver a caer en la situación anterior.

Secretarios de acuerdos y pasantes de derecho

Se le otorga competencia a los secretarios de acuerdos para realizar notificaciones personales y diligencias decretadas por los jueces en auxilio de los secretarios actuarios.

La reforma permite que el Pleno del Tribunal Superior, asigne pasantes de Derecho para cumplir su servicio social en los juzgados de lo civil y de lo familiar.

El Pleno del Tribunal Superior podrá facultar a los pasantes de Derecho para practicar notificaciones personales con excepción de emplazamientos a juicio.

La reforma busca aligerar el trabajo a los secretarios actuarios, quienes, por el exceso en el crecimiento de la ciudad y su número de habitantes, ya no pueden cumplir con todas las diligencias que se les encomiendan; incluso muchas veces delegan extraoficial e ilegalmente la práctica de algunas notificaciones en personas no facultadas para hacerlo y hacen constar bajo su fe que ellos han practicado tales diligencias.

Recusación en materia mercantil

Se derogó al artículo 1134 del Código de Comercio y se reformó el 1148 del mismo código para suprimir la recusación sin causa en el procedimiento mercantil, para asemejarlo al procedimiento civil y hacerlo congruente con la existencia de la oficialía de partes común.

Es verdaderamente antitécnico que el Congreso de la Unión expida un decreto en donde actúa como legislador ordinario en el Distrito Federal e incluya una reforma a una ley federal como es el Código de Comercio.

Es totalmente válido que el Congreso de la Unión expida leyes de aplicación local para el Distrito Federal conforme al artículo 73 fracción VI de la Constitución y también que legisle en materias que sean de competencia federal como lo es la materia mercantil, conforme a la fracción X del mismo artículo, y no es necesario que mencione en su decreto si está actuando como legislador federal o como legislador local, pero de cualquier manera considero aconsejable que una ley federal sea reformada en un decreto distinto a aquel en el que se reforman leyes locales.

Lo mismo podría decirse de las reformas al Código Civil del Distrito Federal, puesto que también es de aplicación federal en algunos casos, pero no resulta tan evidente, ya que es de aplicación local en la capital del país.

También es interesante resaltar que la promulgación del decreto que contiene las reformas antes comentadas se encuentra refrendado únicamente por el Secretario de Gobernación, lo que puede hacer que se considere que la reforma al Código de Comercio no es constitucional pues conforme al artículo 92 de la Constitución todos los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el secretario del despacho, encargado del ramo a que el asunto corresponde, y sin esta requisito no serán obedecidas. Como este decreto reforma el Código de Comercio, considero que debió ser refrendado por el Secretario de Comercio y Fomento Industrial y no sólo por el Secretario de Gobernación.

En los transitorios del decreto se dice que entrará en vigor el 1o. de octubre de 1984.

Segunda Parte

Decreto que reforma y deroga diversas disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Matrimonio

Se realizaron diversas reformas en materia de derecho familiar en lo concerniente al matrimonio. En el artículo 163 se ha añadido el concepto de lo que se debe considerar como domicilio conyugal y se le ha dado la connotación de que en ese lugar ambas partes disfrutarán de autoridad

propia. Con esto se ha convertido en ley lo que anteriormente era jurisprudencia, pues ya hace tiempo que la Suprema Corte de Justicia ha considerado que no existe domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en casa de algún pariente pues en ese lugar no tienen autoridad propia.

El añadido al artículo 163 repite el concepto que desde antes se había establecido en el artículo 168 del mismo Código Civil, en el sentido de que ambos cónyuges tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar.

Se establecieron restricciones respecto a actos de administración y dominio de los bienes comunes en forma genérica sin estar supeditados a las capitulaciones matrimoniales como lo expresaba el texto anterior.

Se precisaron dos de las causas de terminación de la sociedad conyugal y se creó una causa genérica consistente en cualquier motivo que sea justificado a juicio de la autoridad judicial.

Esta indeterminación que crea la amplitud del precepto tiene por objeto que no se limiten las causas de terminación de la sociedad conyugal a determinados casos que taxativamente señale la ley sino que deja un amplio arbitrio al juez para que decida si una causa es justificada para dar por terminada la sociedad conyugal. Esto crea una situación de cierta inseguridad jurídica, puesto que los cónyuges no están en posibilidad de saber qué va a considerar un juez como razón justa para dar por terminada la sociedad conyugal y por lo tanto no saben previamente a qué atenerse. De cualquier manera, los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, pueden pensar que determinada conducta que ellos realizan es perjudicial desde un punto de vista patrimonial para su consorte, y, por lo tanto, puede ser considerada por la autoridad judicial como causa suficiente para dar por terminada la sociedad conyugal.

Si la facultad tan amplia que se otorga a los jueces en el precepto que se comenta se ejerce en una forma prudente, puede ser de gran utilidad para ir acabando con un formalismo excesivo que lleva a situaciones muchas veces injustas, pues por falta de imaginación o prevención del legislador no se pueden sancionar conductas que están dañando a otro por no haber un precepto que prevea específicamente la situación de hecho.

Se otorga a los cónyuges la facultad de modificar las capitulaciones matrimoniales que establecen la sociedad conyugal en lo que respecta al cónyuge que administre, de una manera libre y sin que se exprese causa alguna. El precepto no es claro pues no nos dice que sea necesario obtener autorización judicial para convenir lo anterior, pero tampoco marca claramente una excepción al principio general que establece el artículo 174 del Código Civil, el cual limita la contratación de los cónyuges entre sí a la obtención de autorización judicial.

Se terminó con la excepción que contenía el artículo 216 del Código Civil, respecto a la retribución que podría cobrar un cónyuge al otro por encargarse temporalmente de la administración de sus bienes para que, por ningún motivo puedan cobrarse retribuciones ni honorarios entre sí. Lo anterior lo considero del todo adecuado, pues el matrimonio es una comunidad de vida que debe incluir necesariamente la colaboración de ambos cón-

yuges en todos aspectos, inclusive los económicos. No debe dar pauta la ley a que el matrimonio se asemeje en lo mínimo a un negocio mercantil en el que se remuneren los servicios que se puedan prestar los cónyuges entre sí, pues se atenta en contra de la naturaleza de la institución.

El sistema de las donaciones entre consortes es cambiado radicalmente, ya que, se eliminó la libertad absoluta que existía para revocar donaciones y también se suprimió la disposición de que estas donaciones sólo se confirman con la muerte del donante. El texto de la reforma señala que las donaciones pueden ser revocadas mientras subsista el matrimonio cuando exista causa justificada para la revocación, a juicio de la autoridad judicial.

Divorcio

Se reformó la causal de divorcio relativa al padecimiento de enajenación mental incurable para hacer desaparecer el requisito de que esta enfermedad se haya padecido durante dos años y ahora se requiere la declaración previa de interdicción respecto del cónyuge que padezca la enfermedad.

No era sencillo probar en qué fecha comenzó a padecerse una enfermedad de este tipo, por lo que considero atinada la reforma, pues la declaración de interdicción se prueba con gran facilidad ya que bastan las constancias expedidas por la autoridad judicial que la haya decretado.

Considero que cuando un cónyuge se enferma requiere más que nunca de la ayuda y comprensión de su consorte. Es verdaderamente inhumano que una persona se desligue de su cónyuge por causa de enfermedad, pues el matrimonio no debe concretarse únicamente para convivir y compartir los momentos agradables y fáciles de la vida.

La causal relativa al incumplimiento de obligaciones alimentarias se reformó para que no sea requisito que se agoten los procedimientos tendientes a exigir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

Se creó una nueva causal de divorcio consistente en la separación de los cónyuges por más de dos años sin importar el motivo de la separación. Ambos cónyuges tienen derecho a invocar la causal.

Con esta reforma se acaba con el principio que anteriormente regía en el sentido de que el cónyuge inocente, esto es, aquel que no ha dado causa al divorcio, podía elegir entre demandar la disolución del vínculo matrimonial o prescindir de sus derechos y continuar unido en matrimonio.

Esta nueva causal da nacimiento a lo que pudiera llamarse el divorcio unilateral. Hasta ahora se había requerido, para la disolución del vínculo conyugal, que hubiera una causal de divorcio y que el cónyuge que no dio lugar a ella, es decir el cónyuge inocente, demandara el divorcio o que ambos cónyuges convinieran en divorciarse. De esta manera, si un cónyuge no incurría en causal alguna de divorcio y tampoco deseaba divorciarse, podía continuar casado indefinidamente.

Esto era congruente con el principio de que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, que establece el artículo 1797 del Código Civil. Este principio se aplica al matrimonio, tanto si se considera a éste como un contrato o como un acto jurídico de naturaleza distinta, pues el artículo 1859 del mismo código hace aplicables las disposiciones legales sobre contratos a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a su naturaleza o a disposiciones legales especiales.

Como la separación de los cónyuges es un hecho que puede ocurrir por voluntad de cualquiera de ellos, y pasados dos años, cualquiera de los consortes puede invocar la causal para disolver el vínculo matrimonial, es muy sencillo para uno solo separarse y una vez pasados dos años, demandar el divorcio sin contar para nada con la voluntad del otro cónyuge y sin que éste haya dado causa alguna.

Se acaba por lo tanto con la firmeza del vínculo conyugal con la creación de esta nueva causal, y se atenta gravemente contra la célula fundamental de la sociedad que es la familia.

La causal de divorcio que se contiene en el artículo 268 del Código Civil se amplió expresamente a los casos de desistimiento de la demanda o de la acción sin consentimiento del demandado.

El comentario que cabe hacer aquí es que el desistimiento de la demanda siempre requiere el consentimiento del demandado, cuando se hace después del emplazamiento a juicio.

El hecho de que el actor desista de una demanda de divorcio antes de que su cónyuge sea emplazado a juicio, no debe considerarse como causal de divorcio, pues realmente no hubo relación jurídica procesal con su cónyuge en ese juicio de divorcio.

Respecto al divorcio por mutuo consentimiento o divorcio voluntario, la reforma señala la obligación de pagar alimentos de un cónyuge al otro.

Cuando la mujer no tenga ingresos suficientes, tendrá derecho a recibir alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. El varón tendrá el mismo derecho, con el requisito adicional de que se encuentre imposibilitado para trabajar.

Los alimentos en los casos mencionados deben pagarse por un lapso igual al de la duración del matrimonio.

Se considera por la ley que cuando por el divorcio se ocasionen daños y perjuicios al cónyuge inocente, éste tendrá derecho a ser indemnizado por el culpable, a quien se considera como autor de un hecho ilícito.

Respecto a lo anterior, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

La obligación de pagar alimentos existirá cuando el divorciante que debe recibirlos no tenga ingresos suficientes. La reforma no indica que tampoco deberá tener bienes. Por lo que puede darse el caso de que alguien pretenda que se le paguen alimentos por no tener ingresos suficientes y que tenga bienes cuantiosos que no produzcan ingresos.

La obligación de pagar alimentos subsistirá durante un lapso igual al de la duración del matrimonio mientras el acreedor alimentario no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. La reforma cambia la fórmula que antes tuvo nuestra legislación civil y que consistía no en no unirse en concubinato sino en "vivir honestamente", expresión de origen romano que nuestra legislación había heredado.

Atendiendo a la literalidad de la ley, si una persona disfruta de una pensión alimentaria y se une en unión adulterina, debería seguir disfrutando de la pensión, pues el concubinato presupone que ambos concubinos estén libres de matrimonio. La anterior interpretación es absurda pero es literal. La reforma debió mencionar además de el no unirse en concubinato, el vivir honestamente. Es claro que en el pasado podía alegarse que el concubinato no era deshonesto, pues la misma ley le ha reconocido efectos desde hace muchos años, y debe ser por esa razón que la reforma incluyó como causa de terminación de la obligación alimentaria el unirse en concubinato, pero no debió de excluirse el requisito de vivir honestamente.

La reforma hace una clara diferencia entre los derechos otorgados a la mujer y los que otorga al varón en esta materia. Debemos recordar que hombre y mujer fueron igualados ante la ley en materia de alimentos y en muchas otras materias a finales de 1974. Estas reformas no sólo incluyeron al Código Civil y otras leyes federales, sino que se reformó el artículo cuarto de la Constitución para incluir como garantía individual la igualdad del hombre y la mujer ante la ley. Por lo tanto, las diferencias que se hacen entre hombre y mujer en materia de alimentos son abiertamente inconstitucionales, por contravenir el artículo cuarto de la Constitución.

El pago de daños y perjuicios al cónyuge inocente, es una novedad y me parece acertado que se establezca expresamente en el código.

La condena a pagar alimentos en los casos de divorcio necesario, se deja ahora al arbitrio judicial y se suprime como forzosa. En estos casos el juez, para condenar a pagar alimentos al cónyuge culpable, debe tomar en cuenta las circunstancias de cada caso.

Se aclara que la firma de una solicitud de divorcio voluntario y los actos procesales posteriores, no se consideran como perdón tácito del cónyuge inocente al culpable. Esto no es sino reconocer una situación que se da en la práctica con gran frecuencia y que consiste en que durante el desarrollo de un litigio de divorcio necesario e incluso antes de él pero con la existencia de alguna causal, los cónyuges convienen en un divorcio por mutuo consentimiento, lo cual no tiene por qué implicar perdón alguno.

Se cambió la fórmula de que, en cualquier estado del juicio antes de la sentencia que ponga fin al litigio, podía el cónyuge inocente prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él, por la de que pueda otorgar a su consorte el perdón respectivo.

La custodia de menores de siete años, en los casos de divorcio necesario, se otorga a la madre, salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. Esta reforma también va en contra de la garantía individual de igualdad de hombre y mujer ante la ley, a pesar de que el fondo de la disposición sea adecuado.

Se terminó con la condena forzosa a la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable, según la clasificación que el código hacía de las causales para estos efectos y se otorga la más amplia libertad al órgano jurisdiccional para que resuelva todo lo relativo respecto a la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad y a la custodia de los hijos menores.

Alimentos

La reforma otorga derechos a alimentos a los concubinos en los mismos términos que los cónyuges.

Se prevé en la reforma el efecto de la inflación en las pensiones alimentarias, para que se incrementen en la misma proporción que el salario mínimo, o por lo menos en la proporción que aumenten los ingresos del deudor alimentario. Se incluye en la reforma la obligación de que en la sentencia o el convenio que fijen la pensión, se expresen las prevenciones relativas al aumento de la propia pensión.

Las formas de garantizar los alimentos se amplían para dar facultades al juez para aceptar cualquier medio de garantía que a su juicio sea suficiente. Lo anterior me parece acertado pues abre la puerta al fideicomiso como medio de garantizar este tipo de obligaciones, y a cualquier otro figura que pueda servir para este fin.

Patrimonio de familia

Para pedir la constitución del mismo por vía judicial ya no es necesario invocar ni demostrar la causa de la petición. Lo anterior es totalmente adecuado. Lo que hay que lamentar es que la constitución del patrimonio de familia no sea una práctica habitual en nuestro medio, y por eso es plausible esta reforma, ya que da facilidades para llevar a la práctica esta institución.

Sucesión de los concubinos

La ley reconoce con derecho a heredar al concubinario. En las reformas de 1974, se otorgaron derechos al concubinario en materia de testamentos inoficiosos, pero se le olvidó al legislador que buscaba la igualdad de los sexos ante la ley, que en materia de intestados se le otorgaban derechos a la concubina, pero no al concubinario.

El derecho a heredar entre sí de los concubinos se igualó al de los cónyuges. De esta manera se sigue adelante con la tendencia manifiesta de nuestras leyes de igualar el concubinato con el matrimonio a base de debilitar éste y de fortalecer aquél. No es por lo tanto, sorprendente la reforma en este sentido.

Procedimientos familiares

Se realizaron reformas para adecuar el Código de Procedimientos Civiles a las reformas hechas al Código Civil en materia de custodia de menores como medida provisional en los casos de divorcio necesario.

Para los casos de confesión de demanda o conformidad del actor con la contestación, se requerirá, en juicios de divorcio, la ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos. Esta disposición no es novedad,

sino que establece legalmente un requisito que los jueces de lo familiar ya exigían en muchos casos, con el fin de evitar simulaciones en esta clase de juicios.

Se crea la suplencia de la deficiencia de la queja en todos los asuntos del orden familiar, al obligar a los órganos jurisdiccionales a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. La institución de la suplencia de la deficiencia de la queja ha ido invadiendo cada vez más nuestras leyes procesales, con lo cual nos alejamos más y más de los formalismos que heredamos del derecho romano y que en muchos casos son excelentes para lograr resultados injustos. En cuestiones tan importantes como el derecho familiar, me parece que es apropiada la adopción de esta figura.

En los transitorios del decreto se dice que entrará en vigor a los noventa días de su publicación.

HISTORIA DEL DERECHO

DOS PUBLICACIONES PERIODICAS DE INTERES PARA LOS ESTUDIOSOS DEL FEDERALISMO EN MEXICO

JESÚS YHMOFF CABRERA

El presente trabajo no tiene mayor ambición que la de informar que la Biblioteca y la Hemeroteca Nacionales de México, conservan sendos ejemplares de dos publicaciones periódicas contemporáneas de la Consitución de 1824, a saber, el *Semanario Político y Literario de Méjico* y el *Federalista* respectivamente, cuyo contenido seguramente es de interés para quienes se esfuerzan por valorar al grado de conocimiento que, sobre la forma federal de gobierno, tuvo el Congreso Constituyente de 1823-24 —instalado, por cierto, en el edificio que fuera iglesia del Colegio Máximo de San Pedro y San Pablo, ocupado a partir de 1944 hasta la fecha, por la Hemeroteca Nacional.[1]

Entre los estudiosos de esta cuestión es conocida la aseveración de Zavala, de que:

> El mes de octubre de 1823 se instaló solemnemente el nuevo congreso, precisamente un año después de la disolución violenta hecha por Iturbide de la asamblea anterior. Los diputados de los nuevos Estados vinieron llenos de entusiasmo por el sistema federal y su manual era la Constitución de los Estados Unidos del Norte, de la que corría una mala traducción impresa en Puebla de los Angeles, que servía de texto y de modelo a los nuevos legisladores. (El subrayado es nuestro.)[2]

En base a estas palabras de un contemporáneo y actor de los hechos, se pudiera pensar en dos cosas: que la única información sobre el sistema federal, que tuvieron los constituyentes de 1823-24, fue la citada traducción poblana de la Constitución norteamericana; y que ésta fue la única de que pudieron valerse a la hora de formar la Constitución mexicana de 1824.[3]

[1] Rafael Carrasco Puente, *La Hemeroteca Nacional de México, historia, reglamentos e iconografía* (México, Imprenta Universitaria, 1949), p. 11.

[2] Lorenzo de Zavala, *Ensayo histórico de las revoluciones de México, desde 1808 hasta 1830* (2 v. México, Manuel N. de la Vega, 1845) v. 1, p. 196.

[3] Luis Islas García, para informar sobre cómo fue elaborada la Constitución de 1824, cita a Zavala en las palabras que acabamos de transcribir. Véanse sus *Apuntes para el estudio del*

Sin embargo, lo primero lo desmiente por sí sola la publicación periódica *El Federalista*, cuyos números salieron a la circulación en los días próximos a la instalación del Contituyente de 1823-24; el primero es del 24 de junio de 1823, y el número 32, que parece haber sido el último, por la razón que después se dará, es del 14 de octubre del mismo año. Que los Constituyentes hayan conocido esta publicación periódica, nos lo permite suponer, en primer lugar, la consideración de que, siendo los editores comerciantes, seguramente los de *El Federalista* buscaron con su publicación obtener lucro, para lo cual nada parece más acertado que ofrecer su mercancía a quienes estuvieran interesados por adquirirla, como eran, a no dudarlo, los Constituyentes; y en segundo lugar, el hecho de la amplia circulación que se le dio a esta publicación, pues se recibían suscripciones en Valladolid, Querétaro, San Luis Potosí, Zacatecas, Guadalajara, Puebla, Orizaba, Oaxaca, Veracruz y México.[4]

Por otra parte las semejanzas existentes entre varios de los artículos de la Constitución de Apatzingán de 1814 con otros tantos de la Constitución norteamericana de 1787, la de Massachusetts de 1780 y la de Pennsylvania de 1790, señaladas por Ernesto de la Torre, permiten afirmar con este autor que ya desde hacía mucho tiempo antes de 1824 era conocido el federalismo en México.[5] Este conocimiento se debió a la circulación en el medio insurgente de escritos difusores de las ideas federalistas, como las obras de Thomas Paine; éstas, extractadas y traducidas por el venezolano Manuel García de Sena, fueron publicadas en Filadelfia, en la imprenta de T. y J. Palmer en 1811, justamente con la traducción de los siguientes documentos norteamericanos: Declaración de independencia, Artículos de Confederación y Unión Perpetua, Constitución de los Estados Unidos, Constitución de Massachusetts, Constitución de New Jersey, Constitución de la República de Pennsylvania y Constitución de Virginia, más una relación de la Constitución de Connecticut. En Filadelfia también, la imprenta de H.C. Carey

caciquismo en México (México, Edit. Jus, 1962) pp. 48-49 y p. 52, donde dice: "Queda de manifiesto que no se pensó en una Constitución mexicana, sino que el espejismo de la constitución norteamericana, que conocían en una mala traducción, fue el Pentateuco de nuestros primeros constitucionalistas". Enrique Olavarría y Ferrari expresa que "Zavala por espíritu de mordacidad y Alamán como enemigo de la federación, opinaron que los constituyentes de 1824 para formar su ley fundamental no hicieron más que una mala copia de la Constitución francesa y de la de los Estados Unidos." Véase su "México independiente. 1821-1855" en Vicente Riva Palacio, *México a través de los siglos* (5 v. México, Ballescá [s. a.] v. 4, p. 115.

[4] La nota que va al principio del número 2 de *El Federalista* dice: "Reciben suscripción a este periódico, en Valladolid D. Isidro García Carrasqueda, en Querétaro D. Pedro Llaca, en San Luis Potosí D. Tomás del Hoyo, en Zacatecas D. Marcos Esparza, en Guadalajara D. Francisco Venancio del Valle, en Puebla D. Sebastián Pérez Cornejo, en Orizaba el Lic. D. Rafael Argüelles, en Oajaca D . José Lucas Almogovar, en Veracruz en la librería de Esteva y en México en la de D. Mariano Galván, en donde se hallarán de venta números sueltos al precio de un real".

[5] Ernesto de la Torre Villar, "El constitucionalismo mexicano y su origen" en *Estudios sobre el decreto constitucional de Apatzingán* (México, U.N.A.M. Coordinación de Humanidades, 1964) p. 198. Más adelante, en la p. 200, nos habla de las obras de Thomas Paine traducidas al castellano por Manuel García de Sena y Felipe Puglia, y publicadas en Filadelfia.

publicó en 1822 *El derecho del hombre para uso y provecho del género humano*, obra del mismo Thomas Paine, traducida al castellano por Felipe Puglia, en la cual éste hacía una glosa de los principios constitucionales norteamericanos.

Otra fuente de información al respecto pudo haber sido la *Gaceta de Caracas*, en la cual el irlandés William Burke, avecindado en Venezuela, estuvo publicando, entre el 23 de noviembre de 1810 y el 20 de marzo de 1812, una serie de artículos bajo el título genérico de *Derechos de América del Sur y de México*, con la finalidad de excitar a los habitantes de estos países a luchar por su independencia política y establecer, una vez lograda ésta, un gobierno representativo y federal, conforme al modelo norteamericano.[6]

La posibilidad de que venimos hablando no tiene nada de extraño, si tenemos en cuenta que los norteamericanos tuvieron el deliberado propósito de difundir sus ideas políticas en América Latina, aprovechando para ello toda clase de ocasiones. Así tenemos que, después de haber fracasado diversos intentos de don Miguel Hidalgo de ponerse en contacto con el gobierno de los Estados Unidos, para pedirle ayuda, cuando logró finalmente hablar con Monroe el Comisionado para ello, don José Bernardo Gutiérrez de Lara, aquél le ofreció apoyar a las provincias mexicanas y le dio a entender que a su gobierno le agradaría que México adoptase la Constitución norteamericana.[7]

Más tarde, Esteban Austin, que había venido a la ciudad de México con la finalidad de solicitar la confirmación de la merced otorgada a su padre de colonizar Texas, y la nacionalidad mexicana, después de haber propuesto varios proyectos a los legisladores para que formaran parte de las leyes fundamentales de México, a la caída de Iturbide, en camino hacia Monterrey, se entrevistó con el Padre Miguel Ramos Arizpe, para someter a su consideración un Plan de Gobierno Federal, en el que condensó y adoptó la Constitución de los Estados Unidos del Norte. Este plan, escrito en inglés y traducido en mal castellano por Sebastián Mercado, contiene, desde luego, la forma federal de gobierno y desecha las disposiciones tomadas de la Constitución de Cádiz que, combinadas con los principios de la norteamericana, formaban parte del proyecto de constitución mexicana, que el mismo personaje había formulado el 20 de marzo de 1823. La similitud que Gaxiola encuentra entre las disposiciones de dicho Plan y el Proyecto del Acta Constitutiva presentada por la respectiva Comisión, presidida por Ramos Arizpe, y principalmente las anotaciones puestas por éste al margen del documento de Austin, lo hacen establecer que "una de las fuentes de inspiración de Don Miguel Ramos Arizpe fue el trabajo que le presentara Austin".[8]

[6] Ibídem, p. 207-211.

[7] Lucas Alamán, *Historia de Méjico desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente* (5 v. Méjico, J.M. Lara, 1849-1852) v. 3, p. 45 del Apéndice.

[8] Para toda esta cuestión de la actividad propagandista de las ideas federalistas realizadas por los norteamericanos en América Latina, véase F. Jorge Gaxiola, *La crisis del pensamiento político y otros ensayos* (México, Porrúa, 1956) p. 177 y ss.

Estos ejemplos de la actividad de los norteamericanos en la difusión de sus ideas políticas y lo demás, que arriba sentamos, echa por tierra la posibilidad de pensar en que la única fuente de información federalista con que contaron los Constituyentes de 1823-24 haya sido la mala traducción poblana.

Respecto a la otra cuestión, o sea, la de que la única Constitución norteamericana que conocieron los Constituyentes de 1823-24 haya sido la traducción impresa en Puebla, cabe pensar en la posibilidad de que dicha constitución hubiera sido conocida en México mediante alguna otra traducción, como la ya citada de Manuel García de Sena, o directamente en las ediciones en inglés, que circularon en toda América a fines del siglo XVIII y principios del XIX;[9] sabido es que los buques yanquis, llamados bostonianos, desde 1810 repartían en las costas latinoamericanas que tocaban con o sin licencia de España, papeles que daban información sobre la organización político-jurídica de los Estados Unidos.[10]

Entre las traducciones al español de la Constitución norteamericana, probablemente diferentes a la de Puebla, estén quizá la que, conforme al aviso puesto al final del número 8 de *El Federalista*, correspondiente al 8 de agosto de 1823, se vendía acompañada con dos discursos de Jorge Washington, en el Portal de Agustinos en la Librería de Galván, al precio de cuatro reales; y la insertada en el número 5, correspondiente al 19 de diciembre de 1821, en el *Semanario Político y Literario*. A propósito hemos dicho que estas traducciones son probablemente diferentes a la traducción poblana, pues no conociendo ésta ni la anunciada por *El Federalista*, no podemos negar que se trate de una sola traducción publicada por diferentes editores.

Tras de estas breves consideraciones sobre el conocimiento que pudieron haber tenido los Constituyentes de 1823-24 sobre el federalismo y la Constitución norteamericana, pasamos a hablar sobre lo que constituye el tema central de este artículo, al principio anunciado. Hablaremos primero de *El Federalista*, no obstante el hecho de que cronológicamente es porterior al *Semanario Político y Literario*, con el objeto de que la transcripción de la Constitución norteamericana que publicó éste, aparezca al final, a manera de apéndice, y sin desligarse de las consideraciones que hagamos al respecto.

El ejemplar de la publicación periódica intitulada *El Federalista* —este título sugiere la posibilidad de que en México fuera conocida su homónima norteamericana de Hamilton, Madison y Jay—, que conserva la Hemeroteca Nacional de México, comprende los números 1 a 32, correspondientes al martes 24 de junio de 1823 y al martes 14 de octubre del mismo año respectivamente, y fue impreso en México en la Imprenta de Alejandro Valdés, a cargo de Martín Rivera. Parece que con el número 32 dejó de publicarse, pues al final de éste se lee:

[9] Torre Villar, op. cit. p. 199.
[10] Gaxiola, op. cit. p. 136.

> AVISO DE LOS EDITORES. No habiendo hasta ahora podido costearse la impresión de este periódico, y no habiendo arbitrio para continuar haciendo los desembolsos que exige, se suspende su publicación por el término de un mes, y si en este intermedio ocurriere el número de suscritores que se necesita para cubrir los gastos de imprenta, se continuará. La suscripción queda abierta y a cargo de los sujetos que hasta aquí han tenido la bondad de recibirla, tanto en esta capital como en la provincia.

Sobre la amplitud de su circulación ya hablamos arriba, en la nota 4. De su finalidad nos hablan los editores en el prospecto, diciéndonos que ésta es la de:

> Examinar las diversas opiniones de los que aprueban o condenan la federación, y pesar en la balanza de una crítica juiciosa las razones en que se apoyan ambos partidos, para venir en conocimiento de las ventajas o daños que resultarían con la adopción de dicho sistema.

Más adelante, después de confesar que, conforme a su lema *Foederis aequas dicamus leges*, son partidarios de la Federación, añaden que la finalidad práctica de su periódico es inclinar la opinión pública a favor de la forma federal de gobierno:

> Cuando la nación mexicana se ocupa en celebrar el gran acto que debe afianzar a sus individuos el goce de una constitución benéfica y sabia: cuando la opinión empieza a pronunciarse por una forma de gobierno federal; y cuando el Congreso Soberano lleva algunos días de haber tomado en consideración este grande negocio.

Los artículos mediante los cuales pretendieron cumplir con lo ofrecido en el prospecto fueron éstos:

1. Reflexiones sobre el origen y naturaleza de los gobiernos federados. En el número 1.
2. Ventajas del gobierno federal. En el número 2 y 3.
3. Inconvenientes del gobierno federal. En el número 4.
4. Artículo comunicado. Observaciones de un diputado de Guadalajara sobre la disertación del Dr. Joaquín Infante contra la Federación. En los número 5 y 6.
5. Examen de una cuestión importante [sobre la autoridad competente para establecer las bases en que debe apoyarse el sistema de la república federal]. En el número 8.
6. Artículo comunicado [del Dr. Joaquín Infante, en que contesta a las *Observaciones* del diputado de Guadalajara, publicadas en los números 5 y 6]. En los números 9 y 10.
7. Breves observaciones de los editores sobre el artículo comunicado por el Dr. Infante. En los números 11 y 12.

8. Discurso sobre el Gobierno Representativo. En los números 13, 14 y 15.

9. Ensayo histórico sobre los gobiernos federados. En los números 16, 19, 21-32.

En seguida presentamos, de estos artículos, lo que nos parecía ser más conducente para informar a los lectores, acerca de las ideas federalistas contenidas en esta publicación.

Respecto al origen y naturaleza de los gobiernos federados, se nos dice en el primero de los artículos citados, que dos son las causas que dan origen a las confederaciones. La primera, que es la más frecuente, la constituye "la necesidad de oponer a una fuerza superior una resistencia capaz de contenerla o aniquilarla"; tal es el caso en que los pueblos débiles se unen entre sí para defenderse de la agresión de un pueblo superior, como cuando los pueblos de Grecia se unieron para rechazar a los persas. La segunda la constituye "el interés recíproco que los pueblos han hallado en conservar ciertas relaciones más estrechas que las de una simple alianza"; esto sucede cuando un número determinado de pueblos decide depositar en una autoridad central ciertos derechos y facultades, con el fin de mantener entre sí "aquel equilibrio tan necesario en los estados para que ninguno pueda sobreponerse a otro, y expeditar el curso de todos los negocios que dicen relación al bien general"; tal es el caso de Estados Unidos de América.

Es característica de la primera forma la transitoriedad, pues, una vez que cesan los motivos que precisaron su formación, desaparece, ya no tiene caso. En cambio, la característica de la segunda es su estabilidad; su disolución causaría muchos daños y trastornos y "Sólo en el caso de ser mayores los [daños y trastornos] que experimentase [la confederación] continuando en ese estado de unión indivisible, o adquirir positivas ventajas con la variación de tal estado, podría aflojar los lazos que la estrechaban".

La razón de la diversidad de las características de ambas clases de confederación está en las causas que las propician: una simple alianza para repelar una agresión no debe durar más que hasta que ésta haya quedado imposibilitada; si lo que motiva la federación son, además, la unidad de religión, leyes, costumbres, idioma, etc., no se puede disolver fácilmente sin exponerse a muchos daños y peligros.

Después, refiriéndose sólo a la federación, se nos dice que hay dos causas principales de la institución de los gobiernos federados:

> O pueblos dispersos halagados con las ventajas de la unión, y no pudiendo de otro modo proveer a su seguridad, se han convenido en formar un estado o cuerpo en quien residiese la suma del poder que antes estaba dividido, con reserva de ciertas facultades, de que no han tenido a bien desprenderse; o pueblos íntimamente unidos, queriendo extender la esfera de los goces sociales, que les pareció hallarse limitada, acordaron disminuir los resortes de la unión, dividiéndose en gobiernos parciales, dependientes sólo de uno general en lo concerniente a los grandes intereses nacionales. . . [decidieron] modificar el pacto preexistente, sustituyendo en su lugar otro que puede concebirse en estos o semejantes términos: "Cada miembro de los que hasta aquí han formado un solo cuerpo político, reasume los poderes que había confiado a una sola autoridad, la cual en lo sucesivo no podrá ejercerlos sino en aquellos asuntos que digan relación al bienestar general de la nación, reservándose cada cual el derecho de delegarlos como crea más conveniente en los negocios que miren a su peculiar interés y felicidad, y de modo que ninguno de los otros sea perjudicado; en cuyo caso, y en cualquiera otra diferencia, que pueda suscitarse, quedan sujetos al juicio de la nación representada en aquella autoridad".

El artículo termina diciendo que el pacto federal abraza dos puntos sustanciales: el derecho que cada miembro se reserva para promover su bien particular, y el derecho que ceden a "la representación de todo el cuerpo" para el bien común, el cual es la medida de la extensión de las facultades de los miembros y de la unidad nacional. El medio adecuado para lograr esto se resuelve en dos reglas:

> Primera: dar a un congreso o cuerpo nacional tanta suma de poder cuanta sea necesaria para promover el bien y conservar la unidad de la nación. Segunda: conceder a los miembros o congresos provinciales cuantas facultades necesiten para promover el peculiar de sus individuos, sin dañar a la unidad nacional.

Del artículo *Ventajas del Gobierno Federal* sólo queremos señalar dos de éstas, a saber, la de ser la forma de gobierno más adecuada para las necesidades de un territorio muy vasto, y la de que obstaculiza que los ambiciosos usurpen el poder. Sobre la primera se nos dice:

> La extensión del territorio hace que el gobierno no tenga toda la energía suficiente. . . Habrá por consiguiente en las provincias necesidades que no podrá atender prontamente el gobierno [central]. . . Estas necesidades serán mayores a proporción de la distancia en que se hallan los pueblos; y no puede desconocerse que la que separa a las provincias internas sería un obstáculo en cualquier gobierno que no fuese el federal para que alcanzasen todos los bienes que disfruta el resto de nuestra sociedad.

Sobre la segunda ventaja, o sea, la de impedir que los ambiciosos usurpen el poder, dice el articulista:

> Pero la gran ventaja del sistema federal, el bien inapreciable que nos proporcionará, consiste en esa dificultad, que ya reconoció Montesquieu, de que ningún ambicioso puede usurpar el poder supremo. La razón que asigna es concluyente: "el que quiera usurpar, con dificultad estaría igualmente acreditado en todos los estados confederados".

En el artículo *Inconvenientes del Gobierno Federal* se indican tres: el primero es la dispersión de las fuerzas, pues según Destutt de Tracy, "Un estado gana en fuerzas juntándose a otros; pero aún ganaría más, formando con ellos un estado solo; y pierde subdividiéndose en muchas partes, aunque queden estrechamente unidas". El segundo inconveniente es la desigualdad de los estados; si en los Estados Unidos difícilmente los estados serán iguales entre sí en extensión y poder, en México la desigualdad es superior, pues "hay desigualdad en población, desigualdad de terreno, desigualdad de riqueza", y por lo tanto:

> Todo parece que conspira a destruir aquel justo equilibrio que debe poner freno a la ambición. Una nueva división del territorio es impracticable en las circunstancias, y aun cuando no lo fuera, es muy difícil prever que no había de contentar a las provincias.

Finalmente, el tercer inconveniente lo constituye el patriotismo local, porque fácilmente se convierte en espíritu de insubordinación.[11]

Del artículo intitulado *Observaciones de un diputado de Guadalajara sobre la disertación del Dr. Infante contra la Federación*, vale la pena transcribir las siguientes palabras sobre la naturaleza de la federación:

> Mi amigo se equivoca cuando cree que en este país no hay ideas exactas del sistema federal. Los federalistas mexicanos saben muy bien que el sistema de gobierno a que aspiran es un cuerpo nacional compuesto de varios estados, provincias o secciones dotadas de un gobierno particular, bajo la forma republicana; un gobierno general compuesto de tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, para el régimen de la unión, o confederación de los estados en cuerpo de nación. . .
> El Sr. Infante. . . confunde la confederación que aspiran las provincias mexicanas. . . con las confederaciones, alianzas, coaliciones o ligas de diferentes monarquías o repúblicas, para defender una causa común, oponiendo una masa imponente de cualquiera agresión contra las potencias coaligadas. Pero no se trata de una materia que viene a ser propiamente del orden diplomático, y entra en la esfera del derecho de gentes: trátase simplemente de la confederación política de varias secciones homogéneas de una misma nación, que celosas de su libertad, fomento y conservación, retienen la dirección exclusiva de una parte de sus derechos políticos, entre tanto que concurren con la otra parte a la mutua administración de toda la asociación.

[11] Islas García, *op. cit*, pone entre las causas del caciquismo en México, al sistema federal. Cfr. p. 42; en la p. 56 dice: "pero sí se puede afirmar que los principios de ese Estatuto [la Constitución de 1824] y su dinámica, así como propiciaron la generación de los caciques, dieron una oportunidad excelente a aquellos que, movidos por otros intereses, ocuparon la provincia de Texas".

En el artículo *Examen de una cuestión importante* se establece muy claramente la tesis de que el federalismo mexicano no debe ser una imitación servil del federalismo norteamericano, pues siendo diferentes las circunstancias de ambos Estados, es natural que el federalismo mexicano deba tener matices especiales. Oigamos al articulista:

> Aquellos [los Estados Unidos] eran otras tantas asociaciones particulares, que se congregaron para formar una sola: nosotros hemos compuesto hasta ahora una sociedad, que va a subdividirse en otras sociedades parciales: aquellos iban a celebrar su pacto de unión: entre nosotros existe y ha existido hace mucho tiempo este pacto: sin vínculos que de antemano ligaran a aquéllos, estaban en libertad de ser o no miembros del futuro cuerpo político: nosotros estrechados con los lazos de la más íntima unión, no podemos, disolverlos ni aflojarlos, sin que preceda la voluntad de toda la nación: aquéllos pudieron poner ciertas condiciones para adscribirse al número de los miembros federados: entre nosotros no hay un individuo o asociación que legítimamente pueda resistir las condiciones con que a la nación entera plazca alterar o modificar el pacto existente.

Los artículos que arriba señalamos con los números 6 y 7 abundan en las ideas ya expuestas. El señalado con el número 8, no se refiere a la forma federal de gobierno, sino, como su título lo indica, a la representación, abundando en las ideas que expone al final, en este resumen:

> Haciendo una breve recapitulación de lo dicho en este discurso, se ve que un pueblo no puede ser representado si la asamblea encargada de concurrir a la formación de las leyes no tiene los mismos intereses que él: se ve además que esta identidad de intereses no puede existir si los ciudadanos no tienen la facultad de elegir sus diputados de todas las clases que ejercen alguna influencia en la sociedad y que pueden perturbar el orden: si la asamblea no es bastante numerosa para conocer los intereses de la nación entera y estar al abrigo de la corrupción ministerial: si a más de las calidades prescritas para ser diputados no concurre también la de hallarse éstos en la edad en que su carácter conserva todavía el vigor competente: si el cuerpo legislativo no usa libremente de la iniciativa de las leyes; si sus discusiones no tienen la publicidad necesaria para que pueda saberse si los proyectos de ley son o no conformes a la opinión pública: y en fin, si ésta carece del único órgano regular por donde puede transmitirse, a saber, la imprenta libre.

Finalmente, el artículo señalado con el número 9, o sea, el intitulado *Ensayo histórico sobre los gobiernos federados*, después de referirse someramente a las confederaciones de la antigüedad, ofrece:

> Tratar primero de la confederación germánica, en segundo lugar de la helvética o reunión de los veinte y dos cantones suizos, después de las

provincias unidas de Holanda, aunque el gobierno de esta república ha pasado a ser monárquico, y en fin, de los Estados Unidos de América, en el cual nos detendremos un poco más, por exigirlo así la excelencia de su constitución, que ha dejado muy atrás a todas las antiguas y modernas.

Nuestro ejemplar de *El Federalista* termina con el número 32, el cual, como ya dijimos arriba, probablemente fue el último número que alcanzó. Lo lamentable, para la cuestión que nos interesa, es que en los números 16-32, que abarca el artículo últimamente citado, no se llegó a hablar sobre los Estados Unidos, sino que sólo se trató de la confederación germánica, la helvética y sobre las provincias unidas de Holanda.

Pasamos ahora a hablar sobre el *Semanario Político y Literario de Méjico*, del cual la Biblioteca Nacional posee cuatro tomos. El primero, impreso "En la Imprenta de D. Mariano de Zúñiga y Ontiveros, Calle del Espíritu Santo", abarca del número 1, del miércoles 12 de julio de 1820, al 16, del sábado 8 de octubre del mismo año. El segundo, impreso "En la imprenta de don Alejandro Valdés, Calle de Santo Domingo", abarca del número 17, del miércoles 8 de noviembre de 1820, al número 32, del miércoles 21 de febrero de 1821. El tomo tercero, impreso en la misma imprenta que el segundo, comprende el número 33, del miércoles 28 de febrero de 1821, al número 48, del miércoles 7 de noviembre de 1821. Y el tomo cuarto, que interrumpe la numeración ascendente de los números anteriores, pues los que abarca los señala con los números 1-16, fue impreso en "México: imprenta de Celestino de la Torre"; su primer número es del miércoles 21 de noviembre, y el último, del 6 de marzo de 1822.

Sobre su contenido nos informa su título, y sobre su formato y otras características, su propecto:

> Dicho *Semanario* se compondrá de tres pliegos de buena letra y papel, que como indica su título se repartirá una vez a la semana. Cada cuatro meses se formará un tomo en cuarto de 400 páginas, y entonces se darán *gratis* la carátula, el índice y la lista de los subscriptores.[12]

De estos tomos el que por ahora nos interesa es el número IV, por "los documentos interesantes relativos a la primera revolución emprendida en el continente americano", que proporciona y que son los siguientes:

1. Declaración hecha por los representantes de Estados Unidos del Norte de América, exponiendo las causas y la necesidad de tomar las armas. Julio 6 de 1775. En el número 2, p. 25.
2. Los Oneidas manifiestan su neutralidad en las disensiones de las colonias Anglo-Americanas con su metrópoli. En el número 3, p. 68.
3. Declaración de Independencia. En el número 4, p. 73.

[12] *Prospecto de una obra periódica que se intitulará Semanario Político y Literario.* [México, Mariano de Zúñiga y Ontiveros, 1829] h. 1v-2r.

4. Artículos de unión perpetua entre las provincias de New Hampshire, Massachusetts-Bay, Rhode Island, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, estados de Kent y Sussex sobre el río Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina y South Carolina y Georgia. En el número 4, p. 78.
5. Constitución de los Estados Unidos de América, por una convención que se inició en sesión de 25 de mayo y terminó en 17 de septiembre de 1787. En el número 5, p. 111.
6. Artículos adicionales a la Constitución de los Estados Unidos de América, propuestos por el Congreso, y aprobados por las legislaturas de los diversos Estados, con arreglo al artículo quinto de la Constitución original. En el número 5, p. 127.
7. Arenga de Jorge Washington. Primer presidente de los Estados Unidos. En el número 6, p. 129.
8. Despedida del presidente Washington al retirarse de la pública administración. En el número 7, p. 153.
9. Arenga de Tomás Jefferson. Marzo 4 de 1801. Números 7 y 8, pp. 168-170 y 177-182 respectivamente.

Solamente hablaremos de los documentos señalados con los números 4, 5 y 6, de los cuales reproduciremos únicamente la Constitución norteamericana.

Del señalado con el número 4, o sea, *Artículos de unión perpetua*, no podemos menos que indicar su rareza, pues difícilmente se encuentra, no ya digamos reproducido sino ni siquiera citado en las obras que informan sobre las actividades del Segundo Congreso Continental, que sesionó del 10 de mayo de 1775 al 12 de diciembre de 1776 en Filadelfia. Desde luego que no se trata, como sin mayor consideración pudiera pensarse, de los *Artículos de Confederación y Unión Perpetua*, aprobados por el Congreso en noviembre de 1777, que alcanzaron su ratificación por todos los Estados el 1 de marzo de 1781. A esta conclusión negativa se llega al observar que en su encabezamiento no se habla de Artículos de Confederación y Unión perpetua, sino sólo de Artículos de "unión perpetua" (es curioso que ahí mismo no se diga "Estado de Delaware" sino "Estado de Kent y Sussex sobre el río Delaware". Actualmente Kent y Sussex junto con New Castle son los tres condados que integran el Estado de Delaware), y principalmente después de leer su articulado, la parte final y su fecha: "Resuelto y firmado en el Congreso de Filadelfia a 4 de octubre de 1776".

En efecto, al leer el articulado encontramos que mientras el artículo 1 de los *Artículos de Confederación y Unión Perpetua dice:* The style of this Confederacy shall be "The United States of America", el respectivo del documento en cuestión reza: Las trece provincias arriba dichas se unen entre sí bajo el título de Estados Unidos de América. Y si continuamos la comparación entre el articulado de ambos documentos, se imposibilita establecer su identidad; lo único que se puede establecer es una similitud de su contenido, con más o menos variantes, lo cual se puede apreciar confrontando

entre sí, por ejemplo, los artículos 3, 7, 8, 9 y 16 de aquel documento con los artículos 2, 8, 9, 14 y 16 del que reproduce el *Semanario*.

En fin, la parte final de este documento dice:

> Los artículos antecedentes se propondrán a los cuerpos legislativos de todos los Estados Unidos para su examen; y si son aprobados por ellos, se les pide autoricen a sus diputados para que los ratifiquen en la asamblea general; después de lo cual todos los artículos que constituyen la presente confederación serán observados inviolablemente por todos y cada uno de los estados y su unión quedará establecida para siempre.

Con todos estos datos, cabe pensar en que este documento no es otro sino el proyecto de Artículos de Confederación y Unión perpetua, que el 12 de julio de 1776 presentó al Congreso la Comisión encargada de ello y que fuera redactado por John Dickinson,[13] mas no en su forma original sino en alguna de las refundiciones de que fue objeto a consecuencia de las acaloradas y enojosas discusiones del Congreso, habidas en las sesiones celebradas entre el 22 de julio de 1776 y diciembre del mismo año en Filadelfia.[14]

Pero el más interesante de los documentos norteamericanos proporcionados por el *Semanario* es la Constitución. Al respecto se nos ocurre plantearnos la cuestión de si los editores del *Semanario* harían su propia traducción de la Constitución norteamericana, o si se valdrían de la hecha en Puebla, de que nos habla Zavala, o de alguna extranjera, como la de García de Sena.[15]

Sin negar la posibilidad de que el *Semanario* haya echado mano de alguna traducción extranjera, debemos asentar que ciertamente no fue ésta la de García de Sena, como se deduce comparándola con la del *Semanario*, lo cual es de lamentarse, pues es mejor la de aquél que la de éste. Permítasenos, de paso, indicar aquí algunas fallas de la traducción de García de Sena; tradujo *quórum* por tribunal (I, 5, 1 y II, 1, 3),[16] *to adjourn* por prorrogar (I, 5, 1 y 4), *adjournment* por prorrogación (I, 7, 2 y 3), *to do business* por transar negocios (I, 5, 1).

Fallas de mayor trascendencia son las que se pueden apreciar al comparar el original inglés con la traducción de García de Sena, como las que el

[13] Samuel Eliot Morison y Henry Steele Commager, *Historia de los Estados Unidos de Norteamérica* (3 v. México, Fondo de Cultura Económica, 1951) v. 1, p. 252.

[14] Carlier, Auguste, *La République Americaine. Etats-Unis* (4 v. Paris, Guillaumin, 1890) v. 1, p. 522.

[15] Los editores del *Semanario* seguramente contaban con traductores del inglés al español, pues en el respectivo prospecto ofrecen proporcionar "Noticias críticas de las obras nuevas en latín, francés, español, inglés e italiano, publicadas tanto aquí como en Europa, que podamos conseguir, con extractos y traducciones de las mismas, si fuere menester para mayor ilustración de la materia".

[16] En esta clase de citas de la Constitución norteamericana, el número romano significa el artículo, el arábigo siguiente, la sección del artículo, y el arábigo último, el inciso de la sección.

lector puede notar mediante la transcripción parcial, que de uno y otro, a manera de ejemplos, proporcionamos en seguida:[17]

Art. II, Sec. 2, 2. . . . but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments.	Art. II, Sec. 2, 2. . . . Pero el Congreso puede por ley dar al Presidente solamente el poder de nombrar aquellos Oficiales inferiores que juzgare a propósito en las Cortes de ley, o en las cabezas de los departamentos.
Art. IV, Sec. 3, 2. . . . and nothing in this Constitution shall be so construed as to prejudice any claims of the United States, or of any particular State.	Art. IV, Sec. 3, 2. . . . y nada en esta Constitución se hará que perjudique alguna pretensión de los Estados Unidos o de algún otro Estado particular.
Art. IV, Sec. 4. The United States shall guarantee to every state in this Union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened), against domestic violence.	Art. IV, Sec. 4. Los Estados Unidos asegurarán a cada Estado en esta Unión una forma republicana de Gobierno, y protegerán a cada uno de ellos contra las invasiones, y contra las violencias domésticas emanadas de la Legislatura o del Poder Ejecutivo (cuando la Legislatura no pueda estar convenida con él).

Dejamos aquí esta digresión, que no tuvo otra finalidad que la de hacer patentes algunos errores de García de Sena al traducir la Constitución norteamericana, y pasamos a considerar la otra hipótesis, o sea, la de que el *Semanario* nos haya proporcionado la mala traducción impresa en Puebla. Como arriba dijimos, al no conocer ningún ejemplar de dicha traducción, no podemos establecer ninguna conclusión definitiva y solamente, con fundamento en el hecho de que la traducción del *Semanario* también es mala, podemos pensar en que es muy probable que se trate de la misma traducción.

Un somero cotejo entre la traducción del *Semanario* y el original inglés de la Constitución norteamericana permite encontrar en aquélla supresiones y añadiduras de palabras y aún de frases, ignorancia de la correspondien-

[17] El original inglés que se utiliza en este trabajo es el que trae William Bennet Munro, como apéndice a su *The Constitution of the United States; a brief and general commentary* (New York, The Macmillan Company, c1930); y la traducción de García de Sena es la que acompaña a la obra de Thomas Paine, *La independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*, tr. Manuel García de Sena, pról. Pedro Grases (Caracas, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1949).

cia de los términos ingleses con los castellanos y, en ocasiones, tanta libertad en la traducción que verdaderamente se traiciona el sentido del original. En apoyo especialmente de lo último que acabamos de decir, transcribimos en seguida algunas de aquellas partes del original inglés pertinentes, seguidas de la correspondiente mala traducción castellana del *Semanario*.

Art. I, Sec. 5, 1. Each House shall be the judge of the elections, returns, and qualifications of its own members, and a majority of each shall constitute a quorum to do business; but a smaller number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the attendance of absent members, in such manner, and under such penalties, as each House may provide.

Art. I, Sec. 5, 1. Cada Sala será el juez de las elecciones y habilidad de sus miembros; y la mayoría absoluta será necesaria para entender en los negocios: un pequeño número puede faltar alternativamente, y la Sala está siempre autorizada para llamar a los miembros ausentes en aquellos términos, y bajo aquellas penas que pudiere imponer.

Art. I, Sec. 6, 1. The Senators and Representatives shall receive a compensation for their services, to be ascertained by law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall, in all cases, except treason, felony, and breach of the peace, be privileged from arrest during their attendance at the session of their respective Houses, and in going to, and returning from; and for any speech or debate in either House, they shall not be questioned in any other place.

Art. I, Sec. 6, 1. Los senadores y representantes recibirán dietas por sus servicios, cuya cuota será determinada por las leyes y pagada por la tesorería de los Estados-Unidos. En cualesquiera delitos esceptuando el de traición, felonía y violación de la paz, tendrán durante sus servicios en la sesión de su respectiva sala el privilegio de ser castigados con arresto que se levantará para ir y volver de la misma; y a nadie se podrá reconvenir en ninguna parte, y en ningún tiempo por opinión sostenida en discusión o debate de una u otra sala.

Art. I, Sec. 7, 2. . . . If any bill shall not be returned by the President within ten days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the same shall be a law, in like manner as if he had signed it, unless the Congress, by their adjournment, prevent its return, in which case it shall not be a law.

Art. I. Sec. 7, 2. . . . Pero si algún bill no se devolviere por el presidente dentro de diez días (escepto el domingo) después de haber sido presentado a él, dicho bill será una ley, de la misma manera que si la hubiere firmado; a menos que el congreso señale el tiempo en que debe devolverle, pues en este caso no será ley aunque pasen los diez días.

En el inciso siguiente tampoco se supo traducir *adjournment*, pues tradujo *except on a question of adjournment* por "escepto en caso de división".

Art. I, Sec. 8. The Congress shall have power:
5. To coin money, regulate the value thereof, and of foreign coin, and fix the standard of weights and measures.
7. To establish post offices and post roads.
15. To provide for calling forth the militia to execute the laws of the Union, suppress insurrections, and repel invasions.

Art. I, Sec. 8. El Congreso tiene facultad [para]:
5. Sellar mondeda: regular su valor y el del sello estrangero, y fijar el blasón y el modelo de los pesos y medidas.
7. Establecer postas de oficio y postas de camino.
15. Procurar la reunión de la milicia, ejecutar las leyes de la Unión, reprimir las insurrecciones y repeler las invasiones.

Art. I, Sec. 9, 1. The migration or importation of such person, as any of the states, now existing, shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the year one thousand eight hundred and eight; but a tax or duty may be imposed on such importaion, not exceeding ten dollars for each person.

Art. I, Sec. 9, 1 No podrá prohibirse por el Congreso antes del año de mil ochocientos y ocho, la emigración de las personas actualmente asistentes en cualquiera de los Estados; pero podrá imponerse un derecho por la esportación de sus caudales no ascendiendo de diez pesos por cada persona.

Art. II, Sec. 1, 3. The Electors shall meet in their respective states, and vote by ballot for two persons, of whom one, at least, shall not be an inhabitant of the same state with themselves. And they shall make a list of all the persons voted for, and of the number of votes for each; which list they shall sign and certify, and transmit, sealed, to the seat of the Goverment of the United States, directed to the President of the Senate. The President of the senate shall, in the presence of the Senate and House of Representatives open all the certificates, and the votes shall then be counted. The person having the greatest number of votes shall be the President, if such

Art. II, Sec. 1, 4. Los Electores se reunirán en sus respectivos Estados y votarán dos personas de las cuales una a lo menos no será habitante del Estado en que se haga la elección. Formada la lista de todas las personas votadas, espresando el número de votos que ha sacado cada una de ellas, la certificarán, firmarán y transmitirán sellada al gobierno de los Estados Unidos, rotulándola al presidente del senado; este en presencia del mismo senado, y sala de representantes, abrirá todos los certificados y acto continuo contará los votos. La persona que reuniere el mayor número de votos será el presidente; si el número fuere mayor al total de los

number be a majority of the whole number of Electors appointed; and if there be more than one, who have such majority, and have an equal number of votes, then the House of Representatives shall immediately choose, by ballot, one of them for President; and if no person have a majority, then, from the five highest on the list, the said House shall, in like manner, choose the President, But in choosing the President, the votes shall be taken by states, the representation from each state having one vote; a quorum for this purpose shall consist of a member or members from two-thirds of the states, and a majority of all the states shall be necessary to a choice. In every case, after the choice of the President, the person having the greatest number of votes of the Electors shall be the Vice-President. But if there should remain two or more who have equal votes, the Senate shall choose from them, by ballot, the Vice-President.

electores nombrados, y hubiere más de uno que tubiere (sic) dicha mayoría e igual número de votos, entonces la sala de representantes inmediatamente elegirá por suerte uno de ellos para presidente; si ninguna persona tuviere absoluta mayoría, entonces de las cinco octavas partes de la lista elegirá dicha sala al presidente por suerte; y en este caso los votos se tomarán de los Estados, teniendo la representación de cada uno de ellos un solo voto: para que esta elección sea válida, es necesaria una absoluta mayoría, la cual consistirá en la uniformidad de las dos terceras partes de votos de los Estados.
5. En cualquier caso después de elegido el presidente, la persona que reuniere el mayor número de votos de los electores será el vicepresidente: este en caso de igualdad, será elegido por suerte en la sala del senado.

Art. II, Sec. 1, 5. No person, except a natural-born citizen, or a citizen of the United States at the time of the adoption of this Constitution, shall be eligibile to the office of President; neither shall any person be eligibile to that office, who shall not have attained to the age of thirty-five years, and been fourteen years a resident wthin the United States.

Art. II, Sec. 1, 7. El presidente deberá ser natural, nacido ciudadano o no ciudadano de los Estados-Unidos: deberá tener a más de esto la edad de treinta y cinco años, y haber sido catorce residente en los Estados Unidos.

Del art. II, Sec. 2, 1, entre otros errores, no se tradujo la última parte que dice: but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as the think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments.

Art. II, Sec. 2, 3. The President shall have power to sill [up] all vacancies that may happen during the recess of the Senate, by granting commissions which shall expire at the end of their next session.

Art. II, Sec. 2, 3. El Presidente tiene poder para llenar todas las vacantes que puedan acontecer mientras el Senado cesare en el ejercicio de sus funciones, podrá igualmente dar comisiones que espirarán luego que el senado tenga su primera sesión.

Art. IV, Sec. 2, 2. A person charged in any state with treason, felony, or other crime, who shall flee from justice, and be found in another state, shall, on demand of the executive authority of the state from which he fled, be delivered up, to be removed to the state having jurisdiction of the crime.

Art. IV, Sec. 2, 2. Si una persona acusada en algún Estado de traición, felonías, o otro crimen se huyere de la justicia y se pasare a otro Estado, no se libertará de la autoridad ejecutiva de aquel Estado de donde se profugó, cuya jurisdicción queda espedita para castigar el crimen cometido.

Art. IV, Sec. 3, 2. The Congress shall power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to prejudice any claims of the United States, or of any particular state.

Art. IV, Sec. 3, 3. El Congreso tiene poder para dictar todas las providencias y regulaciones necesarias a la asignación de límites de los diversos estados, respetando siempre los territorios y otras propiedades pertenecientes a los Estados Unidos; y se procurará que las providencias dictadas con este fin, estén tan bien reguladas que se eviten los reclamos de los Estados Unidos y de cualquiera Estado en particular.

Art.IV, Sec. 4, 1. The United States shall guarantee to every state in this Union a republican form of government, and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened), against domestic violence.

Art. IV, Sec. 4. La Confederación de los Estados Unidos asegurará a cada Estado en particular una forma republicana de gobierno; protegerá a cada uno de ellos contra las invasiones esternas y violencias domésticas contrarias a la legislatura y gobierno ejecutivo que cada Estado establezca.

Del artículo V no se tradujo la frase: "or, on application of the legislatures of two-thirds of the several states", ni la siguiente: "as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress".

Art. VI, 2. This Constitution, and the laws the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.

Art. VI, 2. Esta Constitución, las leyes que se hicieren en conformidad con ella, y los tratados celebrados por los Estados Unidos serán la Suprema ley en todo el territorio de la Unión; sin embargo, los jueces de cada Estado deberán arreglarse para el desempeño de sus funciones, no sólo a la Suprema ley, sino a las particulares de cada Estado.

A continuación de la Constitución norteamericana, trae el *Semanario*, bajo el encabezamiento de *Artículos adicionales a la Constitución de los Estados-Unidos de América, propuestos por el Congreso, y aprobados por las legislaturas de los diversos Estados, con arreglo al artículo quinto de la Constitución original*, 11 artículos, de los cuales, el primero se refiere al número de representantes que debe haber por número de habitantes, el segundo, a la época en que deberán empezar a aplicarse las leyes que modifiquen las dietas de los Senadores y Representantes, y los otros 9 corresponden a las enmiendas que aparecen ordinariamente bajo los números 1-8 y 10 del *Bill of Rights*. Es de notarse que también en la traducción de estas enmiendas hay fallas, entre otras, la de no traducir íntegramente algunos artículos, específicamente los señalados con los números 6, 7 y 8, correspondientes a los que, en la presentación ordinaria del *Bill of Rights*, aparecen bajo los números 4, 5 y 6.

Estos once artículos van precedidos de un Decreto del Congreso del 4 de marzo de 1789, que determina someterlos a la consideración de las Legislaturas de los Estados, "como reformas a la Constitución general", para su ratificación.

He aquí, finalmente, la versión de la *Constitución de los Estados Unidos* y de las *Enmiendas* citadas, en la forma como las *trae el Semanario Político y Literario de Méjico*.

Constitución de los Estados-Unidos de América, formada por una convención que se inició en sesión de 25 *de mayo y terminó en* 17 *de septiembre de* 1787.

Nos el pueblo de los Estados-Unidos, en órden á formar una unión la mas perfecta; establecer justicia, asegurar la tranquilidad publica y doméstica, proveer á la comun defensa, promover el bien general y asegurar los derechos y prerrogativas de la libertad para nosotros mismos y nuestra posteridad, ordenamos y establecemos la Constitución de los Estados-Unidos de América de la manera siguiente.

ARTICULO 1º

Seccion primera

Todo el poder legislativo concedido por esta Constitucion, residirá en el Congreso de los Estados-Unidos, el cual constará de un senado y una sala de representantes.

Seccion segunda

1. La sala de representantes constará de miembros elegidos cada dos años por el pueblo de cada Estado, y los electores de cada uno de ellos tendrán las cualidades necesarias para desempeñar las funciones de elector del Estado á que pertenecen.

2. Ninguna persona podrá ser representante sin que haya cumplido la edad de veinte y cinco años, sido siete años ciudadano de los Estados-Unidos y habitante al tiempo de su elección de aquel Estado en el cual fuere electo.

3. Los representantes guardarán la misma proporcion entre los diversos Estados, que puedan ser incluidos en esta union, con arreglo á su número respectivo, el cual será determinado por el número total de personas libres, incluyendo aquellos que están obligados á servir por un término de años, escluyendo los indios que no pagan impuestos y las tres quintas partes de cualesquiera otras personas. Dicha enumeracion se hará dentro de tres años contados desde la instalacion del primer Congreso de los Estados Unidos; y dentro de cada término subsecuente de diez años en los términos prescritos por las leyes. El número de representantes no escederá de uno por cada treinta mil personas; pero cada Estado tendrá á lo menos un representante; y mientras se hace dicha enumeración el Estado de New-Hamphsire será autorizado para elegir tres; Massachusetts ocho; Rhode Island y Providence-Plantación uno; Connecticut cinco; New York seis; New Jersey cuatro; Pennsylvania ocho; Delaware uno; Mariland seis; Virginia diez; North-Carolina cinco; South-Carolina cinco y Georgia tres.

4. Cuando aconteciere vacante en la representacion de algun Estado, la autoridad ejecutiva de él publicará un decreto de eleccion para llenar tal vacante.

5. La sala de representantes elegirá su secretario y otros oficiales, y tendrá solamente el poder de acusacion, en puntos judiciales relativos á la conducta de los funcionarios públicos.

Seccion tercera

1. El senado de los Estados-Unidos, se compondrá de dos senadores de cada Estado, elegidos por la legislatura de él para el tiempo de seis años; y cada senador tendrá un solo voto.

2. Los senadores inmediatamente se juntarán en consecuencia de su eleccion, y se dividirán en tres clases por iguales partes. Los asientos de los

senadores de la primera clase vacarán al final del segundo año, los de la segunda clase al final del cuarto, y los de la tercera al fin del sesto: de tal manera que una clase pueda ser elegida cada dos años para reemplazar á la que salga. Si aconteciere vacante por renuncia, ú otra cualquiera causa, mientras cesare la legislatura de algun Estado en el ejercicio de sus funciones, en este caso el poder ejecutivo de él puede nombrar un senador interinamente hasta la junta inmediata de la legislatura, que nombrará el propietario.

3. Para ser senador se necesita haber cumplido la edad de treinta años, haber sido nueve años ciudadano de los Estados-Unidos y ser habitante al tiempo de su eleccion del Estado por el cual sea elegido.

4. El vice-presidente de los Estados-Unidos, será presidente del senado; pero no tendrá voto sino cuando los miembros de este cuerpo esten igualmente divididos.

5. El senado elegirá sus oficiales y tambien un presidente interino en ausencia del vice presidente ó cuando él ejerciere el oficio de presidente de los Estados-Unidos.

6. El senado en puntos judiciales tendrá solamente facultad para procesar á los funcionarios públicos acusados por delito de estado: cuando se sentare para este intento prestará juramento. Cuando el presidente de los Estados-Unidos es procesado presidirá el gefe de justicia; y ninguna persona será convencida en juicio sin la concurrencia de las dos terceras partes de los miembros presentes.

7. El juicio en causas de acusacion no se extenderá mas que á remover al acusado de su cargo, y á declararlo incapaz de ejercer y obtener algun empleo de honor, de confianza ó provecho bajo de los Estados-Unidos; pero la parte convencida quedará no obstante sujeta á acusacion, proceso, juicio y castigo conforme á la ley.

Seccion cuarta

1. Serán prescritos en cada Estado por la legislatura de él, los tiempos, lugares y términos de hacer las elecciones de senadores y representantes, pero el Congreso puede en algun tiempo alterar dichas regulaciones substituyéndolas otras nuevas, escepto en cuanto á los lugares para elegir senadores.

2. El Congreso se juntará á lo menos una vez en el año, y dicha junta será el primer lunes del mes de diciembre á menos que por la ley se determine otro diferente día.

Seccion quinta

1. Cada Sala será el juez de las elecciones y habilidad de sus miembros; y la mayoría absoluta será necesaria para entender en los negocios: un pequeño número puede faltar alternativamente, y la Sala esta siempre autorizada para llamar á los miembros ausentes en aquellos términos, y bajo aquellas penas que pudiere imponer.

2. Cada Sala puede determinar las reglas de sus procedimientos, castigar sus miembros por desórden de conducta y espeler un miembro concurriendo las dos terceras partes de los votos.

3. Cada Sala tendrá un diario de sus procedimientos, y de tiempo en tiempo lo publicará ella misma, esceptuando aquellos puntos que á su juicio deban quedar en secreto; el sí y el no de los miembros de una y otra sala sobre cualquiera cuestion, se asentarán en el diario, si así lo esigiere una quinta parte de los miembros presentes.

4. Ninguna Sala durante la sesion del Congreso dejará de reunirse por mas de tres dias sin consentimiento de la otra, ni podrá trasladarse á otro lugar que aquel en que las dos salas deben tener sus sesiones.

Seccion sesta

1. Los senadores y representantes recibirán dietas por sus servicios, cuya cuota será determinada por las leyes y pagada por la tesorería de los Estados-Unidos. En cualesquiera delitos esceptuando el de traicion, felonía y violación de paz, tendrán durante sus servicios en la sesion de su respectiva sala el privilegio de ser castigados con un arresto que se levantará para ir y volver de la misma; y á nadie se podrá reconvenir en ninguna parte, y en ningun tiempo por opinion sostenida en discusion ó debate de una ú otra sala.

2. Tomar dinero prestado á crédito de los Estados-Unidos.
electo, será nombrado para ejercer algun oficio civil bajo la autoridad de los Estados-Unidos, el cual se haya creado ó sus rentas se hayan aumentado en tiempo de su eleccion; y ninguna persona ejerciendo algun oficio de los Estados-Unidos podrá ser miembro de alguna de las dos salas mientras permanezca en este empleo.

Seccion septima

1. Todo bill para imponer contribuciones deberá tener su principio en la sala de representantes; pero el senado concurrirá con sus reparos como en otro cualquier bill.

2. Todo bill que haya sido aprobado por la sala de representantes y la del senado, se pasará al presidente de los Estados-Unidos antes de hacerse ley. Si el lo aprueba lo firmará, pero si no lo devolverá con sus objeciones á la sala donde hubiere tenido principio; esta las estampará en su diario y despues procederá á esaminarlas; si despues de este esamen las dos terceras partes acordaren pasar el bill, se enviará todo lo actuado á la otra sala por la cual se esaminará igualmente; y si se aprobare por las dos terceras partes de esta sala será publicado como ley. En semejantes casos los votos de ambas salas serán espresados por *si* y *no;* y los nombres de las personas que votaron

en favor y en contra del bill se apuntarán en los diarios de las respectivas salas. Pero si algun bill no se devolviere por el presidente dentro de diez dias (escepto el domingo) despues de haber sido presentado á él, dicho bill será una ley, de la misma manera que si la hubiere firmado; á menos que el Congreso señale el tiempo en que deba devolverle, pues en este caso no será ley aunque pasen los diez dias.

3. Toda órden, resolución ó voto para el cual la concurrencia del senado y sala de representantes pueda ser necesaria, escepto en caso de division, se presentará al presidente de los Estados-Unidos; y antes que tenga efecto será aprobado por el, y en caso de desaprobacion será esaminado de nuevo en ambas salas y si fuere aprobado por las dos terceras partes de los vocales de ambas salas se pondrá en ejecucion conforme á las reglas y límites prescritos en el caso del bill.

Seccion octava

El Congreso tiene facultad:

1. Para imponer tasas, derechos, impuestos y sisas: pagar las deudas, proveer á la defensa y bien general de los Estados-Unidos; pero todos los derechos, impuestos y sisas serán uniformes en todos los Estados.
2. Tomar dinero prestado á crédito de los Estados-Unidos.
3. Regular el comercio con las naciones estrangeras, con los indios y entre los diversos Estados.
4. Establecer una regla uniforme de naturalizacion, y sistemar las leyes sobre el asunto de bancarrota de los Estados-Unidos.
5. Sellar moneda: regular su valor y el del sello estrangero, y fijar el blason y el modelo de los pesos y medidas.
6. Señalar el castigo á los contraventores de las seguridades y sello establecido en los Estados-Unidos.
7. Establecer postas de oficio y postas de camino.
8. Promover los progresos de las ciencias y artes útiles, asegurando por tiempo limitado á los autores ó inventores el derecho esclusivo á sus respectivos escritos y descubrimientos.
9. Instalar tribunales inferiores á la suprema corte.
10. Esaminar y castigar piraterias, felonias cometidas en alta mar y ofensas contra la ley de las naciones.
11. Declarar la guerra: dar patentes de corso y represalias: hacer reglas concernientes á capturaciones en tierra ó mar.
12. Levantar y sostener ejércitos; pero ninguna aplicacion de caudales para este uso será por mas tiempo que el de dos años.
13. Proveer y mantener la armada.
14. Fijar reglas para el gobierno y regulacion de las fuerzas de mar y tierra.
15. Procurar la reunion de la milicia, ejecutar las leyes de la unión, reprimir las insurrecciones y repeler las invasiones.

16. Organizar, armar y disciplinar la milicia nacional de los Estados que deba ser empleada en servicio de la union: reservando á cada uno de ellos el nombramiento respectivo de oficiales, y la facultad de instruir la milicia conforme á la disciplina prescrita por el Congreso.
17. Ejercer una legislación esclusiva en todos los casos cualesquiera que sean sobre aquel distrito, que sin esceder de diez millas cuadradas puede por cesion de Estados particulares y aceptacion del Congreso venir á ser el asiento del gobierno de los Estados-Unidos.
18. Ejercer la misma autoridad sobre todos aquellos lugares que pueden comprarse á los Estados particulares con aprobacion de su legislatura, para la ereccion de fuertes, almacenes, arsenales y otros edificios necesarios.
19. Ultimamente puede dictar todas las leyes que sean necesarias y propias para desempeñar las facultades precedentes, y todas las otras concedidas en esta Constitucion el gobierno de los Estados-Unidos ó á algun departamento de el.

Seccion novena

1. No podrá prohibirse por el Congreso antes del año de mil ochocientos y ocho, la emigracion de las personas actualmente asistentes en cualquiera de los Estados; pero podrá imponerse un derecho por la esportacion de sus caudales no escediendo de diez pesos por cada persona.
2. El privilegio de la ley *habeas corpus* no se suspenderá sino en casos de rebelion ó invasion por esigirlo así la salud pública.
3. Ningun bill de proscripcion, o *ex post facto lex* se pasarà.
4. No podrá imponer ninguna capitacion ú otra tasa directa sino en proporcion á los censos, ó empadronamientos anteriormente formado en cumplimiento de lo mandado por esta Constitucion.
5. No podrá imponerse tasa ninguna sobre artículos esportados de cualquier Estado. Ninguna preferencia se dará por cualquier regulacion de comercio ó renta, á los puertos de un Estado sobre los de otro: ni los barcos destinados de un Estado á otro podrán sufrir registros ó pagar derechos en el puerto á que arribaren.
6. No se sacará ninguna cantidad de la tesorería sino para cubrir los gastos prescritos por la ley, quedando una relacion esacta en la entrada y salida de las rentas del Estado, la que se publicará de tiempo en tiempo.
7. No se podrá conceder por los Estados Unidos ningun título de nobleza, y ninguna persona ejerciendo oficio de provecho ó confianza bajo su autoridad, aceptará sin consentimiento del Congreso ningun presente, emolumento, oficio ó título de cualquier género que sea, de ningun Rey, Príncipe o Estado estrangero.

Seccion decima

1. Ningun Estado entrará en tratado, alianza ó confederacion, dará patentes de corso o represalias, sellará moneda, librará letras de cambio,

ofrecerá cosa alguna en pago de deudas á menos que no sea oro ó plata sellada, ni pagará algun bill de prescripcion, ó ley alterando las obligaciones de contratos, o concediendo algún título de nobleza.

2. Ningun Estado sin consentimiento del Congreso impondrá contribuciones ó derechos sobre importaciones ó esportaciones, sino aquellos derechos que puedan ser absolutamente necesarios para que tengan efecto sus leyes de inspeccion; pero la renta que produjeren todos los derechos é impuestos de algun Estado, sobre importacion ó esportacion, será para el uso de la tesorería de los Estados-Unidos; quedando semejantes leyes sujetas á la revision y esámen del Congreso.

3. Ningun Estado establecerá sin consentimiento del Congreso derecho alguno sobre tonelaje, ni tendrá tropas ni navios de guerra en tiempo de paz; tampoco entrará en transaccion ó contrato alguno con otro Estado ó con potencia estrangera, ni se empeñará en guerra sino en caso de actual invasion, ó en tan iminente peligro que no admita dilaciones.

ARTICULO 2o.

Seccion primera

1. El poder ejecutivo se espedirá únicamente por el presidente de los Estados Unidos de América. Este ejercerá su oficio por el tiempo de cuatro años, y junto con el vice-presidente, que durará el mismo tiempo, será electo de la manera siguiente.

2. Cada Estado nombrará, en los términos que su legislatura determine, un número de electores igual al número de sus senadores y representantes, debiendo estar plenamente autorizado para el efecto por el Congreso general.

3. Ningun senador, representante ó persona que ejerza algun oficio de confianza ó provecho bajo los Estados-Unidos, será nombrado elector.

4. Los electores se reunirán en sus respectivos Estados y votarán dos personas de las cuales una á lo menos no será habitante del Estado en que se haga la elección. Formada la lista de todas las personas votadas, espresando el número de votos que ha sacado cada una de ellas, la certificarán, firmarán y transmitirán sellada al gobierno de los Estados Unidos, rotulandola al presidente del senado; este en presencia del mismo senado, y sala de representantes, abrirá todos los certificados y acto continuo contará los votos. La persona que reuniere el mayor número de votos será el presidente; si el número fuere mayor al total de los electores nombrados, y hubiere mas de uno que tubiere (sic) dicha mayoria é igual número de votos, entonces la sala de representantes inmediatamente elegirá por suerte uno de ellos para presidente; si ninguna persona tuviere absoluta mayoria, entonces (sic) de las cinco octavas partes de la lista elegirá dicha sala al presidente por suerte; y en este caso los votos se tomarán de los Estados, teniendo la representación de cada uno de ellos un solo voto: para que esta eleccion sea válida, es necesaria una absoluta mayoria, la cual consistirá en la uniformidad de las dos terceras partes de votos de los Estados.

5. En cualquier caso despues de elegido el presidente, la persona que reuniere el mayor número de votos de los electores será el vice-presidente: este en caso de igualdad, será elegido por suerte en la sala del senado.

6. El Congreso debe determinar el tiempo para elegir electores y el dia en que estos deben dar sus votos, el cual será uno mismo en todos los Estados-Unidos.

7. El presidente deberá ser natural, nacido ciudadano ó no ciudadano de los Estados-Unidos: deberá tener á mas de esto la edad de treinta y cinco años, y haber sido catorce residente en los Estados-Unidos.

8. En caso de remocion de oficio, muerte, resignacion ò inhabilidad del presidente recaerán sus poderes y derechos en el vice-presidente; y si éste se hallare comprendido en los casos anteriores, debe el Congreso declarar que oficial espedirá entonces el poder ejecutivo, y este actuará hasta la nueva eleccion de presidente, si no diere motivo para ser removido.

9. El presidente recibirá en recompensa de sus servicios una cantidad determinada, la cual no se aumentará ni disminuirá durante el tiempor por el cual hubiere sido electo; pero no podrá recibir mientras permanezca en este cargo ningun otro emolumento de los Estados-Unidos, ó de algunos de ellos en particular.

10. Antes de entrar en el ejercicio de sus funciones prestará juramento, ò afirmacion de la manera siguiente: *Yo solemnemente juro, ó afirmo que ejerceré fielmente el oficio de presidente de los Estados-Unidos; y protejeré y defenderé su Constitucion cuanto mejor pueda.*

Seccion segunda

1. El presidente será comandante en gefe de las armas, de mar y tierra de los Estados-Unidos y de la milicia de los diversos Estados, cuando esta estuviere en actual servicio de la union. El puede esigir le den por escrito su dictamen, los principales oficiales en cada uno de los departamentos ejecutivos sobre algun asunto relativo á los derechos de sus respectivos oficios: tendrá igualmente poder para reprender y perdonar por ofensas contra los Estados Unidos, escepto en caso de acusacion.

2. Puede con consejo y consentimiento del senado hacer tratados si las dos terceras partes de los senadores presentes los aprobaren: nombrará con consentimiento del senado, embajadores, cónsules y otros ministros públicos: jueces de la suprema corte y todos los otros oficiales de los Estados Unidos, cuyo nombramiento no esté prevenido de otro modo por la ley.

3. El presidente tiene poder para llenar todas las vacantes que puedan acontecer mientras el senado cesare en el ejercicio de sus funciones, podrá igualmente dar comisiones que espirarán luego que el senado tenga su primera sesion.

Seccion tercera

El presidente en tiempo determinado dará al Congreso un informe sobre el estado de la union; recomendando à su consideracion aquellas medidas que juzgue necesarias y convenientes para consolidarlas. El puede en ocasiones estraordinarias juntar ambas salas ó alguna de ellas, y en caso de disputa con respecto al tiempo de su disolución puede verificarla cuando la juzgare mas conveniente. El debe recibir los embajadores y otros pùblicos ministros de las naciones estrangeras. El tendrá cuidado de que las leyes se ejecuten fielmente y podrá dar comisiones á todos los oficiales de los Estados-Unidos.

Seccion cuarta

El presidente, vice-presidente y todos los oficiales de los Estados-Unidos, serán removidos de su oficio por acusacion y conviccion de cohecho, traicion ú otros grandes delitos.

ARTICULO 3º

Seccion primera

1. El poder judicial de los Estados Unidos se espedirá por una suprema corte y otras inferiores subordinadas á ella que el Congreso podrá establecer en lo sucesivo.

2. Los jueces de estas Córtes ejercerán su oficio mientras tengan buen porte, y en tiempos determinados recibirán en recompensa de sus servicios una cantidad que no podrá disminuirse mientras permanezcan en sus empleos.

Seccion segunda

1. El poder judicial aplicará á todos los casos particulares lo prevenido en esta Constitucion, en las leyes de los Estados-Unidos y tratados hechos ó que se hicieren bajo su autoridad.

2. Conocerà de todos los casos concernientes á embajadores, cónsules y otros públicos ministros; de todos los casos de almirantazgo y jurisdiccion marítima; de diferencias en las que los Estados-Unidos fueren parte; de diferencias entre dos ó mas Estados; entre un Estado y los ciudadanos de otro; entre los ciudadanos de diferentes Estados; entre un Estado y los ciudadanos de él; entre ciudadanos de un mismo Estado por pretensiones de tierras concedidas por diferentes Estados; entre Estados estrangeros y ciudadanos ó súbditos de la república.

3. En todos los casos concernientes á embajadores, cónsules y otros públicos ministros y en aquellos en los cuales un Estado fuere parte, la suprema Corte conocerá en primera instancia. En los otros casos anteriormente referidos, la suprema Corte será un tribunal de apelacion, sujeto en todo á las escepciones y regulaciones que el Congreso estimare necesarias.

4. El proceso de todos los crimenes, menos aquellos en que intervenga acusacion, terminará por un jurado: tales procesos se formarán en aquel Estado, donde dichos crimenes hubieren sido cometidos; pero cuando estos no fueren cometidos dentro de ningun Estado, se formará el proceso en aquel lugar ó lugares que el Congreso determinare por ley.

Seccion tercera

1. Por traicion contra los Estados-Unidos, se entenderá solamente el hacer guerra contra ellos, adherirse á sus enemigos, darles ayuda ó ausilio.

2. Ninguna persona será convencida de traicion, á menos que no intervenga la afirmacion de dos testigos del acto ó confesion de la parte ante la corte de justicia.

3. El Congreso deberá señalar el castigo que debe imponerse al delito de traicion; pero ninguno castigado por semejante delito trasmitirá á sus descendientes infamia alguna, y en caso de confiscacion de bienes, esta tendrá efecto solamente durante la vida de la persona infamada.

ARTICULO 4º

Seccion primera

A todos los actos públicos, registros y procedimientos judiciales se dará entera fe y crédito en todos los Estados Unidos. El Congreso puede por leyes generales prescribir el modo de estenderlos para que sean válidos y produzcan el efecto competente.

Seccion segunda

1. Todos los ciudadanos de los Estados Unidos gozarán las mismas libertades sin diferencia alguna por razón á los diversos Estados á que pertenezcan.

2. Si una persona acusada en algun Estado de traicion, felonias, ó otro crimen se huyere de la justicia y se pasare á otro Estado, no se libertará de la autoridad ejecutiva de aquel de donde se profugó, cuya jurisdiccion queda espedita para castigar el crimen cometido.

3. Ninguna persona obligada à servir, ó trabajar en algun Estado por las leyes de él, podrá por medio de la fuga á otro Estado libertarse de aquel servicio ó trabajo en consecuencia de alguna ley que haya en este último, que será entregado á aquella parte á quien tal servicio ó trabajo se le deba si lo reclamare.

Seccion tercera

1. El Congreso puede admitir en esta union, nuevos Estados pero ningun nuevo Estado será formado ú eregido dentro de la jurisdiccion de algun otro.

2. Ningun Estado se formará por la union de dos ó mas Estados, ni por la union de diversas partes de distintos Estados, sin el consentimiento del Congreso y de las legislaturas particulares á que pertenezcan.

3. El Congreso tiene poder para dictar todas las providencias y regulaciones necesarias á la asignacion de límites de los diversos Estados, respetando siempre los territorios y otras propiedades pertenecientes á los Estados Unidos; y se procurará que las providencias dictadas con este fin, esten tan bien reguladas que se eviten los reclamos de los Estados Unidos y de cualquiera Estado en particular.

Seccion cuarta

La Confederacion de los Estados-Unidos asegurará á cada Estado en particular una forma republicana de gobierno; protegerá á cada uno de ellos contra las invasiones esternas y violencias domésticas contrarias á la legislatura y gobierno ejecutivo que cada Estado establezca.

ARTICULO 5º

Seccion unica

1. El Congreso podrá proponer reformas á esta Constitucion siempre que las dos terceras partes de ambas Salas lo juzguen necesario.

2. Podrá tambien convocar una convención de todos los Estados, para que esta proponga las reformas que se estimen necesarias, las que se darán por válidas y se tendrán como parte de esta Constitucion y si fueren ratificadas por las tres cuartas partes de las legislaturas de los diversos Estados, ó por una convencion compuesta de las tres cuartas partes de los mismos Estados; pero ninguna reforma que se haga antes del año de 1808 podrá alterar las cláusulas primera y cuarta, contenidas en la seccion nona del artículo primero: tampoco podrá privar á ningun Estado sin su consentimiento de nombrar para el Senado de la legislatura Suprema el número de Senadores establecido en esta Constitucion.

ARTICULO 6º

Seccion unica

1. Todas las deudas contraidas y contratos celebrados antes de la admision de esta Constitucion, serán tan válidos y obligatorios á los Estados-Unidos bajo esta Constitucion como bajo de la Confederacion.

2. Esta Constitucion, las leyes que se hicieren en conformidad de ella, y los tratados celebrados por los Estados-Unidos serán la Suprema ley en todo el territorio de la union: sin embargo, los jueces de cada Estado deberán arreglarse para el desempeño de sus funciones, no solo á la Suprema ley, sino á las particulares de cada Estado.

3. Los Senadores y Representantes, los miembros de las legislaturas particulares, los oficiales ejecutivos y judiciales de la union y de los diversos Estados estarán obligados por afirmacion ó juramento á sostener esta Constitución; pero no se podrá exigir como calificacion para ejercer algun oficio público de los Estados-Unidos ningun juramento religioso.

ARTICULO 7º

Seccion unica

1. Será suficiente para el establecimiento de esta Constitucion en los Estados-Unidos, la ratificacion de las convenciones de nueve Estados.

2. Hecha en convencion por unánime consentimiento de los Estados presentes el 17 de sétiembre del año de nuestro Señor de 1787, duodécimo de la independencia de los Estados-Unidos de América, en testimonio de lo cual hemos suscrito nuestros nombres. = *Jorge Washington*. Presidente y Diputado por Virginia. = *(Aqui todas las firmas de los Diputados.)* = *Guillermo Jachson*. Secretario.

Congreso de los Estados Unidos, reunido en la ciudad de Nueva York, Miércoles 4 de marzo de 1789

Las convenciones de los Estados deseando prevenir, al tiempo de adoptarse la Constitucion, el desorden y abuso de los poderes, que pueda haber en lo sucesivo, por la adición de claúsulas (sic) declaratorias ó restrictivas: con el fin de asegurar la confianza del público en el gobierno establecido para beneficio comun.

Decreto

Se ha determinado por el Senado y Sala de Representantes de los Estados-Unidos de América, juntos en Congreso general, y concurriendo las dos terceras partes de ambas salas, que los siguientes artículos se propusiesen á las legislaturas particulares de los diversos Estados como reformas á la Constitucion general; y que se tengan por válidos todos ó alguno de ellos cuando se ratifiquen por las tres cuartas partes de dichas legislaturas, pasando á ser artículos constitucionales.

Artículos adicionales á la Constitucion de los Estados-Unidos de América, propuestos por el Congreso, y aprobados por las legislaturas de los

diversos Estados, con arreglo al artículo quinto de la Constitucion original.

1. Despues de haberse hecho el primer censo con arreglo al primer artículo de la Constitucion habrá un representante por cada treinta mil personas, hasta que el número de representantes llegue á ciento; luego que esto se verifique la proporcion de representantes con la poblacion será regulada por el Congreso de tal suerte que no haya menos de cien representantes por cada cuarenta mil personas; cuando segun esta proporcion los representantes lleguen á doscientos, el Congreso cuidará que no haya menos de doscientos representantes; ni mas que un representante por cada cincuenta mil personas.

2. Ninguna ley que varie las dietas que deben recibir por sus servicios los Senadores y representantes tendrá efecto hasta nueva eleccion.

3. El Congreso no formará ley alguna para establecer ó prohibir el libre ejercicio de cualquiera Religion, ni pondrá límites á la libertad de discurrir, á la libertad de la prensa, ni al derecho que tienen los pueblos de juntarse pacificamente para presentar sus peticiones al gobierno á fin de que este remedie los daños que sufran.

4. Siendo necesaria á la seguridad del Estado libre una milicia bien organizada, no podrá violarse el derecho del pueblo en traer y llevar armas.

5. Ningun soldado en tiempo de paz será acuartelado en ninguna casa sin consentimiento de su dueño; ni en tiempo de guerra sino de la manera que se prescribiere por la ley.

6. El derecho del pueblo de tener su persona, casa papeles y efectos libres de indagaciones y sorpresas, no podrá ser violado; y ninguna órden se dará sobre esto, sino (sic) interviniere causa bastante sostenida por juramento ó afirmacion.

7. Nadie será obligado á responder en un crímen capital ó que infame, si no fuere por denuncia, ó acto de acusacion de un gran jurado. Nadie sufrirá por un delíto dos penas. Nadie será obligado á delatarse á si mismo; y nadie será privado de su vida, libertad ó bienes, sin un proceso regular, y formas prescritas por las leyes. Ninguna propiedad particular será tomada para los usos públicos sin una justa compensacion.

8. En todos los procesos criminales gozará el reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juri imparcial de ciudadanos del Estado ó distrito, en que el crímen se haya cometido; se le impondrá de la naturaleza de su causa; será careado con los testigos producidos contra él; podrá hacer que comparezcan testigos que depongan á su favor, y que asista un consejo á su defensa.

9. En los pleitos en que el valor de la controversia ascediere de veinte pesos se respetará el derecho de los particulares para ser juzgados por un jurado, y ninguna causa fenecida por un jurado, será segunda vez examinada por ninguna Córte de los Estados-Unidos; sino con arreglo á las leyes.

10. No se exigirán cauciones ni multas excesivas, ni menos se impondrán penas crueles y desusadas.

11. Los poderes no delegados á los Estados-Unidos, ni prohibidos por la Constitucion á los Estados particulares quedarán reservados á estos ó al pueblo para que use de ellos cuando le convenga = *Juan Adams*. Vice-Presidente. = *(Aqui todas las firmas de los Diputados.)* = *Samuel A. Otis*. Secretario.

BIBLIOGRAFIA

ALAMÁN, LUCAS. *Historia de Méjico desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente.* Méjico, J.M. Lara, 1849-1852. 5 v.

BURKE WILLIAM. *Derechos de la América del Sur y México.* Estudio preliminar por Augusto Mijares. Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1959. 2. v.

CARLIER, AUGUSTE. *La république américaine, Etats-Unis; institutions de l'union; institutions d'état; régime municipal; système judiciaire; consideration sociale des indiens. Avec une carte de la formation politique et territoriale des Etats-Unis.* Paris, Guillaumin, 1890. 4 v.

CARRASCO PUENTE, RAFAEL. *La Hemeroteca Nacional de México; historia, reglamentos e iconografía.* México, Imprenta Universitaria, 1948. 40. p.

El Federalista. Núm. 1-32, 24 de junio-14 de octubre de 1823. México, Imprenta de Alejandro Valdés a cargo de Martín Rivera.

GAXIOLA, F. JORGE. *La crisis del pensamiento político y otros ensayos (El Federalismo. Austin y el Acta Constitutiva de 1824. Emilio Rabasa, etc. etc.)* México, Porrúa, 1956. 256 p.

ISLAS GARCÍA, LUIS. *Apuntes para el estudio del caciquismo en México.* México, Edit. Jus, 1962. 181 p.

MORISON, SAMUEL ELIOT Y, HENRY STEELE COMMAGER. *Historia de Norteamérica.* [Tr. del inglés por Odón Durán d'Ocón y Faustino Ballvél] México, Fondo de Cultura Económica [1951]. 3 v.

MUNRO, WILLIAM BENNET. *The Constitution of the United States; a brief and general commentary.* New York, The Macmillan Company, c1930. 197 p.

OLIVARRÍA Y FERRARI, ENRIQUE. "México independiente. 1821-1855" en Vicente Riva Palacio. *México a través de los siglos* (5 v. México, Ballescá [s. a.] v. 4.

PAINE, THOMAS. *La independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha.* Tr. Manuel García de Sena, pról. Pedro Grases. Caracas, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1949. 255 p.

Prospecto de una obra periódica que se intitulará Semanario Político y Literario. México, Mariano de Zúñiga y Ontiveros, 1820. 2 h.

Semanario Político y Literario de Méjico. v. 1-4, 12 de julio de 1820-6 de marzo de 1822. México [impresores diversos].

TORRE VILLAR, ERNESTO DE LA. "El constitucionalismo mexicano y su origen" en *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1964). p. 167-211.

ZAVALA, LORENZO DE. *Ensayo histórico de las revoluciones de México, desde 1808 hasta 1830.* México, Manuel N. de la Vega, 1845. 2 v.

ENSEÑANZA DEL DERECHO

TRES COMENTARIOS SOBRE LA ENSEÑANZA SUPERIOR Y JURIDICA EN MEXICO

EUGENIO URSÚA-COCKE

I

INSTITUCIONES PUBLICAS DE EDUCACION SUPERIOR EN MEXICO[1]

Masificación: deterioro de los niveles académicos, abandono de la investigación y desequilibrio profesional. Acceso facilitado por la afiliación institucional. Ausencia casi total de selección. Concentración de recursos en grandes instituciones tradicionales. México alcanza el millón de estudiantes en instituciones de educación superior. Legislación básica rara vez puesta en práctica. Distribución entre instituciones públicas y privadas.

Falta de planificación. Enfasis en la enseñanza más bien que en el aprendizaje. Información más bien que formación. La memoria sobre el análisis. Incapacidad para alterar la conducta de los estudiantes.

Instituciones innovativas: la creación de la Universidad Autónoma Metropolitana como incremento a la oferta y como mecanismo de co-optación; su rápido crecimiento; pragmatismo y conciencia social. Las Escuelas Nacionales de Estudios Profesionales de la Universidad Nacional Autónoma de México. El Instituto Tecnológico Autónomo de Mexico.

Métodos de mejoramiento profesional: cursos pedagógicos y mejores políticas de selección. Preferencia por profesores de tiempo completo sobre profesores de medio tiempo o de asignatura. La Universidad Abierta. El servicio social.

La educación superior como instrumento de los países desarrollados para mantener en desventaja cultural a los países subdesarrollados. El aislamiento de la microcultura de la educación superior frente a la macrocultura popular, centrada ésta a través de modelos consumistas auspiciados por los medios masivos de comunicación en poder de los productores. Catalizadores de la intranquilidad estudiantil latinoamericana en los mil novecientos sesentas y setentas: el desarrollo tecnológico, la industrialización, la explosión demográfica y los cambios sociales (inducidos o espontáneos). La "de-

[1] Conferencia dictada en la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin (agosto de 1983).

mocracia universitaria" como reacción: comités de clase en Suecia; consejos paritarios en la UAM. Hacia una universidad comprometida con su realidad social. Planeación. Métodos didácticos activos.

La explosión demográfica en Latinoamérica ha llevado recientemente a una masificación de la educación superior,[2] con los consiguientes deterioros de los niveles académicos, el abandono de la investigación, y el desequilibrio entre la oferta y la demanda de servicios profesionales. Estos factores han producido una "proletarización" de los servicios profesionales sin una mejoría correspondiente en su accesibilidad a la mayoría de bajos ingresos y marginada.

Las causas que favorecen hoy en México el acceso a las instituciones de educación superior son múltiples. Ese acceso ha sido determinado por la frecuente afiliación de escuelas de nivel medio a instituciones públicas tales como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Quizá desafortunadamente, la admisión a la mayoría de los programas de licenciatura no es "particularmente selectiva".[3] Parece que los estudiantes persisten en querer entrar a instituciones situadas en zonas metropolitanas ya saturadas. Se han sugerido por lo menos dos explicaciones a esta situación: olvido de los grandes esfuerzos ejercidos en los últimos veinticinco o treinta años para estimular las universidades estatales y percepción por parte de los estudiantes que tales instituciones no compiten favorablemente en nivel académico con las grandes instituciones tradicionales.

La asistencia creciente a las universidades es abrumadora. Además y a pesar del esfuerzo por estimular las universidades estatales, el 45% de la población estudiantil está concentrada en la ciudad de México y el 65% restante en grandes zonas metropolitanas incluyendo Monterrey y Guadalajara.[4]

La educación en México cae bajo los preceptos del Artículo Tercero de la Constitución de 1917. La educación que imparta el Estado tenderá a "armonizar" todas las capacidades del ser humano y a estimular el amor a la patria y la solidaridad internacional dentro de la independencia y la justicia, a través de la democracia, el nacionalismo y las convicciones que lleven a una vida mejor para todos. Se "permitirá" a los individuos y a las instituciones privadas impartir educación de cualquier tipo y nivel, aunque la educación primaria, secundaria y normal requerirán autorización previa del Estado. Esta misma limitación se aplica a la educación de obreros y campesinos. De acuerdo con la Fracción Segunda del Artículo Tercero Constitucional, el Estado podrá negar o retirar la autorización mencionada sin que esta decisión pueda ser apelada por los interesados. Según la Fracción Cuarta del artículo citado, ningún grupo afiliado a o controlado por instituciones religiosas podría impartir educación primaria, secundaria, normal, obrera o campesina, lo cual patentemente no se sigue en la realidad. El Estado puede discrecionalmente y en todo momento extender o negar su reconocimiento oficial a estudios efectuados en instituciones privadas. La educación primaria es obligatoria y toda la educación impartida por el Estado será gratuita.

[2] En 1981 hubo 920,865 estudiantes en instituciones superiores. Al año siguiente se inscribieron 998,397 estudiantes: 840,368 a nivel de licenciatura; 32,169 de maestría y doctorado; y 125,860 en escuelas normales. Aproximadamente noventa por ciento de esos estudiantes asisten a escuelas públicas y el resto a instituciones privadas. Ver México, ANUIES (Asociación Nacional de Universidades e Institutos de Enseñanza Superior), *Anuario Estadístico 1982*.

[3] Kitty M. Villa, *Mexico: A Survey of the Educational System of Mexico*, World Education Series, 1982.

[4] *Ibidem*.

Aunque existe un interés oficial en extender el carácter obligatorio a la educación secundaria, las condiciones financieras (especialmente en estos tiempos de crisis) parecen impedir su puesta en práctica.

La educación superior en México queda sujeta además a cuatro Leyes básicas: La Ley Federal de Educación (1973), la Ley de Educación de Adultos (1975), la Ley de Profesiones (1945) y la Ley de Coordinación de la Educación Superior (1978). La primera de estas leyes provee, entre otras cosas, un sistema nacional de acreditación; la segunda pretendió incrementar las oportunidades educativas para personas mayores de 15 años quienes, principalmente por razones de trabajo, no podrían asistir a una institución regular de enseñanza; la tercera exige una cédula para poder practicar determinadas profesiones, incluyendo la arquitectura, la medicina y el derecho, aunque en teoría sus efectos alcanzan desde 1973 a casi todas las profesiones; y los efectos prácticos de la cuarta ley aún no alcanzan plena vigencia.

Las instituciones superiores de educación se han más que duplicado en los últimos diez años, alcanzando hoy un total de más de doscientos sesenta instituciones de diversos tipos, incluyendo universidades, escuelas, centros y colegios. Cerca del 56% de ellas son públicas y 44% privadas, cada una de ellas a su vez dividida en tres clases. Las instituciones públicas incluyen escuelas estatales y federales autónomas,[5] mientras que las instituciones privadas se componen de universidades libres, escuelas que ofrecen cursos reconocidos individualmente y escuelas con reconocimiento general de estudios.[6]

Según uno de sus críticos,[7] demasiadas instituciones de educación superior en México (y en general en América Latina) se caracterizan por la falta de planeación; el énfasis en la enseñanza sobre el aprendizaje y en un proceso didáctico centrado en el maestro en vez del alumno; el predominio de la memoria sobre el análisis; y por no alterar de manera positiva la conducta

[5] La palabra autonomía tiene por lo menos dos significados que no deben confundirse. Cuando se refiere a las escuelas estatales o federales "autónomas" tiene el significado altamente emotivo, teórico y general de libertad de expresión académica. Esta libertad se apoya en fondos públicos que formalmente excluyen cualquier tipo de interferencia por parte de funcionarios públicos. Por otra parte, la palabra autonomía también aparece en el nombre de algunas instituciones privadas, tales como la Universidad "Autónoma" de Guadalajara; en esos casos puede tratarse de una mera formalidad para ocultar la conexión con grupos privados determinados.

[6] Ver *supra*, nota 2.

[7] Joaquín Edmundo Mendoza: "Crítica metodológica del sistema de enseñanza de la Facultad de Derecho de la UNAM", Tesis licenciatura (1979).

del estudiante. Los programas de estudio de las universidades tradicionales en México ofrecen pocas opciones al estudiante. Si bien se ofrecen en algunos casos materias optativas, éstas generalmente representan sólo una fracción de los cursos obligatorios. Las evaluaciones generalmente consisten de una sola prueba final. Las posibilidades de estudios interdisciplinarios son escasas. Por desgracia, la UNAM podría considerarse como un ejemplo de este tipo de instituciones.

Sin embargo, programas recientes de licenciatura tienden actualmente a una mejor mezcla de cursos técnicos y cursos humanitarios. Las clases ya no se imparten diariamente, como en los programas tradicionales. Los cursos frecuentemente están divididos en semestres y a veces en trimestres; el ITAM ha establecido aun un sistema más continuo (14 a 18 semanas).

La Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) ofrece en la ciudad de México un ejemplo de plan de estudios innovador. Parece que el propósito de la creación de la UAM fue doble: promover a nivel administrativo y de profesores una co-optación a los disidentes del movimiento estudiantil de 1968 que desearan unirse al sistema establecido y, a nivel estudiantil, ayudar a satisfacer la abrumadora demanda existente en la zona metropolitana del valle de México. Este último también fue el propósito declarado cuando la UNAM estableció las Escuelas Nacionales de Estudios Profesionales (ENEP) en la periferia del Distrito Federal.

De acuerdo con la presentación oficial del programa de estudios de la UAM,[8] el propósito de la institución es "satisfacer las necesidades de la nación de profesionistas entrenados en ciertas áreas prácticas o aplicadas". Sin embargo, las áreas de concentración reflejan a veces "tanto el énfasis en la orientación práctica como. . . programas muy necesarios" (como las ciencias penales y criminológicas dentro del campo del derecho). El rápidamente creciente alumnado alcanzó los 11,287 estudiantes en 1978-1979. Las distintas unidades de la UAM se encuentran distribuidas por todo el Distrito Federal. Cada una de ellas está organizada en cursos de enseñanza-aprendizaje o módulo que reflejan la preocupación predominante por aplicar la didáctica a un proceso de "aprender a aprender" más bien que el aprendizaje memorístico. La instrucción se imparte en tres etapas: el *tronco común* para todos los estudiantes de la unidad (digamos, de ciencias sociales); una *parte general* que familiariza a los estudiantes con el campo de estudio que hayan escogido dentro de la unidad (por ejemplo, el derecho: y finalmente, *áreas de concentración* abiertas a los estudiantes de determinado campo.

El ITAM sigue un camino intermedio entre las instituciones innovativas y las tradicionales.[9]

La demanda incrementada por educación superior en toda América Latina subraya la necesidad de una mejor preparación de los profesores. En

[8] Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho, "Presentación del plan de estudios de la carrera de Licenciado en Derecho". México, s/f.

[9] Ver los Apéndices.

1975 se sugirieron[10] varios medios para ese fin, incluyendo la creación de pedagogía universitaria; la preparación de estudiantes de alto nivel y su orientación hacia carreras profesionales en la enseñanza superior; grados académicos específicos en enseñanza universitaria (como se intentó, por ejemplo, en la Universidad Belgrano de Argentina); y sólo de manera complementaria el reclutamiento de profesionistas prominentes fuera de la enseñanza.

Mundo Mendoza critica[11] el sistema de nombramientos de la UNAM. Allí se siguen dos procedimientos para la selección de profesores. Bajo el primero de ellos, los profesores son nombrados discrecionalmente por el respectivo Director de la Facultad o Escuela de que se trate. El segundo método es más complejo e incluye una prueba didáctica frente al grupo, un examen oral por los profesores respectivos y un informe escrito por el sustentante en no menos de diez cuartillas sobre un tema previamente seleccionado.

Aun profesores bien preparados didácticamente se tendrían que enfrentar contra el método de enseñanza tradicional o magisterial en el que se exige poca o ninguna preparación previa por parte del alumno. En esa lucha ha de emplear nuevos métodos de enseñanza, incluyendo la preparación de materiales modernos; el establecimiento o puesta al día de las bibliotecas; seminarios y preseminarios; y el entrenamiento vocacional de candidatos a estudiantes.[12]

Sin duda la educación superior en América Latina ha sido objeto recientemente de profundos cuestionamientos, llevando muchos de ellos a conclusiones pesimistas. En su forma extrema, las críticas han señalado bien la vulgarización de la enseñanza universitaria por la admisión de estudiantes de insuficiente preparación previa, bien la existencia de una especie de conspiración internacional[13] para mantener a los países en desarrollo en un estado de atraso cultural. En distintos grados, diversos investigadores serios han tratado de relacionar la crisis en la educación superior con una teoría general de la dependencia de los países periféricos a los poderes metropolitanos, incluyendo la definición de perfiles culturales pretecnológicos y elitistas en los países en desarrollo.[14]

Los analistas de la dependencia arguyen que los problemas en la educación son meros síntomas de una dinámica más profunda que afecta las

[10] Luis Verdesoto Salgado, "Docencia en las Facultades de Derecho", V Conferencia de Escuelas y Facultades de Derecho, 27 de octubre a 1o. de noviembre de 1974, Córdoba, Argentina, México, UDUAL, 1975.

[11] Mundo Mendoza, *supra*, nota 7, p. 93.

[12] Héctor Fix-Zamudio, "Conclusiones", V Conferencia, *supra* nota 10, pp. 107-8. De acuerdo con la ANUIES, sólo hay 14,521 profesores de enseñanza superior de tiempo completo en México, o sea menos del 20%; 6,170 profesores de medio tiempo, es decir, menos del 10%; y la enorme cantidad de 56,518 profesores de asignatura, lo que significa más del 70% de todos los profesores de enseñanza superior.

[13] Mundo Mendoza, *supra* nota 7.

[14] Jorge Witker, *Metodología de la enseñanza del derecho*. Toluca (Méx.), Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, 1982.

relaciones entre países desarrollados y en desarrollo: el tratar tales síntomas no cura la enfermedad subyacente. Así, la educación se ha vuelto[15]

> "un factor subsidiario cuya misión es proveer de cuadros y tecnócratas a las minorías privilegiadas que son las poseedoras del poder y la riqueza. . . puesto que la única misión de los países periféricos es importar desde comida hasta conocimientos científicos".

Desde este punto de vista, los productores controlan el ambiente cultural más amplio (macrocultura) a través de la manipulación de los consumidores. El efecto de la dependencia económica es el de volver las instituciones educativas (microcultura) hacia sí mismas y aislarlas de la realidad social, política y económica de la enorme mayoría de la población. La macrocultura está controlada por los dueños de los medios masivos de comunicación, quienes pueden a la vez ser los productores mismos o tener estrechos contactos con ellos.[16]

Latinoamérica experimentó en los mil novecientos sesentas varios movimientos de reforma, incluyendo los de las universidades, que llevaron en algunos casos a conflictos sociopolíticos abiertos. Los catalizadores de esos movimientos fueron las mejoras tecnológicas, la industrialización, la explosión demográfica y los cambios sociales espontáneos o dirigidos.[17]

Por supuesto, la intranquilidad estudiantil se presentó en el mundo entero, incluyendo Alemania y Francia, y los movimientos de protesta en los Estados Unidos. Cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas pidió a Charles Eisemann que pusiera al día su informe anterior sobre la educación en las ciencias sociales en diferentes partes del mundo, el investigador citó el informe nacional de Suecia en el sentido de que

> "el segundo factor (además de la explosión estudiantil) que tendió a modificar el clima intelectual de la enseñanza fue el movimiento pro-«democracia universitaria», una de las expresiones del fenómeno general representado por el movimiento juvenil".

En Suecia esa democracia universitaria tomó la forma de participación estudiantil en consejos estudiantiles y en comité de clases (aunque en éstos sin capacidad de decisión sobre programas de estudio y otras materias).

En México hay un experimento interesante al respecto. Los consejos paritarios de la UAM tiene amplios poderes de decisión, incluyendo la aprobación de los nombramientos de nuevos profesores y la ratificación periódica de profesores ya nombrados.

[15] *Ibidem*, p. 25.
[16] Witker, *supra* nota 14, p. 78.
[17] *Id.*, p. 11.

En la UNAM diversas escuelas y facultades han experimentado con varias formas de autogobierno, incluyendo las de ciencias y de arquitectura. Sin embargo, acontecimientos recientes parecen haber arrojado una sombra sobre esos desarrollos, por lo menos en cuanto a su apoyo por parte de las autoridades universitarias.

Los partidarios de la teoría de la dependencia también sugieren que la nueva educación latinoamericana deberá ser un proceso de creación del conocimiento por parte de los estudiantes mismos más bien que la repetición ciega de caminos seguidos por profesores remotos.

La planeación ya es reconocida por muchos como una realidad inevitable si se ha de lograr el desarrollo de las sociedades latinoamericanas. Se pide a los abogados que cumplan su papel a través de juicio independiente, valor político y solidez técnica. Esto los hará capaces de enfrentarse a los obstáculos y a los enemigos del desarrollo. Con ello se lograría que fueran "leales a las elevadas necesidades y demandas de sus pueblos, sus países y su época.[18] De la preparación de tales abogados me ocuparé en otro artículo.

México refleja el conflicto entre los métodos activos y magisteriales de enseñanza superior. Según Postmand y Weingartner,[19] el recurso excesivo a las clases/conferencia tiene por lo menos tres inconvenientes: los estudiantes quedan con la idea de que la aceptación pasiva de conocimientos es mejor que la actitud crítica; se sugiere que toda pregunta tiene una respuesta correcta y clara; y se presume que la autoridad es más válida y confiable que el criterio independiente.

El enfrentamiento de los estudiantes contra formas tradicionales de enseñanza ha tenido distintas repercusiones, incluyendo diversos grados de represión. Según el Dr. Pablo Latapí, las universidades de América Latina no deberían ser meras conciencias inactivas pero tampoco enfrentarse políticamente de manera directa, lo que podría llevarlas a perder su relativa autonomía. En cambio, tales instituciones deberían[20]

> "aprehender como instituciones toda la realidad y comprometerse a transformarla, poniendo el peso de sus actividades académicas del lado de la justicia; eso sólo puede alcanzarse a través de proyectos concretos que involucren a profesores y estudiantes con la realidad social, llevándolos a relacionar el estudio y la investigación con las necesidades auténticas de las grandes mayorías".

[18] Marcos Kaplan (ed.), *Estado, derecho y sociedad*, México, UNAM, 1981, p. 11.
[19] Rogelio Pérez Perdomo, *Tres ensayos sobre métodos en la educación jurídica*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974, p. 49.
[20] Pablo Latapí, "Universidad y sociedad, un enfoque basado en la experiencia latinoamericana", México, UNAM (Cuadernos).

II

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO[1]

Visión histórica de la enseñanza legal en América Latina. La explicación de sus defectos como resultado del capitalismo dependiente. Significado político decreciente de los abogados mexicanos. Críticas mundiales a los abogados. Críticas específicas: individualismo, fuente de satisfacciones personales más que sociales, falta de planeación e incapacidad para cambiar las condiciones sociales. El Abogado Ideal.

Clasificación de las escuelas mexicanas de derecho. Su efecto "informativo" más que "formativo". Dependencia excesiva en la aplicación de códigos. La memorización excesiva. Métodos activos vs. magisteriales en la enseñanza: propuestas para estimular los primeros. La importancia de la investigación jurídica como un instrumento de enseñanza. Insuficiencia de preparación previa en los estudiantes.

Programas de estudio. Explicación histórica de su contenido tradicional. Cambios en los planes de la UAM y el ITAM. El Profesor Ideal. Técnicas de mejoramiento. Enfasis en profesores de tiempo completo. Perfil sociológico de los estudiantes.

La enseñanza del derecho en América Latina ha seguido una evolución que puede dividirse en cuatro fases. Durante la fase colonial se enseñaron los derechos romano, canónico y metropolitano. La segunda fase se desarrolló bajo la influencia del racionalismo y se agregaron los derechos natural, público, civil y penal; aún más tarde en esa fase se empezó a estudiar la economía. Durante la tercera fase (siglo veinte) hubo poco cambio sustancial, aunque ciertas áreas generales se subdividieron. Sólo en la cuarta etapa (a partir de los mil novecientos setentas) se empezó a utilizar el enfoque interdisciplinario.

La Universidad Nacional Autónoma de México se fundó en 1551 (aunque sin ese nombre y habiendo iniciado cursos dos años después de su fundación. Durante la época colonial, la enseñanza del derecho que se hacía ahí era muy parecida a la que se impartía en las demás posesiones españolas en América. La independencia de las colonias no rompió en éstas las ligas entre la Iglesia y el Estado. En consecuencia, las escuelas de derecho mantuvieron invariables las materias tradicionales civiles y religiosas. La Universidad de México fue suprimida por los liberales en 1833. Para entonces se habían iniciado los estudios de derecho constitucional y "nacional".[2] Sin embargo, el año siguiente, al volver el partido conservador al poder, se reinstaló la Universidad. Entonces el énfasis en la escuela de derecho se puso en el derecho canónico. Aunque el conflicto liberal/conservador no se resolvió finalmente hasta después de la mitad del siglo diecinueve; la enseñanza

[1] Conferencia dictada en la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas en Austin, agosto de 1983.

[2] Ver *supra* nota 7, I.

legal permaneció básicamente conservadora. No fue sino hasta el triunfo del liberal Comonfort que se volvió a suprimir la Universidad como tal y que se implantó una enseñanza más liberal del derecho. En 1867 la Universidad se colocó bajo las disposiciones de la Ley de Instrucción Pública del Distrito Federal. Se introdujeron nuevas materias, a saber, derechos administrativo, internacional, comparativo y procesal. Aún más importante, aunque se siguió enseñando legislación española en forma subsidiaria, se introdujo el estudio de la legislación nacional mexicana. Actualmente la enseñanza del derecho sigue en gran medida las características apuntadas arriba para la educación superior en los países en desarrollo (estructura rígida de poder; programas de estudio orientados a la preparación de los cuadros requeridos por el capitalismo dependiente; objetivos conservadores; y crecimiento masivo).

Los seguidores del enfoque del capitalismo dependiente[3] al desarrollo de Latinoamérica (o la falta del mismo), hacen notar que la enseñanza del derecho en tiempos coloniales estaba bajo el control absoluto de la Iglesia y que sólo los hijos de las familias ricas podían recibirla (a pesar de que las únicas profesiones disponibles entonces, para fines prácticos, eran el sacerdocio y el derecho. Según ellos, las universidades pasaron después a depender del modelo educativo napoleónico, hasta mucho después de que éste cesó de ser relevante para las mayorías dolientes. Se reconoce que el Estado suplantó a la Iglesia en la educación superior. Sin embargo, dichos autores sostienen que en esta era de capitalismo norteamericano las escuelas de derecho son meras propagadoras de los intereses consumistas y repetidoras de patrones culturales extranjeros; y que sus graduados se ponen de inmediato al servicio de las clases pudientes, tornándose en meros especialistas técnicos. El neocolonialismo de los países desarrollados se manifiesta en todos los campos, incluyendo las finanzas internacionales, los esfuerzos integradores de los países menos favorecidos y hasta los intercambios académicos.

Curiosamente, los cinco presidentes de México desde 1958 al presente han sido graduados de derecho y por lo menos dos de ellos han sido profesores de Derecho de la UNAM. Sin embargo, puede ser significativo que la actual administración parece haber otorgado muchos de sus puestos importantes a profesionistas "tecnócratas", tales como economistas o sociólogos. A mayor abundamiento, la dirección académica tradicional de la Universidad Nacional sobre otras instituciones de cultura superior parece amenazada por planes de estudio más innovativos como los de la UAM.

Por supuesto, las críticas contra la enseñanza legal no se limitan a México. Por ejemplo, Charles Eisemann encontró que los abogados en la República Federal de Alemania eran sujetos de tres acusaciones generales, por lo menos: la excesiva presencia de la práctica con sus requerimientos de conocimientos puramente técnicos y de experiencia profesional; la ense-

[3] Por ejemplo.

notas 2 y 3 ilegibles en el original

ñanza del derecho com un sistema de reglas fijas, aparentemente divorciadas de la realidad, y que impiden a los abogados adquirir conocimiento científico de la realidad social o la necesidad de reformarla; y el desconocimiento de la necesidad de integrar las ciencias sociales dentro de la ciencia legal.[4]

Las críticas específicas en contra de las escuelas de Derecho de la América Latina incluyen sus objetivos individualistas; sus análisis demasiado apegados a las normas codificadas; la contratación de profesores sin el debido entrenamiento didáctico y los métodos educativos que emplean (siendo éstos versiones apenas limitadas a conferencias o monólogos); la obtención por parte de los estudiantes de información simple y pasiva; la notable ausencia de conciencia social; y que cuando tal conciencia existe está divorciada del verdadero desarrollo y el cambio social puesto que está divorciada de la realidad.[5] Esta situación se ha atribuido[6] a que enormes monopolios han sustituido a productores verdaderamente competitivos, por lo que los abogados se convierten inevitablemente en defensores de estructuras sociales injustas.[7]

El derecho y la medicina han sido fuentes tradicionales de movilidad social para quienes los practican. En consecuencia, si no todos los candidatos de la respectiva escuela siguen acercándose a ella sin darse cuenta de las realidades cambiantes del desarrollo económico. De aquí que tales carreras sean muy solicitadas. En suma, en palabras de Witker,[8]

> ". . . el abogado Latinoamericano de hoy es el producto de dos variables: la colocación social del estudiante que espera, al graduarse, ascender en la sociedad regional estratificada; y la formación individualista dada a los estudiantes por escuelas de derecho que lo socializan en modelos y patrones que lo alejan de los problemas colectivos de la sociedad. . ."

Aun los críticos moderados de las universidades latinoamericanas están en desacuerdo con su papel actual. Así, García Laguardia señala que[9] después de alcanzar su independencia del Estado (1918), esas universidades siguen sin alcanzar su misión ideal en las sociedades latinoamericanas. Los abogados, en particular entre los profesionistas, deberían convertirse en la "conciencia crítica de la sociedad", sin por ello limitar sus alcances académicos, y auxiliar a la transformación de la sociedad dentro de la que trabajan, en vez de ser meros reflejos de las estructuras existentes (como lo han

[4] Charles Eisemann, *The University Teaching of Social Sciences: Law*. Paris, UNESCO, 1973.

[5] Mundo Mendoza, *supra* nota 7, I, p. 49.

[6] *Id.*, p. 149.

[7] *No hay nota.*

[8] Ver Witker, *supra* nota 14, I, p. 114.

[9] Jorge Mario García Laguardia, "Coordinación interdisciplinaria en la enseñanza del Derecho", informe presentado a la V Conferencia de Escuelas de Derecho, *supra* nota 10, I, p. 9.

venido siendo hasta ahora). Los abogados deben ser entrenados para cuestionar su ambiente social y para conducir su transformación y desarrollo.

Aquí encontramos, pues, no una negación del derecho como agente de cambio, sino la necesidad de acercarlo al pueblo en vez de su alianza tradicional con los poderosos de la sociedad (sean éstos individuos, clases o grupos). Aun así, persisten entre nosotros replanteamientos de conceptos antiguos.[10] Quienes se consideran a sí mismos los representantes progresistas de la sociedad insisten, por su lado, en que el nuevo abogado debe abandonar la neutralidad política y verdaderamente convertirse en devoto de la transformación social. Dicho de otra manera,[11]

> "el verdadero hombre de derecho debería tener los instrumentos racionales, prácticos y *morales* para dedicarse a sus deberes profesionales de un modo crítico".

Las escuelas de derecho en México pueden formar parte de uno de cuatro grupos, dos públicos y dos privados. Las escuelas privadas de derecho están anexas a una de las cinco universidades privadas reconocidas por la UNAM o por la Secretaría de Educación Pública. En este grupo podría incluirse la Escuela Libre de Derecho. Las escuelas públicas de derecho pueden encontrarse en la UNAM y las treinta universidades estatales (dieciséis de las cuales han sido fundadas desde 1954) o tres escuelas de derecho anexas a otras instituciones no privadas. No sobra insistir en que las escuelas de derecho por lo general dependen de fondos públicos u otras formas de apoyo financiero federal o estatal.

El principal ataque específico a las escuelas de derecho en México es que los estudiantes reciben demasiada información que podría más fácilmente adquirirse en los informes de casos o, más probablemente, en textos doctrinales. No sin sentido de humor, un escritor venezolano[12] señaló que

> "muchos profesores de escuelas de derecho, por no decir todos, probablemente serían suspendidos si se les aplicaran los exámenes exigidos por nuestros colegas a sus estudiantes".

Además de la consulta de precedentes[13] que, por otra parte, no están disponibles en la mayoría de Latinoamérica sino para casos estudiados por las respectivas Supremas Cortes, se dice con frecuencia que en los países de tradición napoleónica se tiene una excesiva dependencia en la aplicación de códigos en demérito de un enfoque más analítico y casuístico. Además, a

[10] Por ejemplo, Pérez Perdomo todavía escribió, a pesar de su preocupación por mejorar los métodos de enseñanza, que "lo que caracteriza a una profesión legal sensata y eficiente es su capacidad de definir correctamente los problemas, buscar y utilizar inteligentemente la información relevante y proponer soluciones imaginativas." *Supra* nota 19, I.

[11] Fix-Zamudio, *supra* nota 10, I, p. 110.

[12] Pérez Perdomo, *supra* nota 19, I, p. 48.

[13] Ver *infra* III.

quienes creen erróneamente[14] que tal corriente europea continental es un sistema codificado e inalterable basado desde hace siglos en el Derecho Romano, bastaría informarles que éste en su época clásica en efecto era un tal derecho casuístico en gran medida.

Sea cual fuere la respuesta a la controversia esbozada arriba, el conflicto entre los enfoques magisterial y activo a la enseñanza superior se refleja en México. Witker[15] propone un programa de enseñanza activa en diez puntos. En algunas áreas, requiere estudio previo por parte del alumno para obtener una cierta cantidad de información indispensable o de autoelaboración. Sin embargo, deberá haber un máximo de flexibilidad en los temas según los distintos profesores y materias. La memorización sería requerida sólo cuando sea útil pero nunca mecánicamente. Se debe buscar la máxima participación de los alumnos tanto en la preparación como en la clase misma. No sólo debe permitirse sino estimularse la actitud crítica por parte del estudiante. Esta actitud crítica se ha de basar en la organización del material y las actividades didácticas por parte del profesor. Así se lograría un ritmo mayor de progreso, ya que el profesor se habría ocupado con devoción de la preparación de los auxiliares didácticos novedosos. Esto beneficiaría a profesores y alumnos. Se pondría mayor énfasis en el estudio de la vida diaria, aunque sin olvidar por completo el estudio de las grandes instituciones jurídicas del pasado. Se subraya el mayor contacto entre profesor y alumno.

Dentro de los auxiliares didácticos Witker pone especial énfasis en la investigación jurídica. Según él,[16] la enseñanza activa del derecho está intensamente ligada a aquélla por sus posibilidades de enfrentar al alumno con las distintas doctrinas legales. La enseñanza y la investigación jurídica están ligadas dialécticamente. Debe insistirse en que todos los alumnos de derecho practiquen la investigación en sus distintos cursos en las escuelas correspondientes. Los estudiantes deberán presentar informes de sus trabajos, por modestos que sean, sobre temas tanto prácticos como teóricos. Los trabajos prácticos deberán poner a los estudiantes frente a frente con los problemas del cambio social y el desarrollo.

Fuera de América Latina se cree que el hecho de que los estudiantes ingresan a la licenciatura inmediatamente después de la preparatoria, es decir, aproximadamente a los dieciocho o diecinueve años, los estudios que realizan son más bien preuniversitarios. Esto no era enteramente justificado, por lo menos hasta hace unos años, por dos razones: los estudios preparatorios eran bastante completos y la licenciatura requería cinco años, en contraste con los tres requisitos, digamos, en las universidades norteamericanas. Sin embargo, Mundo Mendoza hace notar[17] que los estudios preparatorios han bajado notablemente de calidad académica debido a varias razones, incluyendo insuficiencia en el tratamiento de las distintas materias, falta de

[14] Ver Witker, *supra* nota 14, I. 69.
[15] Witker, *supra* nota 14, I. pp. 132-3.
[16] Witker, *supra* nota 14, I.
[17] Mundo Mendoza, *supra* nota 7, I, pp. 102-3.

información vocacional, falta de sensibilidad ética y, ya a nivel profesional, la impresión falsa de la "facilidad" de los estudios legales.

Para evitar una separación demasiado drástica entre el académico "teórico" y el profesionista "práctico" la V Conferencia de Escuelas Latinoamericanas de Derecho propuso[18] la inclusión de los siguientes cursos en los planes legales de estudio: técnicas de investigación, derecho comparado y los problemas legales del desarrollo. La Conferencia también propuso un programa "preprofesional" interdisciplinario y la inclusión de orientación vocacional.

Hemos dicho que también se ha criticado a las instituciones tradicionales de educación superior, como la UNAM, por la rigidez de sus planes de estudio. No se permite a los estudiantes compaginar sus planes de estudio con sus intereses o sus capacidades personales, ya que no se les permite seleccionar sino dos materias y eso sólo al final de sus estudios.[19] Para fines de comparación, habría que decir que en la Facultad de Derecho de la UNAM existen 31 materias obligatorias. Además de su rigidez, se ha dicho que los planes de estudio carecen de objetividad y significado interdisciplinario, ponen énfasis en la preparación de abogados prácticos y subrayan el mero análisis de códigos. Se ha dicho también[20] que tales planes de estudio están orientados a la práctica privada del derecho.

Lo anterior puede ser explicado parcialmente por razones históricas.[21] Durante el periodo colonial en América Latina sólo se enseñaron los derechos romano y canónico y, al final del periodo, legislación española/americana. Cuando el Racionalismo fue importado en las colonias (1823-1867) el conflicto entre los conservadores y los liberales que afectaba a los respectivos países también se presentó en las escuelas de derecho, aunque el derecho eclesiástico consiguió persistir en los planes de estudio. Durante el siguiente periodo (1867-1905) finalmente se dejó de incluir el derecho canónico en tales planes de estudio. Hubo cambios en las escuelas: el derecho natural fue reemplazado por la filosofía del derecho y se empezó a mencionar la medicina legal. Se introdujeron el derecho procesal y el derecho internacional público. El cuarto periodo (que se extiende hasta la fecha) empezó en 1907. Se han introducido muchas materias nuevas aunque aparentemente sin cambiar la enseñanza básicamente individualista y privatista. El entonces ministro de educación, Justo Sierra, estimuló el proceso de ligar los estudios

[18] *Supra* nota 10, I, Conclusión Onceava.
[19] "Los responsables de la organización de los planes de estudio pueden o bien asignar como solo objeto o función del sistema de estudios legales el entrenamiento de individuos capaces de "trabajar dentro de la ley" o la «profesión legal», o bien tratar, además, de mostrar a los estudiantes la naturaleza actual del derecho, considerado como un fenómeno en sí mismo. El primer tipo de enseñanza sólo serviría, por tanto, propósitos prácticos, es decir, profesionales. El segundo combinaría propósitos prácticos y profesionales con otros teóricos o científicos". Eisemann, *supra* nota 4, II. Nótese, sin embargo, que Eisemann expone más adelante en su texto que esos dos enfoques no son necesariamente excluyentes entre sí.
[20] Mundo Mendoza, *supra* nota 7, I, p. 73.
[21] *Id.*, pp. 54 y siguientes.

legales a las realidades sociales e históricas del país (esto estaba plenamente de acuerdo con el pensamiento "científico" o positivista). Como resultado de ello se introdujo en 1907 un nuevo plan de estudios en cinco años que incluía ciencias legales y sociales. En 1912 la Escuela Libre de Derecho fue fundada por jóvenes que participaban también en la Revolución. En 1929 los estudiantes de la Escuela de Derecho de la UNAM participaron activamente en el movimiento contra el Ministro Bassols. Este último, después de gestionar un patrimonio propio para la Universidad, dedicó a partir de entonces los recursos del Estado más bien a la educación técnica. Cuatro años después la Universidad recibió su autonomía formal. Los estudios legales de postgrado se introdujeron en 1950. Los últimos acontecimientos trascendentales incluyeron el cambio a Ciudad Universitaria y la creación de las Escuelas de Estudios Profesionales, ambas por parte de la UNAM.

En cambio, la UAM ha tratado de modernizar sus planes de estudio. Allí se introdujo el concepto de tronco común para todos los estudiantes de ciencias sociales, una parte general para todos los estudiantes de derecho y tres áreas de concentración (actualmente, aunque se prevé ampliarlas en cuanto lo permitan los recursos disponibles). Desde el tronco común los estudiantes de derecho de la UAM reciben cursos inexistentes en planes de estudios más tradicionales, incluyendo doctrinas sociales y políticas, problemas económicos y sociales de México, economía (las dos últimas a nivel más profundo que el generalmente disponible en la UNAM) y política y sociedad. Las áreas de concentración buscan mayor participación del alumnado a través de seminarios, paneles y problemas prácticos; estos últimos se abordan desde enfoques monográficos, prácticos, comparativos e históricos. Todo el planteamiento de la enseñanza legal en la UAM es interdisciplinario,[22] ya que

> "...postulamos la necesidad de crear juristas que, apoyados en una formación interdisciplinaria adecuada que los haga conscientes de la ley y sus verdaderas funciones en la sociedad, sean capaces de contribuir a la solución de nuestros problemas a través de esa técnica de control social llamada Derecho, junto con una vocación verdadera de servicio social."

Por su parte, el ITAM procura subrayar las ventajas modernas de la economía, el análisis matemático y la tecnología de la computación, manteniendo a su vez el apoyo y la orientación hacia la iniciativa privada.[23]

Por supuesto, se han presentado muchas otras propuestas para mejorar la calidad de la enseñanza del derecho que las mencionadas arriba. Por ejemplo, Fix-Zamudio sugiere[24] fortalecer los estudios de postgrado en el

[22] Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho, *Presentación del plan de estudios de la carrera de Derecho*. Ver Apéndice, Materias.

[23] Entrevista personal con el Lic. Víctor Blanco, Jefe del Departamento del ITAM, julio de 1983.

[24] Fix-Zamudio, *supra* nota 12, I, p. 111.

país de origen del candidato más bien que en el exterior, así como el intercambio de estudiantes y profesores en América Latina misma; Verdesoto hace notar[25] las ventajas de las escuelas de derecho del sistema abierto para atender estudiantes que no pueden asistir al sistema regular; de nuevo, Fix-Zamudio sugiere[26] la introducción del método de casos en América Latina, aunque con "la debida prudencia"; y la UAM basa su servicio social en la creencia de que conduce a un mejor entendimiento interdisciplinario, una visión más amplia y la solución conjunta a los problemas sociales.[27]

Las críticas generales por la ausencia de profesores de tiempo completo en las universidades de América Latina se reflejan en la UNAM, donde del total de 461 profesores, sólo 78 son de tiempo completo.[28] Esto es considerado "claramente inadecuado" porque hace caer la mayor responsabilidad de la enseñanza sobre elementos insuficientemente preparados. Hay que reconocer, sin embargo, que la UNAM inició un valioso programa de preparación didáctica en los sesenta y que, desde 1978, existe un centro especializado en la materia que presumiblemente recibiría también profesores de derecho.

En el ITAM, en cambio, se dice que el 33% de los profesores son de tiempo completo.[29]

En México, el número de estudiantes de derecho ha aumentado dramáticamente. Esto es motivo de grave preocupación. Refiriéndose al Informe Sueco, Eisemann hace notar[30] algunas de las desventajas de la excesiva concentración estudiantil en cualquier escuela o facultad:

> "la carga excesiva de trabajo para los profesores y la necesidad de ocurrir en gran medida a "practicantes" del derecho como magistrados, litigantes o funcionarios para las clases o los seminarios en campos especializados."

Un estudio de la Universidad de Harvard[31] mostró que los estudiantes de derecho constituían el 15% de la población total estudiantil superior en América Latina. Según la Asociación Nacional de Universidades e Institutos de Enseñanza Superior[32] el 33% de los estudiantes de licenciatura en México estaban concentrados en las ciencias sociales o la administración, la mayoría de ellos en las Facultades de Comercio y de Derecho; había casi cuarenta mil estudiantes de derecho y sólo nueve mil de ingeniería.

[25] Verdesoto, *supra* nota 10, I, p. 118.

[26] Fix-Zamudio, *supra* nota 12, I, p. 109.

[27] UAM, *supra* nota 22, II.

[28] Mundo Mendoza, *supra* nota 7, I, p. 118.

[29] Blanco, *supra* nota 23, II.

[30] Eisemann, *supra* nota 6, II, p. 11.

[31] "Latin American University Students: A six nations study", Harvard University Press, Cambridge, 1972.

[32] Mundo Mendoza, *supra* nota 7, I, pp. 100-101.

Citando al muy renombrado Calamandrei, Mundo Mendoza escribió[33] que la tipología diseñada por aquél para los estudiantes italianos de derecho bien podría aplicarse a México: hijos de abogados ya establecidos, los hijos de los ricos y una gran masa en busca de una carrera "fácil"; a esos grupos habría que agregar un quinto, típicamente Mexicano, los hijos de funcionarios públicos. Según Mundo, el 86% de todos los estudiantes de la universidad pertenecen a familias que reciben más ingresos que el promedio nacional, sólo el 13% son hijos de trabajadores y menos del 3% de campesinos (1964). Para 1969 se encontró que las tres cuartas partes de los estudiantes de derecho de la UNAM pertenecían a la clase media. Más específicamente, Witker sostiene[34] que una muestra de estudiantes inscritos en 1970 en la Facultad de Derecho muestra que el 33% de ellos se encontraban en el sector superior de la clase media de la sociedad mexicana y que otro 33% pertenecía al sector bajo de esa misma clase media, más cerca del proletariado:

> "En términos sociológicos eso significa que las escuelas de derecho se llenan con estudiantes que vienen de los sectores medios y altos de la pirámide social; hay una marcada ausencia de estudiantes de los sectores obrero y campesino."

APENDICE I

CARACTERISTICAS DE LA EDUCACION SUPERIOR EN MEXICO*

PRIVADA

Restringida para educación primaria, secundaria, de trabajadores y campesinos, y normalista

Generalmente ilimitada para cualesquiera otros cursos

Existen más de 100 instituciones privadas de enseñanza superior y su número crece rápidamente

Entre ellas, la mayor es la Universidad Autónoma de Guadalajara, con 16,632 estudiantes de licenciatura en 1981

Todas ellas constituyen el 14% de las inscripciones totales en educación superior en México

[33] ANUIES, *Anuario Estadístico 1983*.
[34] Witker, *supra* nota 14, I, p. 112.
* Fuente: Villa, *Mexico: Educational System*.

PUBLICA

A. Autónoma

Distribución inequitativa de recursos

Costo meramente nominal para los estudiantes

Existen 32 instituciones de este tipo en el país

La más antigua y mayor entre ellas es la UNAM

B. Financiada con fondos federales

Altamente diversificada

Apoyada por distintas secretarías de Estado y agencias, principalmente la SEP

Especialmente significativa en la educación tecnológica

C. Estatal

También sujeta a financiamiento federal importante

Conformada por 80,041 estudiantes en 1980

Sigue en general el modelo de la UNAM

APENDICE II

TABLA COMPARATIVA DE LOS CURSOS LEGALES EN LA UNAM, LA UAM Y EL ITAM (1983)

UNAM*	UAM**	ITAM***
	AREA COMUN	
PRIMER SEMESTRE	PRIMER TRIMESTRE	PRIMER SEMESTRE
Introducción a la Historia del derecho Derecho Romano I Historia del Pensamiento Económico	México: Política y Sociedad I Doctrinas Políticas y Sociales I Matemáticas Aplicadas a las Ciencias Sociales I Redacción e investigación I	Problemas de la Civilización contemporánea I Comprensión matemática Historia Universal del Derecho Teoría del Derecho Usos de terminales de computación Ideas e Instituciones Sociales y Políticas I
SEGUNDO SEMESTRE	SEGUNDO TRIMESTRE	SEGUNDO SEMESTRE
Derecho Civil I Derecho Romano II Teoría Económica	México: Política y Sociedad II Doctrinas Políticas y Sociales II Matemáticas Aplicadas a las Ciencias Sociales II Redacción e investigación II	Problemas de la Civilización Contemporánea II Derecho Romano Teoría del Derecho Contabilidad Ideas e Instituciones Sociales y Políticas II

TERCER SEMESTRE	TERCER TRIMESTRE	TERCER SEMESTRE
Derecho Civil II Derecho Penal I Teoría General del Proceso	México: Política y Sociedad III Doctrinas Políticas y Sociales III Economía I Introducción al Derecho	Economía I Historia del Derecho Mexicano Derecho Civil I Metodología Legal I Ideas e Instituciones Sociales y Políticas III
CUARTO SEMESTRE	CUARTO TRIMESTRE	CUARTO SEMESTRE
Derecho Civil III Derecho Penal II Procedimiento Civil Derecho Económico	Teoría Constitucional I Obligaciones Teoría General del Derecho I Economía II	Economía II Derecho Civil II Derecho Penal Metodología Legal II Derecho Mercantil I
QUINTO SEMESTRE	QUINTO TRIMESTRE	QUINTO SEMESTRE
Derecho Civil IV Procedimiento Penal Teoría General del Estado Ciencia Política	Teoría Constitucional II Teoría de los Contratos Teoría General del Derecho II La Economía Mexicana	Problemas de la Realidad Mexicana Contemporánea Macroeconomía Derecho Civil III Teoría del Estado Derecho Mercantil II
SEXTO SEMESTRE	SEXTO TRIMESTRE	SEXTO SEMESTRE
Derecho Administrativo I Derecho Constitucional Derecho Mercantil I	Régimen Económico I Régimen del Orden Público I Teoría General del Derecho III Régimen penal y preventivo I	Derecho del Trabajo Derecho Internacional Derecho Constitucional I Derecho Mercantil III Procedimiento Civil y Mercantil

SEPTIMO SEMESTRE	SEPTIMO TRIMESTRE	SEPTIMO SEMESTRE
Derecho Administrativo II	Régimen de la Propiedad I	Derecho Constitucional II
Derecho Laboral I	Régimen Económico II	Derecho Administrativo
Derecho Mercantil II	Régimen Penal y Preventivo II	Derecho Internacional Privado
	Teoría General del Proceso I	Derecho Fiscal I
		(Optativa)
OCTAVO SEMESTRE	**OCTAVO TRIMESTRE**	**OCTAVO SEMESTRE**
Derecho de la Seguridad Social	Régimen de la Propiedad II	Amparo
Derecho Laboral II	Régimen Económico III	Filosofía del Derecho
Derecho Internacional	Régimen de los Modos de Producción I	Seminario de Investigación Jurídica I
Garantías	Teoría General del Proceso II	Derecho Fiscal II
Amparo		(Optativa)
Contratos Mercantiles		(Optativa)
NOVENO SEMESTRE	**NOVENO TRIMESTRE**	**NOVENO SEMESTRE**
Derecho Agrario	Régimen de la Propiedad III	Seminario de Investigación Jurídica II
Derecho Internacional Privado	Régimen Económico IV	(Optativa)
Filosofía del Derecho	Régimen de los Modos de Producción II	(Optativa)
	Régimen Internacional I	(Optativa)
		(Optativa)
DECIMO SEMESTRE	**DECIMO TRIMESTRE**	
Derecho Fiscal	Filosofía del Derecho	
(Optativa)	Régimen Internacional II	
(Clínica)	Derecho Internacional Privado	
	Amparo I	

	UNDECIMO TRIMESTRE	
	Amparo II	
OPTATIVAS	**AREAS DE CONCENTRACION**	**OPTATIVAS**
(Una sola de la lista)	(Siete materias a escoger)	(A, B, o C en su totalidad más cuatro materias de D)
Casos administrativos especiales	A. Seguridad social y laboral	A. Derechos de autor
Ciencia Política	Procedimiento laboral I	Fideicomisos
Derecho Criminológico y Penitenciario	Movimientos obreros	Derecho Corporativo
Crímenes especiales	Procedimiento laboral II	B. Ciencia Política
Derecho Aduanero	Economía del trabajo	Casos administrativos especiales
Derecho Aéreo y Espacial	Regímenes laborales especiales	Derecho electoral
Derecho Bancario	Regímenes internacionales del trabajo	C. Procedimiento laboral
Contabilidad	Seguridad Social	Procedimiento penal
Derecho Canónico	B. Administración y Finanzas Públicas	Procedimiento administrativo
Derecho Corporativo	Sector Público	D. Inversión extranjera
Derecho Cooperativo	Actos y contratos administrativos	Seguridad social
Derechos de Autor	Empresas paraestatales	Derecho Bancario
Derecho de la Integración	Organización y Reforma Administrativas	Derecho Notarial
Derecho de la Seguridad Social	Administración regional y municipal	Crímenes
Derecho de Seguros	Procedimiento Administrativo	Derecho de la Comunicación
Derecho Marítimo	Impuesto sobre la Renta	Derecho Espacial
Derecho del Subsuelo	C. Servicios Penales y Criminológicos	Contabilidad I
Derecho Municipal		Contabilidad II
Derecho Sanitario		Lógica Jurídica
Hermenéutica Jurídica		Metodología
Historia del Derecho en México		Interpretación Jurídica
Historia Universal de las Institu-		Derecho Económico y Finan-

OPTATIVAS (Una sola de la lista)	AREAS DE CONCENTRACION (Siete materias a escoger)	OPTATIVAS (A, B, o C en su totalidad más cuatro materias de D)
ciones Jurídicas	Procedimiento Penal	ciero
Casos laborales especiales	Criminología	Derecho Administrativo
Derecho Forense	Pruebas penales	Recursos
Derecho Soviético y Socialista	Amparo	Derecho de Seguros y Fianzas
Sistema Jurídico Anglosajón		
Derecho Electoral	OPTATIVAS	
Casos procesales especiales		
Casos mercantiles especiales	Psicología criminal	
Derecho Corporativo avanzado	Penología	
Teoría de la Administración	Derecho Penitenciario	
Pública	Criminología	
Política y Gobierno	Medicina Legal	
Derecho de Contratos Públicos		
Teoría del Negocio Jurídico		
Derecho Económico Internacional		

* Mundo Mendoza, *Crítica Metodológica*, pp. 64 y siguientes.

** UAM, *Presentación*.

*** ITAM, *Catálogo General*.

III

ALTERNATIVA O COMPLEMENTO: LA INVESTIGACION DE CASOS

A. *Curso sobre el Sistema Jurídico Anglosajón**

Descripción: Escasos asistentes. Insuficiente preparación de los alumnos.

Limitaciones actuales a la práctica.

Organización de la clase.

Uso potencial de la clase: litigios internacionales, transacciones fronterizas, ciudadanos mexicanos en Estados Unidos y viceversa. Vehículo para un mejor entendimiento entre países.

Nombramientos y mejorías didácticas.

La apatía política. El experimento de Zacatecas: posibilidades para materiales jurídicos más útiles. Libertad de organización. Irrealidad de los materiales didácticos.

Independencia relativa de la Escuela de Derecho. Falta de contacto con las necesidades de la mayoría. El seminario como eje potencial de trabajos futuros. Las colecciones de casos.

Estas líneas se van a ocupar de una materia optativa ofrecida en la Facultad de Derecho de la UNAM. Se trata del Sistema Jurídico Anglosajón. Hasta donde he podido averiguar, esta materia no se ofrece en ninguna otra escuela de derecho en México. Entiendo que surgió de la división de la antigua materia de Derecho Comparado; la otra mitad, Derecho Soviético y Socialista, aparentemente es más concurrida que el Sistema Jurídico Anglosajón. Sin embargo, por lo menos en una ocasión tuve el gusto de dictar siete charlas sobre la materia a estudiantes de la División de Postgrado de la propia Facultad. Es posible que en las escuelas particulares de derecho se tenga mayor contacto (tal vez informal) con la materia.

Es posible que el hecho de que el Sistema Jurídico Anglosajón sea una entre treinta y tantas otras materias optativas contribuya a la escasa presencia de alumnos (de uno a siete estudiantes en los últimos cuatro semestres). Aún entre ellos puede decirse con justicia que con excepciones elogiosas, a pesar de ser alumnos de noveno y décimo semestre, no se les había preparado previamente para la lectura anticipada de textos ya asignados. Tampoco estaban acostumbrados al análisis de la lectura: ¡la advertencia de que no gozaba con el sonido de mi propia voz, hecha en la primera clase, no siempre encontró eco entre los alumnos!

No existen explicaciones satisfactorias para el escaso interés que he logrado suscitar por la materia en la Facultad. Una explicación parcial sería que los litigios internacionales generalmente son manejados por grandes

* Parte de una conferencia dictada en la Universidad de Texas en agosto de 1983.

despachos que no quedan fácilmente expeditos para el estudiante promedio de tal Facultad.

Las charlas se prolongan por cincuenta minutos. Los materiales de trabajo forman parte del texto que próximamente verá la luz, escrito por mí. La asistencia no es tan regular como sería deseable y el curso se ha visto interrumpido en ocasiones por huelgas estudiantiles o de trabajadores administrativos, tal vez justificadas en sí mismas.

No tengo duda de que el curso debería ser útil a los estudiantes para, entre otras cosas, el litigio internacional, las transacciones fronterizas, así como para problemas de migración. También podría ser útil para inspirar una actitud más racional a la animosidad política y social en los ciudadanos de un país más débil frente a otro más poderoso.

Quizá fuera también útil ampliar las exposiciones histórico-sociales que he intentado hacer en clase.

La UNAM hace un señalado esfuerzo por mejorar la calidad de su profesorado a través del Centro de Investigación y Servicios de la Enseñanza. Supongo que los estudiantes podrían beneficiarse de sus programas, aunque entiendo que ése no ha sido el caso hasta la fecha. Mi propio nombramiento surgió a raíz de una honrosa invitación del Dr. Margadant cuando éste era Secretario Académico de la Facultad y yo regresaba de la Universidad de Texas en Austin (1981). Inmediatamente preparé una serie de materiales didácticos en inglés, mismos que tuve que traducir al español ante el desconocimiento por parte de los alumnos del primer idioma mencionado.

A pesar de las huelgas mencionadas arriba, la impresión que he recibido es que existe considerable apatía política entre los estudiantes de derecho (al menos con los que he tenido contacto). En cambio, en la Universidad Autónoma de Zacatecas la actividad política puede decirse ha sido aún estimulada por su actual Director. En la Escuela de Derecho de esa Universidad he tenido el honor de colaborar en la celebración del Primer Foro Nacional de la Enseñanza del Derecho, una serie de conferencias por profesores invitados y el Primer Curso de Metodología e Investigación Jurídica (ver *infra* III B). En el Foro mencionado primero se adoptó una resolución recomendando la inclusión del Derecho Comparado, al menos como materia optativa, lo que ya hizo en su nuevo plan de estudios la UAZ; en el Curso de Metodología se dijo que debería considerarse cuidadosamente la posibilidad de publicar materiales más baratos y legibles para estudiantes de derecho que los textos magisteriales disponibles hasta ahora.

La Facultad de Derecho de la UNAM concede a sus profesores una gran libertad en la organización interna de sus cursos. Sin embargo, he encontrado gran dificultad en relacionar el sistema jurídico anglosajón a la experiencia diaria de los alumnos. Está claro que la mayoría de esos alumnos visualiza una carrera dedicada a la práctica privada, si bien no he podido identificar un origen social común entre ellos.

El hecho de que la Universidad misma, y por tanto la Facultad, está tan fuertemente subsidiada por el Estado limita sus posibilidades de acceso a la

población marginada, como parecen recomendar los autores citados en los artículos anteriores.

Hago un esfuerzo especial por relacionar el sistema jurídico anglosajón con las experiencias diarias de las sociedades en que se desarrolló. Los exámenes tratan de ser un puente entre el conocimiento teórico y su aplicación práctica.

Con menos éxito del deseado, he insistido en que los alumnos pueden acercarse al seminario correspondiente para una preparación más profunda de la materia. Dos de mis antiguos estudiantes, Sergio y Luis Rodríguez Muñoz Ledo, me auxiliaron en la preparación del texto mencionado arriba y me sustituyen en mis ausencias cuando hago mis viajes por las carreteras académicas. Sería interesante también aprovechar ese seminario para una mayor difusión de los casos jurisprudenciales (además de las sentencias disponibles de la Suprema Corte, publicados periódicamente por ese tribunal). (Ver en el Apéndice el contenido de la materia Sistema Jurídico Anglosajón.)

B. *Bioloski VS. Astej: Un caso hipotético de Investigación Legal Estudiantil**

Tal vez sea más preciso llamar estos comentarios algo así como "un ejercicio estudiantil de investigación jurídica en una universidad estadounidense". De hecho, su primera versión fue una versión escrita de un alegato hipotético para satisfacer los requisitos de la materia de investigación jurídica en una universidad del sur de los Estados Unidos (si se sirve el lector trastocar las sílabas del demandado Astej podrá saber en qué ciudad). En esa escuela se acostumbra dividir a los alumnos del segundo semestre en dos grupos de parejas. La calificación ocurre en dos etapas: en la primera cada pareja toma las posiciones escritas y verbal de los abogados del actor y del demandado; en la segunda, expone la posición de quienes fueron sus contrincantes en la primera etapa, pero ahora ante un tribunal ficticio aunque con todas las ceremonias formales que se encontraría en una verdadera Corte.

Entiendo que esa es la práctica generalizada en las escuelas de derecho de los Estados Unidos. De entrada, indica la orientación que se trata de dar a la enseñanza: proveer de nuevos miembros a los bufetes establecidos. La práctica individual sólo se tolera en mucho menor grado, expresada en lo que literalmente llaman "ley pública" o en la defensa de las minorías.

Ese tipo de enseñanza es fieramente competitiva, pues los despachos más apetecidos se niegan siquiera a considerar candidatos que no hayan logrado colocarse entre los primeros lugares de sus respectivas generaciones. También es altamente pragmática, pues se obliga a los estudiantes a resolver casos concretos (si bien de una variedad casi infinita). Todo el proceso está

* Tomado de mi contribución al Primer Curso de Metodología e Investigación Jurídica celebrado en la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas en junio de 1983.

dirigido a estimular la capacidad del estudiante de localizar precedentes o (en medida creciente) la ley aplicable. En vista del carácter individualista sugerido, resulta paradójico que también se estimule el trabajo en equipo, presumiblemente para reproducir con mayor fidelidad posible el ambiente futuro de trabajo en los despachos.

La materia de investigación jurídica es una de las cinco únicas materias que se consideran indispensables para la obtención del grado respectivo (las otras son las de derechos constitucional, de bienes raíces, de daños y perjuicios, de contratos, y procedimiento civil). El resto del *curriculum* es voluntario hasta completar el número de horas/crédito requerido por la Escuela de Derecho de la Universidad de que se trate. Esto refleja el hecho de que hasta principios de siglo era posible en los Estados Unidos ingresar a la Barra de Abogados (y por tanto practicar la abogacía después de un cierto periodo de aprendizaje práctico en algún despacho). Ese examen a la Barra ha subsistido hasta nuestros días, aunque ahora se exije la asistencia a la escuela de derecho antes de poderlo presentar.

El sistema anglosajón puede clasificarse como de abogacía oral, puesto que los casos se deciden después de la presentación verbal que hacen los respectivos abogados frente al juez. Sin embargo, dichos abogados han presentado previamente al juez sus alegatos *(brief)* por escrito en que presentan una relación de los hechos (precedida invariablemente por las bases de jurisdicción o competencia) y los precedentes o estatutos aplicables. Nótese que este proceso se da en primera instancia. Si el caso pasara a apelación, los hechos ya se presentarían debidamente dirimidos y las cuestiones a tratar se referirían exclusivamente a la correcta aplicación de los casos precedentes y/o el estatuto o estatutos pertinentes.

En *Bioloski vs. Astej* se trataba, en esencia, de determinar si un estatuto que impone la condena necesaria a prisión por vida era (a) constitucionalmente válido y (b) aplicable a una acusada cuya declaración sobre una condena anterior podía o no haber sido válida. (Ver el Apéndice para un resumen de los hechos, el alegato, su fundamentación y la conclusión propuesta.)

El sistema anglosajón funciona aun hoy en día a partir del concepto tradicional de "adversarios", es decir, de dos Partes que pugnan por la mejor presentación posible de sus respectivas pruebas y la evaluación legal de esas pruebas más bien que de la búsqueda de la "justicia" que pudiera asistir a cada una de ellas (excepto, quizá, cuando se trata de acciones en equidad como distintas de las acciones en derecho). Ver el último capítulo de mi *Elementos del Sistema Jurídico Anglosajón*, México, Ed. Porrúa, 1984).

De la preparación del caso hipotético quedó claro que gran parte del trabajo del futuro abogado se pasaría entre textos altamente organizados que permiten descubrir los precedentes o la ley aplicable al caso concreto de que se trate. Una de las aportaciones más útiles del sistema anglosajón es la posibilidad de tener acceso a las decisiones de los tribunales y el valor que esto tiene en reducir la arbitrariedad del juez. En todo caso, cabe recordar que el máximo honor para un recién graduado de la escuela de derecho en

Estados Unidos es ser nombrado *law clerk* (es decir, empleado o buscador legal de precedentes) de algún Ministro de la Suprema Corte; también los jueces de menor jerarquía reclutan sus auxiliares o secretarios directamente de las universidades más prestigiadas.

Se suponía que el alegato de *Bioloski vs. Astej* está dirigido a la Suprema Corte de los Estados Unidos. Se trataba de un procedimiento de *certiorari* es decir, se le pedía a la Suprema Corte que pidiera al tribunal inferior el expediente del caso para proceder a su revisión (certificación). El procedimiento prevé también la posibilidad de jurisdicción en apelación o la jurisdicción original de la Suprema Corte (esto último en casos muy limitados).

No debe desprenderse del planteamiento del caso hipotético (p. 36) que el precedente haya dejado ya de tener vigencia dentro del sistema anglosajón. Al contrario, podría decirse que los casos anteriores siguen determinando en gran medida (si bien ya no absolutamente) la decisión de los casos corrientes; sólo el relativamente reciente arribo del Estado benefactor acarreó la aparición del cada vez más creciente número de estatutos (leyes).

El "Acta General (Estatuto o Ley General) de Control de Crímenes y Seguridad en las Calles" representaría, además, un ejemplo típico de la manifestación abierta de la razón política en un ambiente supuesta y formalmente autónomo como el judicial. En efecto, parece haber respondido, en opinión de los defensores de la demandada, a dos consideraciones: el temor popular respecto del incremento de la criminalidad (o su presentación más abierta y publicitaria) y de las concepciones liberales de los Ministros de la Suprema Corte encabezados por el antiguo gobernador demócrata del Estado de California, Earl Warren. Fue precisamente bajo estos Ministros cuando se dictó el fallo en el caso Miranda que otorgó salvaguardas mínimas a los detenidos. En la realidad, la ola republicana representada por los Ministros nombrados por los presidentes Nixon y Reagan amenaza con ahogar éste y otros adelantos de la llamada Corte Warren.

El concepto tradicional adversarial del sistema se ve afectado por las facultades discrecionales que la mencionada arriba Ley General otorga al juez. Por otra parte, hay que distinguir entre jueces federales y jueces estatales (hay quien sostenga que en lo general los primeros están mejor preparados que los segundos). También hay diferencias entre los estatutos estatales de los diversos Estados de la Unión Americana: parece claro, por ejemplo, que la legislación californiana aventaja en muchos aspectos la de otros Estados. La inferencia del estatuto hipotético señalado de que ciertos derechos procesales pueden renunciarse reflejaría una opinión tradicional que tiende a superarse en la realidad. La idea de que todo individuo es capaz de defenderse a sí mismo está siendo reemplazada en muchos campos por la conciencia de la necesidad de proteger socialmente a muchas clases de individuos colectivamente discriminados por el sistema. La Ley General tal como aparece en el alegato ciertamente no toma en cuenta la realidad de la vida carcelaria en los Estados Unidos (sin que esto implique que sea mejor o peor que en otros países).

En el caso hipotético el Estado demandado argumentó que la posibilidad de que el tribunal de primera instancia se hubiera equivocado constituyó un error inocente y por lo tanto base insuficiente para revisión de la Suprema Corte. También los autores del alegato se basan en criterios discutibles. Apelan a una "deferencia" tradicional a las decisiones de la legislatura y niegan con ello el posible proceso innovador del aparato judicial; se refieren a la tensión entre precedente e interpretación de la ley; y apelan a argumentos de orden público o "política social" que sólo se utilizan normalmente en la realidad cuando el sustrato jurisprudencial (casuístico) es endeble.

Para desesperación de muchos de los estudiantes de derecho de las universidades americanas, se les repite hasta lo que ellos consideran la saciedad que se trata de enseñarles a "pensar como abogados". Esto podría querer decir ponerse de acuerdo de antemano sobre las cuestiones legales presentadas por determinado caso (los *issues*). Se buscan definiciones de modo de que si se cambiara el planteamiento inicial necesariamente se alteraría el resultado. No se trata simplemente de imponer etiquetas. En el caso hipotético, las mismas cuestiones podrían plantearse de otra manera, a saber: (a) el caso Miranda establece una serie de protecciones a los detenidos que pueden o no haber sido extendidas a esta acusada en particular; y (b) la condena obligada a prisión perpetua en el caso de criminales reincidentes viola la prohibición constitucional a castigos crueles e innecesarios si rebasa la interpretación de proporcionalidad entre crimen y castigo sugerida por la propia Suprema Corte. Como se ve, si ése hubiera sido el planteamiento en el alegato, es mucho más factible que la Suprema Corte hubiera fallado a favor de la acusada.

Desde el texto más elemental, la búsqueda de las cuestiones pertinentes constituye el objetivo mismo de la enseñanza legal norteamericana. En esa medida el sistema tiene algo positivo que aportar a la investigación jurídica. Que el resultado sea el apetecido respondería a otras circunstancias, incluyendo la formación previa del estudiante, sus objetivos personales y el ambiente social circundante.

De nuevo, la definición de las cuestiones relevantes no hace olvidar el manejo meticuloso del precedente y de la disposición estatutaria apropiada. Se ha sabido de jueces que rechazan una demanda en donde se cita mal un caso o se da una interpretación tendenciosa a una ley. Lo que es más, se espera que cada una de las Partes citen todos los precedentes y todos los estatutos relevantes, sean o no favorables a su posición.

Incidentalmente, no se debe olvidar que en litigios cada vez más complicados como son los de las sociedades postindustriales los alegatos aumentan de importancia como guía del abrumado juez. Una demanda antimonopólica, por ejemplo, seguramente incluye varios tomos de anexos y referencias. Las sugerencias de alivio para los tribunales en estos casos incluyen el nombramiento de expertos ante los tribunales, ya que difícilmente se puede esperar que el juez mismo tenga los conocimientos científicos y de carácter especializado que requieren tales juicios.

C. *Lecciones y sugerencias para la Enseñanza Legal*

La elaboración del alegato hipotético puede arrojar luz sobre algunas lecciones que ofrece el sistema jurídico anglosajón en cuanto a la preparación de sus cuadros. En primer lugar, las escuelas de derecho estadounidenses crearon hace varios años el puesto de Bibliotecario y Profesor de Derecho encargado, entre otras cosas, de estudiantes de nivel avanzado *(teaching quizzmasters)* quienes a su vez tienen a su cargo directo la materia de investigación jurídica. En esto se puede apreciar la importancia que se concede en esas universidades a la investigación estudiantil, dándole el carácter de materia obligatoria por lo menos tan importante como la de derecho constitucional o procedimiento. Se hacen esfuerzos muy grandes en esas universidades por disponer de los materiales bibliográficos y audiovisuales que requerirán los alumnos en la preparación de sus alegatos.

Una vez decidido el tema y redactado el caso hipotético, los estudiantes auxiliares de la materia celebran reuniones con los estudiantes menos adelantados que les han sido asignados. Una vez aclaradas todas las dudas sobre los casos hipotéticos asignados, los auxiliares ya no intervienen en la preparación del alegato sino hasta después de la presentación de la versión definitiva por parte de los alumnos a su cargo.

Normalmente la investigación empieza por localizar el tema dentro de compendios alfabéticos (por ejemplo el *American Law Digest*). Esto remite a la jurisprudencia de los tribunales de apelación. La lectura de esa jurisprudencia permite decidir si los precedentes en verdad corresponden al caso hipotético. Hecho esto, es necesario consultar una compilación llamada *Sheppard's* en donde se comprueba si los precedentes encontrados en los volúmenes de los distintos circuitos judiciales y de la Suprema Corte siguen vigentes. Existen también colecciones comentadas de estatutos.

Sólo entonces se considera válido que los estudiantes consulten la "doctrina" en forma de comentarios hechos por juristas distinguidos. La doctrina se puede encontrar en textos completos o, muy destacadamente, en las revistas especializadas *(law reviews)* publicadas por las escuelas de derecho más destacadas.

La sistematización de la información ha llegado a altos niveles, incluyendo índices tradicionales y electrónicos.

No deberán los estudiantes olvidar aspectos procesales al preparar sus alegatos. Obviamente existe una jerarquía entre los precedentes presentados. Así, por ejemplo, el caso de *Bioloski vs. Astej* no hubiera llegado a la Suprema Corte federal si no hubiera habido conflicto en las interpretaciones de casos anteriores por los tribunales de circuito que reúnen por lo general a varios Estados de la Unión.

Es difícil jerarquizar los elementos con que contaron los estudiantes para elaborar su alegato, en función de su posible aplicación en nuestro medio.

Desde luego, la biblioteca parecería indispensable. No se concibe el sistema anglosajón sin la preparación de alegatos sólidamente fundados en precedentes e interpretaciones de leyes. Estos a su vez son imposibles sin una biblioteca exhaustiva.

Los estudiantes/auxiliares juegan un papel muy importante. Haberlo sido en la escuela de derecho es uno de los mejores caminos tanto para el éxito profesional como litigante cuanto para una carrera de investigador.

Las revistas especializadas tienen importancia especial porque permiten a los estudiantes presentar sus trabajos en forma de uniformidad "académica". La mayoría de los secretarios de los jueces más destacados (y tal vez estos últimos) probablemente estuvieron asociados a tales revistas especializadas estudiantiles. Las *law reviews* si bien redactadas por alumnos avanzados, son estrechamente supervisadas por los profesores.

Prácticamente todas las materias que se imparten en las escuelas de derecho estadounidenses parten de textos muy extensos que los estudiantes deben leer y analizar. En el grupo reunido el profesor no aporta por lo general información sino que dirige la discusión de los propios alumnos. Esto significa que el estudiante se encuentra bajo una presión psicológica extremadamente fuerte para preparar de antemano sus clases. Si bien es cierto que esto puede ser negativo en profesores desequilibrados, se acerca mucho a una participación totalmente activa del estudiante que se ha dado en llamar el "método socrático".

Es necesario vencer la resistencia de juzgados y congresos a abrir sus expedientes. No concibo una educación legal provechosa que no aproveche en alguna medida la práctica del derecho como se presenta en su efecto real sobre el ciudadano común y corriente.

Habrá también que intensificar la labor de colección de datos del ambiente legal inmediato. No parece ilusorio ni demasiado costoso, por ejemplo, esperar que las justificadas peticiones de mejores condiciones de estudio se presenten con datos amplios; tampoco lo es que las proposiciones legislativas se presenten a nivel local con contenidos ideológicos aunado a datos objetivos presentados de acuerdo a métodos estadísticos generalmente aceptados.

Habría también que insistir en la coordinación efectiva de las tareas académicas. Nuestro contacto legal no puede estar compartimentalizado: quien cometió un crimen puede a la vez tener también problemas de orden civil, administrativo y procesal; quien se proponga exigir el derecho a la educación tendría que establecer sus vínculos a los derechos a la alimentación, la habitación, la seguridad social y la liberación de la corrupción del ambiente legal, entre otros.

Debo confesar que al final me quedan más dudas al terminar que al empezar estos artículos. Suponiendo que de alguna manera se logran dar a la investigación jurídica y a la enseñanza legal en general un carácter más activo, quedarían por lo menos seis áreas conflictivas:

1) En principio, la Escuela de Derecho de la Universidad de Astej se sostiene de fondos universitarios generales obtenidos principalmente de asignaciones presupuestales estatales y federales. Sin embargo, los proyectos más caros se financian con fondos independientes obtenidos principalmente de una fundación que reúne fondos entre los despachos y contribuyentes individuales (generalmente ex-alumnos). De este modo, se logran suplementar los salarios de los profesores a quienes se desea contratar y quienes, presumiblemente, buscarían la práctica privada si sus sueldos universitarios fueran muy inferiores a lo que lograrían obtener en dicha práctica privada. También se logran así obtener publicaciones altamente especializadas. En nuestro medio, la intransigencia ideológica no debe obstaculizar fuentes diversas de financiamiento ni el recurso a organismos internacionales, siempre que se logre mantener el control sobre el destino académico que se dé a posibles ingresos adicionales.

2) El hábito de análisis puede ser estimulado por el estudio de los precedentes. Propiciar la investigación legal es beneficioso para cualquier ideología por la que se opte.

3) Cantidades no exageradas de competitividad podría ser útil para disminuir indirectamente la presión sobre el saturado mercado de empleo que actualmente ya no puede absorber el número de abogados que de hecho llegan a recibirse (y mucho menos a quienes por un proteccionismo equivocado se les permite permanecer en las aulas sin haber demostrado rendimientos siquiera mínimos).

4) Es legítimo suponer que quien aprendió a formular un alegato bien fundamentado y estructurado será después también capaz de formular demandas políticas congruentes.

5) La investigación estudiantil sugerida tiene que mantener relación con los intereses futuros del profesionista y, mientras tanto, ser relevante para las materias estudiadas y contar con el apoyo de los respectivos profesores.

6) Un poco como reacción a prácticas anteriores (y desgraciadamente todavía actuales) tendentes a enfoques sobre todo teóricos, convendrá que las investigaciones estudiantiles que se promuevan tengan nexos muy claros con la realidad individual y social del estudiante.

APENDICE

PROGRAMA GENERAL DE LA MATERIA SISTEMA JURIDICO ANGLOSAJON

I. DERECHO CONSTITUCIONAL

La revisión constitucional; la cuestión política y otras limitaciones a la revisión constitucional; la expansión de los poderes federales; el poder legislativo; nota histórica inglesa; el poder ejecutivo; las garantías individuales

en los Estados Unidos y en Inglaterra; la libertad de expresión; la libertad religiosa.

II. BIENES RAICES

Definiciones y principios; los derechos de paso y otros derechos no posesorios sobre la tierra; los usufructos; la propiedad indivisa y la propiedad en común; otras formas de propiedad raíz; el uso público de la propiedad.

III. CONTRATOS

Definiciones y principios; el error; los términos contractuales; la oferta; la aceptación; las promesas y las condiciones; la invalidez.

IV. DAÑOS Y PERJUICIOS

Principios generales; los daños intencionales; los daños a la propiedad; las defensas; la responsabilidad estricta y la responsabilidad estatutaria; los perjuicios; las defensas y los privilegios.

V. PROCEDIMIENTO CIVIL

Jurisdicción en general; jurisdicción *in personam, in rem* y *quasi in rem;* la notificación; los alegatos; la demanda; las averiguaciones previas; las sentencias.

VI. MATERIAS COMERCIALES

Las transacciones aseguradas; los títulos negociables; la corporación y la sociedad.

VII. ETICA PROFESIONAL

La función social de los abogados; la práctica profesional y la Barra de Abogados; el Código de Responsabilidad Profesional; el "buen carácter moral" y otros requisitos; los servicios legales gratuitos; el secreto profesional; el interés del cliente como criterio ético; el Código Judicial.

VIII. LA EQUIDAD Y LOS FIDEICOMISOS

APENDICE

RESUMEN DEL ALEGATO EN *BIOLOSKI VS. ASTEJ*

[Este alegato hipotético se inicia con una carátula en que se establece que representa el alegato de la parte demandada. Sigue un índice de referencias

de casos, constituciones y leyes aplicables y doctrina pertinente. En seguida pasa a citar los artículos pertinentes de la Constitución de los Estados Unidos, la del Estado de Astej, el Acta General de Control de Crímenes y Seguridad en las Calles, el Código Penal y el de Disciplina Carcelaria del Estado de Astej. Después los abogados presentan las cuestiones a decidir. Finalmente, hacen una relación de los hechos y las etapas procesales que llevaron el caso frente a la Suprema Corte.]

Descripción del caso

La señorita Betty Jo Bioloski, actora, fue arrestada por orden judicial el 24 de diciembre de 1977, acusada del crimen no violento de abuso de su tarjeta de crédito. El arresto se basó en que presuntamente la actora utilizó una tarjeta de crédito sin permiso del detentador legal, para la compra de artículos por valor total menor a los cien dólares. En el momento del arresto el funcionario de policía le hizo la advertencia prescrita por el caso de *Miranda vs. Arizona*. El funcionario le informó que tenía el derecho de permanecer callada, de ser representada por abogado y el de suspender el interrogatorio en cualquier momento. También le advirtió que si se decidía a hablar, cualquier cosa que dijera podría ser usada después en su contra.

La señorita Bioloski fue llevada a una estación de policía, sometida al proceso de ingreso y colocada en un cuarto para interrogatorios. Después de leerle nuevamente la advertencia *Miranda* el funcionario comenzó a interrogarla. La detenida contestó algunas preguntas sin importancia, pero cuando el interrogatorio se enfocó a los hechos que configuran el crimen, la señorita Bioloski expresó el deseo de terminar el interrogatorio. El funcionario satisfizo sus deseos y ella permaneció en el cuarto de interrogatorios.

Una hora después otro funcionario penetró al cuarto y le dijo a la actora, sin leerle previamente la advertencia *Miranda*, que le quería preguntar algo que no tenía nada que ver con la ofensa de que ahora se le acusaba. Una de las preguntas que siguieron se refería a los antecedentes penales de la detenida. Ella reveló que tenía dos condenas anteriores por crímenes no violentos. En 1957 se le condenó a dos años de prisión por robo de servicios consistente en un plan fraudulento que arrojó un total de doscientos diez dólares de estacionamiento no cubierto. También dijo que en 1960 se le había condenado por tres años de penitenciaría por posesión ilegal de marihuana. La primera sentencia aparecía en antecedentes penales, pero no así el segundo crimen (debido a un error administrativo).

Los tribunales estatales juzgaron y condenaron a Bioloski por el crimen de robo en conexión con el abuso de la tarjeta de crédito. Sobre las objeciones de la actora el fiscal utilizó *las dos* sentencias anteriores para subrayar que se trataba de obtener una condena bajo la ley contra criminales habituales. Esta ley exige la condena a cadena perpetua si el fiscal demuestra la existencia de por lo menos dos condenas anteriores. La señorita Bioloski fue confinada a cadena perpetua en la penitenciaría del Estado.

La actora solicitó recurso a los tribunales estatales y federales. Hasta ahora no ha tenido éxito. El fallo del Tribunal de Apelaciones del Quinto Distrito no se encuentra entre los casos precedentes consultados. La Suprema Corte de los Estados Unidos concedió la revisión por *certiorari*.

Resumen del alegato

I. La Suprema Corte decidió en *Michigan vs. Tucker* que la doctrina de los "frutos del árbol ponzoñoso", según la cual debe rechazarse toda prueba obtenida por medios ilegales, no se aplica a interrogatorios anteriores al caso *Miranda*. La advertencia exigida por la decisión en este caso se debe entender como una norma profiláctica, más bien que como la protección del derecho de no autoincriminación según la Quinta Enmienda Constitucional. Puesto que el testimonio obtenido en el caso Bioloski es resultado de circunstancias casi idénticas a las que prevalecieron en el caso Tucker, no debe rechazarse el precedente.

El caso de *Michigan vs. Mosley* es aún más pertinente y puede aplicarse directamente al caso Bioloski haciendo el testimonio admisible. El caso de *Lego vs. Twomey* reduce la carga de la prueba en el Estado de Astej en casos semejantes a una preponderancia de la evidencia, más bien que a evidencia más allá de cualquier duda razonable. El testimonio de la señorita Bioloski podría ser admisible también bajo *Doyle vs. Ohio*, a pesar de que este caso se ocupa específicamente de cuestiones de proceso imparcial en circunstancias de cateo.

Los Estados pueden ampliar la aplicación del precedente *Miranda*, ofreciendo aún más garantías a los detenidos. La Suprema Corte aceptaría las prácticas estatales que no estuvieran en conflicto con las normas federales. El caso *Estados Unidos vs. Hernández* indicaría que no es indispensable una segunda advertencia *Miranda* bajo cualquier circunstancia. A mayor abundamiento, aunque otros precedentes indicaran que el testimonio de la señorita Bioloski sobre sus condenas previas fuera inadmisible, podría tratarse de un error intrascendente.

La ley estatal debe aplicarse, puesto que la legislación federal no se ha abocado precisamente a las cuestiones planteadas en este caso. La ley estatal tenderá a favorecer la admisión de la declaración de la actora, especialmente porque se trata de antecedentes públicos. Su admisión serviría para cumplir los objetivos declarados de la ley estatal.

Mientras el Estado de Astej no establezca otro sistema de rehabilitación de criminales, los tribunales no tienen más remedio que imponer el castigo adicionado a cadena perpetua. La admisión del testimonio de la actora tendería a lograr el castigo prescrito por el espíritu de la ley de Astej.

II. La Suprema Corte nunca ha rechazado un castigo impuesto por la ley basándose sólo en su duración. El análisis proporcional desarrollado por este tribunal no constituye en el caso que nos ocupa en una violación de la Octava Enmienda Constitucional. La aplicación poco frecuente de la ley estatal no la invalida (caso de *Spencer vs. Texas*).

La prueba de la proporcionalidad fue establecida en el caso de *Hart vs. Coiner*. En el caso de *Rummer vs. Estelle* el Quinto Circuito aplicó dicha prueba en un caso semejante al que nos ocupa y declaró que una cadena perpetua impuesta por la ley contra criminales habituales no constituye castigo cruel y desusado. Además, la debilidad intrínseca del análisis proporcional exige que se conceda un alto grado de deferencia a los castigos impuestos por la legislatura estatal. La Suprema Corte decidió en el caso *Rummel* que la condena a prisión perpetua en estos casos debe sostenerse cuando haya habido cualquier base racional para imponerla.

[Este alegato se prolonga por ocho páginas más (aquí suprimidas) en las que se citan casos adicionales y se detallan los argumentos transcritos arriba.]

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

HAYEK, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad;* Trad. Luis Reig Albiol; 3 vol. ed. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1982.

El tema de la libertad individual, su preservación frente a los modelos de organización estatal y la búsqueda de los principios fundamentales de un sistema práctico que los salvaguarde, es nuevamente en esta obra la preocupación fundamental del autor.

El profesor Hayek, premio Nobel de economía, indica en el subtítulo de su obra el contenido general que lo ocupa: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política.

Preocupado por la desvirtuación de los principios del constitucionalismo liberal, analiza con detenimiento cada uno de sus principios y señala los errores que, a su juicio, se han cometido en su interpretación y puesta en práctica. Su enfoque es básicamente filosófico; es en este campo donde encuentra las mayores desviaciones de los conceptos originales del constitucionalismo y del análisis social. Para él el origen del problema estriba en pretender que el orden social es producto de una intencionalidad, cuando, a su entender, se trata del resultado natural de la evolución del hombre en sociedad. Opone al concepto de orden, aplicable a esta última noción, el de organización, que reserva para la primera y califica a la postura filosófica que le da nacimiento de "racionalismo constructivista"; le asigna a este término un sentido peyorativo al que hace alusión en el prefacio de su tercer volumen.

La obra se divide en tres tomos que han sido publicados en intervalos debido a diversos problemas de salud del autor. Esta circunstancia provoca algunas modificaciones en la terminología empleada, particularmente notables entre el primer y el tercer volumen que obligan a una explicación.

El primer volumen: normas y orden, se divide en seis capítulos. Inicia el estudio con el tema de la evolución y la razón para demostrar la existencia de un orden natural o espontáneo y de un orden normativo correspondiente.

Sostiene la idea básica de que dicho orden normativo debe estar integrado por normas generales creadas por el legislador; normas mínimas que configuren las condiciones indispensables para que los individuos puedan realizar su actividad en libertad; normas que constituyan un marco de actividad pero que no pretendan imponer conductas concretas tendientes a la consecución de determinados fines, ya que a la autoridad, como tal, no le corresponde esta función. Supone que las normas de comportamiento derivan de prácticas sociales, surgen de las interrelaciones humanas, por lo tanto la actividad de la autoridad en este campo debe limitarse a proporcionar los

elementos para que las conductas se desarrollen en un ámbito de libertad y a solucionar los problemas concretos que surjan por el incumplimiento de las normas en casos particulares; esta función corresponde a los tribunales jurisdiccionales quienes deben tener un amplio margen de discrecionalidad para buscar la solución más justa a cada caso concreto, atendiendo al concepto público de justicia, descubriendo la norma adecuada a cada situación dentro del contexto del derecho espontáneo, del derecho natural.

El volumen segundo lo dedica al estudio de la justicia social. Este concepto es, para él, erróneo. Buscar la igualdad entre los individuos que conforman un conglomerado resulta absurdo; la desigualdad proviene tanto de las diferentes cualidades de los individuos en sí, como del azar. La búsqueda de la justicia social resulta entonces contraria a los postulados de la justicia misma y, por lo tanto, la califica como un argumento fraudulento y fuente de constante confusión política, "los principios de justicia —señala, citando a Rawls— definen más bien las exigencias que es preciso imponer sobre las instituciones y actividades colectivas para que las mismas resulten aceptables a la gente. Si tales construcciones quedan satisfechas, la distribución resultante, fuere cual fuere, deberá ser considerada justa" (p. 171).

En el tercer tomo, el orden político de una sociedad libre, analiza los actuales sistemas de gobierno. La democracia, en su sentido más puro, es su principal preocupación, por tanto enfoca el análisis desde su particular concepción de lo que un sistema democrático debe ser.

Critica el intervencionismo estatal, la abundancia de producción legislativa, etc. como resultados de la decadencia de los ideales democráticos y de los errores a que lleva el constructivismo, la imposición de fines determinados por el gobierno a las actividades individuales.

Propone una serie de soluciones que abarcan desde el replanteamiento de las instituciones representativas, su conformación y sus funciones, hasta la revaloración de la conducta humana y su evolución. En este camino hace alusión a los límites del poder, a la descentralización como factor determinante del proceso democrático, a la restricción de la actividad del estado y al resurgimiento indispensable de los antiguos esquemas morales.

Sus planteamientos finales pueden parecer utópicos, pero significan una vía diferente de solución ante el inminente fracaso de las utilizadas hasta ahora. Este fracaso en establecer una comunidad de hombres libres, concluye: "no significa que la libertad sea inviable sino, únicamente, que para plasmarla, se ha recurrido al empleo de métodos equivocados".

Laura Trigueros

DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *derecho constitucional comparado*, Espasa Universitaria, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, ISBN 84-239-6515-5, con traducción e introducción de Pablo Lucas Verdú, 724 páginas.

Para los estudiosos del derecho constitucional de habla hispana es de sobra conocida la obra *derecho constitucional* del profesor de la Universidad de Pavía Paolo Biscaretti di Ruffia, en su traducción de don Pablo Lucas

Verdú, publicada en 1965. También comienza a ser conocida, del mismo profesor, Biscaretti su *introducción al derecho constitucional comparado*, que tradujera don Héctor Fix Zamudio publicada en 1975 por Fondo de Cultura Económica. De alguna forma esas dos obras y una que otra menos conocida, son las que sirven como testimonio de una gran producción que los juristas italianos han hecho en el campo del derecho constitucional. Tal vez lo excesivamente teórico de la ciencia constitucional hace que las traducciones al español sean escasas. No sucede lo mismo en otras ramas del derecho, como la procesal, la penal y la mercantil en las que los juristas italianos han encontrado una amplia acogida y difusión. Existe una abundante producción que constantemente está traduciendo. En español se puede disponer de una bibliografía de primer orden sobre todo lo que no sea derecho constitucional.

Afortunadamente, aunque lentamente, el vacío existente se va colmando; gracias al empeño del mismo profesor Pablo Lucas Verdú, ahora se cuenta con una magnífica traducción del *derecho constitucional comparado* de Giuseppe de Vergottini, profesor ordinario de la Universidad de Bolonia y autor, asimismo, de diferentes obras relacionadas principalmente con el derecho público.

En esta obra de reciente aparición "El autor —como lo afirma el traductor Lucas Verdú— se ha esmerado en superar la tendencia a examinar aisladamente los ordenamientos extranjeros: 'Estudiar un ordenamiento —escribe— no significa hacer comparación jurídica, sino, simplemente, conocer cuál sea el desarrollo público o privado de un Estado determinado. Muchos tratados que se califican indebidamente como comparados en realidad son obra de derecho extranjero'."

El profesor Vergottini comienza su obra con un estudio preliminar sobre *ciencia de la comparación y método comparado*, en el que parte de la idea de que todo ordenamiento es, por definición, *autosuficiente*, sin desconocer que existen ordenamientos extranjeros.

La obra cuenta con una primera parte, la dedicada a analizar los problemas del estado y la constitución. Continúa con lo que propiamente son instituciones de derecho comparado: el estado de derivación liberal, el estado socialista, el estado recién independizado y, por último, el estado autoritario.

El autor maneja con soltura la ciencia política, el derecho constitucional; conoce los textos fundamentales de otras naciones y, con rara profundidad, los sistemas reales de gobierno que existen en algunos países actualmente.

No es hipotético afirmar que en un futuro próximo el derecho *constitucional comparado* del profesor Giuseppe de Vergottini, se convertirá para el mundo de habla hispana en una parte imprescindible de la bibliografía constitucional, al lado de la ya citada de Biscaretti y la muy valiosa de don Manuel García-Pelayo.

Elisur Arteaga Nava

RUIZ MASSIEU JOSÉ FRANCISCO y VALADÉS DIEGO. *Nuevo derecho constitucional mexicano.* Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, primera edición. ISBN-968-432-891-5. XIII, 626 págs.

Las reformas hechas a la constitución durante la actual administración cambiaron notablemente el marco jurídico de algunas instituciones que, más o menos, se habían conservado intactas desde su aparición en la constitución de 1917; cambios importantes se dieron en lo relativo a los municipios; también en lo relacionado con la planificación, que ahora existe ya a nivel constitucional en forma expresa y que se atribuyó tanto a los poderes federales como locales. Con respecto al capítulo de responsabilidad, aunque los cambios terminológicos fueron muchos, el contenido casi sigue siendo el mismo.

Los cambios introducidos ameritan comentarios, estos se produjeron y se siguen produciendo en diferentes foros. Tal vez los que fueron esperados con mayor interés, dada la calidad de alguno de los participantes, especialmente por su vinculación con la administración pública, que hacía esperar una interpretación cuasi oficial, fueron los que se dieron en el seminario bajo dos grandes rubros: *las reformas a los artículos de contenido económico de la constitución* y *las reformas y adiciones al artículo 115*, también de la constitución, organizó Cultura Jurídica, S.A.C., bajo la coordinación de los señores licenciados José Francisco Ruiz Massieu y Diego Valadés, en el mes de febrero de 1983, a escasos días de haberse promulgado las reformas constitucionales, por lo mismo se puede decir que en su tiempo fueron pioneros.

Los trabajos presentados fueron compilados y bajo el sello de Editorial Porrúa, S.A., el 4 de octubre de 1983, con prólogo de don Alfonso Noriega, salieron a la luz pública. Junto con las participaciones de los conferenciantes, se publican la exposición de motivos de las diferentes iniciativas, los preceptos aprobados finalmente y un cuadro comparativo del texto actualmente en vigor y el original de 1917.

El contenido del volumen es disparejo, circunstancia muy propia de todo trabajo colectivo. Hay intervenciones valiosas y originales. Otras, desgraciadamente, son meramente declarativas e intrascendentes. Por lo que toca a la primera parte, los comentarios en relación con *los artículos de contenido económico*, conviene destacar, por su importancia y profundidad, las intervenciones de Jorge Ruiz Dueñas, Marcos Kaplan y Jorge Witker. De *la sección el nuevo municipio* es preciso destacar las intervenciones de don Miguel Acosta Romero, don Héctor Fix Zamudio y de don José Francisco Ruiz Massieu y la falta del gran conocedor del derecho municipal: don Moisés Ochoa Campos. De alguna forma son interesantes los conceptos emitidos por el licenciado José Antonio González Fernández, sobre el novedoso tema de *la justicia popular administrativa*, con que concluye el volumen.

De unos dos años a la fecha el sistema de reformas a la constitución ha sido cuestionado; viejas doctrinas se han revivido; lo que es más, se ha cuestionado nuevamente la facultad del constituyente para reformar ciertas

partes de la constitución, entre ellas las decisiones políticas fundamentales y los derechos del hombre; don Antonio Martínez Baéz, no obstante su valiosa intervención, la verdad es que no aprovechó la oportunidad, ideal, por cierto, para que, con su reconocida autoridad, fijara uno que otro punto, de los muchos que en este momento se encuentran en el aire.

Es recomendable, por muchos conceptos, la lectura de la consistente y sustanciosa intervención de Jorge Witker. En pocas líneas define *la función del estado en la economía* en el México actual.

Gracias a la diligencia de don José Francisco Ruiz Massieu y de don Diego Valadés se cuenta en la actualidad con un esfuerzo interpretativo global con el que, si bien otros estudiosos en intervenciones producidas en otros foros, no han estado plenamente de acuerdo, tiene el mérito de su oportunidad y, en general, de su seriedad.

Elisur Arteaga Nava

BARRERA GRAF, JORGE, *Las Sociedades en Derecho Mexicano: generalidades, irregularidades, instituciones afines*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G: Estudios doctrinales, número 77, México 1983, XIX y 392 Págs.

No obstante que inunmerables juristas extranjeros en multitud de tratados y monografías se han avocado al estudio de las sociedades, es hasta la reciente aparición de la obra que se reseña que en nuestro País se estudia en forma por demás amplia al negocio social, tanto desde el punto de vista de nuestro derecho positivo como desde la perspectiva de la práctica cotidiana.

El autor centra su estudio en el negocio social y se refiere tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles; y apoyado en la doctrina extranjera, en las opiniones de nuestros tratadistas de derecho mercantil principalmente y en un hábil y extenso uso de la jurisprudencia, logra profundizar en los distintos temas que va tratando, exponiendo nuevas opiniones o ampliando las de otros maestros, las que seguramente abrirán nuevos horizontes en la interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas.

El libro consta de once capítulos y puede dividirse en tres partes: la primera comprende lo relativo a las generalidades del negocio social, la segunda está dedicada al estudio de las anomalías de las sociedades y la última se ocupa de las instituciones afines a las sociedades. Esta sistematización resulta adecuada pues permite tratar los problemas que sucesivamente se analizan en forma científica utilizando conceptos base que de manera congruente se van desarrollando hasta sus últimas consecuencias.

La primera parte comprende los siete primeros capítulos y en ella se estudian los siguientes temas relativos al contrato de sociedad: su origen y evolución; su naturaleza jurídica; su estructura, elementos y características propias; la responsabilidad de la sociedad y de sus socios; la personalidad social y el problema de la tipicidad y atipicidad tanto del negocio social, como de sus cláusulas. De esta parte resultan interesantes los parágrafos

dedicados a la aportación (n. 24 a 29), a la situación de las acciones o cuotas pertenecientes a las instituciones de crédito expropiadas (66 a 66c) y a las formas especiales de sociedades que se analizan en el capítulo séptimo.

La segunda parte, relativa a las anomalías de las sociedades aún cuando abarca tan sólo tres capítulos es la más extensa del libro. En ella estudia el autor a la sociedad unimembre, a la oculta, a la incompleta y a la durmiente; así como a las sociedades irregulares, dedicando un capítulo, el noveno, a discutir la problemática de las sociedades irregulares civiles y mercantiles en derecho mexicano.

El último capítulo está dedicado a los fenómenos afines a la sociedad, y en él distinguimos tres partes: la relativa a la empresa y a la negociación que comprende también el estudio de la empresa pública (n. 119 a 121); la segunda que distingue a la sociedad de estados patrimoniales con y sin personalidad jurídica como los fideicomisos y las fundaciones y la última parte que diferencia a la sociedad de estados de comunidad de bienes como la copropiedad y la sociedad conyugal, emitiendo el autor en éste último punto una opinión muy personal que merece tomarse en cuenta.

En suma, la obra de don Jorge Barrera Graf que reseñamos, es de lectura obligada para todo jurista que se especialice en el derecho corporativo; mas dada la profundidad con la que trata los temas objeto de estudio es poco recomendable para los estudios de licenciatura como texto, mas no como libro de consulta.

Maximiliano Camiro Vázquez
Alumno del seminario de tesis de 5º año.

DE BUEN L. NÉSTOR, *Organización y Funcionamiento de los Sindicatos.* Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, 154 págs.

En esta época de crisis en que nuestra actividad económica y política se ve influenciada por los factores reales del poder, resulta importante el hacer un análisis profundo de las agrupaciones y organizaciones obreras, desde el punto de vista social y legal; sus relaciones con el Estado al cual pertenecen sus integrantes, así como la forma en que éste trata de mantener un control sobre las corporaciones aún en contra de la voluntad de los trabajadores.

De ahí la importancia del libro del maestro Néstor De Buen, titulado: "Organización y Funcionamiento de los Sindicatos", por ser el primero que analiza con criterio objetivo la situación actual de agrupaciones proletarias, desde el punto de vista de la legislación internacional, tomando como base la legislación mexicana. El presente trabajo sirvió de ponencia al autor en el Octavo Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, celebrado en Buenos Aires el año pasado y representa una opinión contraria a la sustentada por los maestros Cavazos y De la Cueva.

La obra se encuentra sistematizada en cuatro partes: la primera titulada "El Problema Social" parte de un procedimiento deductivo para llegar a cuestionarse la autonomía sindical frente al Estado; la segunda parte, trata

de las reglas de la organización y constitución de los sindicatos, utilización de un método inductivo para llegar al resultado de la premisa: naturaleza del sindicato; la tercera parte, se titula "Estado y Sindicato", que a mi juicio representa la más importante de la monografía, por la novedad con que plantea el tema distinto a la de otros autores de Derecho Laboral y el análisis de derecho comparado que realiza el autor; la cuarta y última parte representa la enumeración de los requisitos, internos y externos que debe cumplir una agrupación laboral una vez que nace a la luz del Estado.

La parte primera, representa el esfuerzo del autor por la búsqueda de la libertad, primero del hombre y después del grupo, la cual se da en organizaciones liberales, tendiéndose a ofuscar con la revolución industrial y a oprimirse a través de la legislación de Chapelier.

El derecho de los trabajadores a formar un grupo de defensa de sus intereses de clase, ha sido motivo de infinidad de discusiones por parte de los gobernantes, que nunca han sido trabajadores, con el fin de obtener los mayores beneficios, a cambio de jornadas inhumanas y salarios de hambre; se busca que los convenios internacionales sobre protección y defensa al trabajador sean cumplidos, de acuerdo a la forma que más convenga a cada sistema. Así la OIT, que consagra entre sus principios: "la libertad y plena capacidad de actuar por parte de los trabajadores" se ve coartada con una legislación corporativa, que es la que rige en Iberoamérica. La segunda parte es un estudio jurídico de la organización obrera, cito al autor: "El Estado no puede ver con buenos ojos la creación de un contrario natural", su sistema inmerso en un positivismo constriñe al sindicato a ciertas normas y modalidades, durante su creación, desenvolvimiento y liquidación. El autor basado en la teoría del acto jurídico, da los elementos necesarios, para el nacimiento y evolución de las agrupaciones obreras, siendo los principales los siguientes:

El consentimiento, se lleva a cabo verbalmente en la asamblea constitutiva, siendo necesario que éste sea otorgado por persona capaz; de acuerdo a la ley deben ser mayores de catorce años y estar en uso de sus facultades físicas y mentales; el segundo elemento de acuerdo al autor es el objeto posible, el cual tomado del art. 356 de la Ley Federal del Trabajo consiste en el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de los trabajadores; el tercero y último elemento de análisis es la forma; la cual consiste en acompañar los estatutos y la constancia del nombramiento de la mesa directiva a la autoridad correspondiente para su registro, la cual otorgará la "toma de nota" respectiva, (si se juzga que se han cumplido los requisitos legales) y que le dará personalidad al Sindicato.

En la parte última del presente capítulo analiza los efectos que produce el acto jurídico que da origen la agrupación de trabajadores con un fin específico, siguiento las teorías de la ficción que se plasman en nuestra legislación (art. 25 del Código Civil Federal y 374 de la Ley Federal del Trabajo) se reconoce al sindicato como una persona moral, distinta a la de sus integrantes, comentada a la luz del derecho comparado por el maestro De Buen.

La tercera parte se titula "Estado y Sindicato", tema principal del estudio y al que hemos hecho referencia en líneas anteriores. El registro de un sindicato, en la vida práctica, adquiere una importancia en el acto jurídico, casi comparada con la voluntad de los trabajadores para formar la agrupación, a razón de esto señalo algunos ejemplos legales que nos llevarán a las conclusiones que siguen a los artículos enumerados:

"Art. 374. Los sindicatos *legalmente constituidos* son personas morales y tienen capacidad para:. . ."

Lo que indica, que si no está legalmente constituido, no tiene personalidad, y esto representa cumplir con el requisito de forma que es el registro, pero a mayor abundamiento, el art. 368 y 692 fracc. IV, dicen:

"Art. 368. El registro del sindicato y de la directiva otorgado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social por las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje produce efectos ante todas las autoridades".
"Art. 692. fracc. IV Los representantes sindicales acreditarán su personalidad con la certificación que les extienda la S.T.P.S. o las J.L.C.A. de haber quedado registrados.

Lo que deduce que si un Sindicato carece de registro no puede actuar frente a ninguna autoridad, por lo que si llegase a existir como se estipula en el convenio internacional de la OIT, no tiene posibilidad de actuar o carece de capacidad de obrar.

La legislación comparada que sobre el tema da a conocer el maestro De Buen, es una aportación a la doctrina, por el desconocimiento que al respecto se tenía; comprueba que los sindicatos pueden determinar su existencia por la decisión unilateral de sus fundadores pero que, difícilmente se les autoriza a actuar sin una acción estatal (ver párrafos anteriores, caso México) de reconocimiento de su existencia, que en algunas ocasiones otorga la personalidad jurídica.

La cuarta parte, es una reseña completa de la organización sindical interna; se refiere a su inscripción, deberes económicos, sociales, así como sus relaciones con los patrones, este último apartado es de suma importancia, ya que se lleva a cabo en la intervención directa de las decisiones económicas a través de tres figuras: el contratismo, la cogestión y la autogestión. Otro aspecto importante dentro del presente capítulo son las causas de disolución, comunes entre todos los miembros de la OIT, ya sea por ser imposible el fin para el que fueron constituidos, por el mínimo de trabajadores que lo integran o por realizar fines a lo que tienen prohibición expresa.

En conclusión, el presente trabajo que hemos reseñado, representa un estudio objetivo de las relaciones sindicales con el Estado y los Patrones, tomando singular importancia el capítulo tercero de la obra.

José Antonio Espinoza
Alumno del seminario de tesis de 5º año.

PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN y NETTEL D., LAURA. *Modelo de Política Legislativa. Aplicación al caso del aborto en México.* Editorial Trillas, S.A. Universidad Autónoma Metropolitana; México, 1982.

Uno de los aspectos de más importancia en el estudio de la ciencia jurídica es y ha sido el cómo y el porqué se hacen las leyes. Así, los autores de la obra que se comenta proponen un modelo de política legislativa que pueda responder, a las diferentes cuestiones que implica un proyecto legislativo, tanto la oportunidad de éste, como motivación y aceptación social.

Por otro lado, manejan el aspecto investigación y comprensión de la ley (sin olvidar su aplicación) al planear una herramienta de análisis y crítica de las decisiones legislativas.

El mismo estilo de la obra, una opción muy poco explorada en nuestro medio, presenta aspectos interesantes para el investigador, ya que se parte de una exposición del modelo y se le complementa o se amplía a partir de una demostración práctica sobre el tema del aborto.

Los autores parten de definir los objetivos de la investigación y algunas consideraciones en torno a la racionalidad, apoyándolo en un sistema determinado de valores; su justificación no parte de valores absolutos o entendidos (a los que niegan) sino en un estudio de las diversas opciones y alternativas que puedan presentarse.

El libro consta de dos partes, en la primera se desglosa el método a seguir para el estudio del caso y en la segunda se aplica éste al tema del aborto.

Dicho método consta de varias fases, que podríamos enumerar así:

a) Formulación del problema.
b) Determinación de objetivos, que no sólo se ven desde el aspecto jurídico sino igualmente considerados los aspectos económicos, sociológicos, etc.
c) Señalamiento de alternativas, con la determinación de los criterios para jerarquizarlos y la consideración de impacto de cada uno.
d) Creación de modelos.
e) Análisis de casos.
f) Toma de decisión, valorando todos los aspectos antes dichos, y
g) Implementación.

La segunda parte del libro, la más extensa, presenta la aplicación del método y los resultados de esta a un tema especialmente debatido: el aborto en México.

El punto de partida es considerar al aborto un problema "de salud pública" y a través de un análisis de los aspectos más relevantes del asunto, tanto jurídicos, médicos, sociales, buscan llegar a alternativas coherentes con la realidad social mexicana, y su conclusión llega por medio del método que buscan probar. La temática de la obra es muy interesante, tanto más la racionalización de las decisiones legislativas, problemas que han tratado Hans Kelsen, Alf Ross y muchos otros importantes escritores, sin olvidar la influencia de la Escuela de la Jurisprudencia Sociológica Norte-

americana. Es necesario, para entender el fenómeno social del derecho, contar con instrumentos de investigación que amplíen con nuevas técnicas la ciencia jurídica y propongan métodos más cercanos a las realidades sociales.

El modelo propuesto reúne el método de investigación de las ciencias sociales con un conglomerado de información de diversas ciencias en una búsqueda coherente de definición para los problemas sociales. Ya no es el tiempo (ni nunca lo ha sido) de que el legislador dicte leyes tan sólo porque así le parezca o copie legislaciones de otros sistemas; sino que se deben ponderar los aspectos reales y los impactos que sus disposiciones tengan en su ámbito.

Es aquí donde entra este trabajo, con un punto de vista nuevo, ya que no es citar (con o sin método) doctrinas que apoyen su punto de vista, sino es proponer un método de estudio y comprobarlo con una investigación seria. Es obvio, y los mismos autores lo reconocen, que la neutralidad científica es un tanto quimérica, pero el intento es bueno. Realmente es una obra interesante, tanto en su planeamiento como en su desarrollo, sobre todo dada la carencia de estudios de este tipo en nuestro medio, tan repleto de prontuarios y leyes comentadas; ojalá no se pierda la idea propuesta y se llegue a conocer y logre que se despierte en los investigadores el deseo de confrontar la realidad social con la doctrina jurídica.

Jorge Herrera Palafox
Alumno del seminario de tesis de 5º año.

GARTEN JEFFREY E. "Rescheduling Sovereign Debt: Is there a better approach?". *The World Economy*. Trade Policy Research Center. London, August, 1982, pp. 175-193.

El autor del presente artículo contempla el problema de la reestructuración de la deuda soberana, es decir, de aquélla contraída por Estados Soberanos por virtud de créditos concertados con Bancos Comerciales y Estatales adscritos a diversas jurisdicciones, con Bancos Internacionales y con Organizaciones Internacionales como el Fondo Monetario Internacional.

Su exposición se desenvuelve en cuatro fases:

1. Planteamiento del problema.
2. Origen del mismo.
3. Crítica al sistema actual de renegociación.
4. Alternativas de solución al problema.

A lo largo de su trabajo, encontramos en primer término, como punto de partida que, la frecuente imposibilidad de satisfacción de una deuda soberana, siempre trae consigo la necesidad de la reestructuración de los términos del cumplimiento de la misma.

Siguiendo con el texto en análisis, y por lo que se refiere a las causas que dan origen al problema planteado, el mismo autor señala como puntos básicos los siguientes:

PRIMERO: El estancamiento de la economía en el Occidente, lo que implica la disminución de las reservas en los países en vía de desarrollo, con la consecuente pérdida de oportunidades en el intercambio comercial con el extranjero.

SEGUNDO: La tensión en las demandas de efectivo y una necesidad cada vez más frecuente de concertación de créditos revolventes, lo que a su vez consecuenta el aumento en las tasas de interés y la expansión de obligaciones a corto plazo.

TERCERO: La inestabilidad en América Central y Europa Oriental.

Es así que, una vez que se ha actualizado la necesidad de llevar a cabo un proceso de reestructuración de los términos del cumplimiento de una deuda soberana, nos explica el propio autor, generalmente, el Estado que se encuentra en esta circunstancia, sigue la misma rutina que se ha venido adoptando por todos los países a lo largo de los últimos años, que consiste en: primero, celebrar un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional para efecto de establecer un programa de estabilización económica; segundo, negociar con los gobiernos extranjeros que le han subsidiado; y, por último, comenzar a gestionar créditos con distintos bancos comerciales.

Sin embargo, continúa diciendo el autor, el proceso de reestructuración de una deuda soberana, siguiendo esta rutina, nunca cumple con su fin, que en concreto se encuentra en *crear las condiciones óptimas para la recuperación del buen crédito de un país hasta que alcance un punto estable, para lograr que las entradas de nuevo capital se puedan reasumir, la recuperación pueda iniciarse y ser cubierta la deuda.*

La obsolescencia del proceso rutinario de reestructuración de la deuda soberana obedece, según el propio autor, a las siguientes causas:

a) La falta total de coordinación en las negociaciones individuales, debido a que en ellas se encuentran implicados, tanto Bancos comerciales y estatales regidos por diversos sistemas jurídicos, como Bancos y/o Organizaciones Internacionales.

b) La diversidad en los requerimientos de cada categoría de prestamista, en lo que respecta a la forma como cada crédito deberá ser solventado.

c) La dificultad que representa para los acreedores la obtención de datos precisos y detallados acerca del panorama financiero, en toda su amplitud, del propio país deudor.

d) Las presiones que se ejercen sobre los países en vía de desarrollo son tales que, éstos se ven constreñidos a condicionar sus ajustes económicos a su situación financiera en el exterior. Esto acarrea la inhabilitación de los mismos para tomar decisiones acerca de futuras afluencias de capital, hasta en tanto llegue a su fin el proceso mismo. Si consideramos que esto ocurre dentro de cada categoría de acreedor y deudor, podemos fácilmente vislumbrar la formación de un círculo vicioso de renegociación tras renegociación.

El más característico ejemplo de lo anterior está constituido por el "fondo inejecutable" que se forma cuando los países deudores, incapaces económicamente de solventar los intereses sobre el capital principal, no tienen otro camino que permitir que se vayan agregando intereses al capital en forma sucesiva.

e) Los acreedores, en los últimos años están optando por convenir créditos únicamente a corto plazo, fundándose en dos factores principalmente; la incertidumbre que caracteriza a la economía mundial actual y los beneficios que se pueden obtener al presionar mayormente a un deudor forzándolo a realizar reformas económicas continuas e inmediatas.

Por último, considera el autor varias alternativas de solución del problema planteado, en base a las diversas posturas que al respecto han surgido, a fin de que el proceso de renegociación de una deuda soberana cumpla con su finalidad de manera eficiente.

La primera posibilidad sería, evitar cualquier cambio, fundamentalmente institucional, en el proceso de reestructuración, permitiendo, por lo tanto, que el proceso se desarrolle en forma natural como una reacción a los cambios eventuales que ocurrieran en la economía internacional.

La crítica que podría surgir ante esta postura, según el propio autor, es que, si el sistema en cuestión no ha respondido eficazmente a la situación actual, mucho menos coherente será en el futuro.

La segunda sugerencia sería, crear un proceso de reestructuración más formal, bajo el amparo de una nueva institución creada "ad-hoc" para lograr tal propósito, o inclusive habilitar una institución ya existente en el ámbito internacional. La labor de tal organización sería racionalizar el tratamiento de la deuda externa, a fin de asegurar una solución conveniente para todas las partes implicadas en el proceso.

El inconveniente que el autor encuentra en esta solución, es que, una institución de esta índole se convertiría en un emporio que pudiera determinar, desde cuánto puede disponer un deudor para el pago, en qué período de tiempo. . . etc. Además, agrega él mismo, los que estuvieran en contra de esta solución podrían fácilmente impugnar la legalidad de la actuación de tal institución, y aún los gobiernos evadirían su autoridad y las organizaciones internacionales resistirían su intromisión en sus respectivos ámbitos.

La tercera alternativa, por la que se pronuncia el autor de este estudio, consistiría en la creación de un pequeño "comité" que involucrara, tanto la atención a la estructura existente del proceso, como a los intereses legítimos de todos los implicados en él, para lo cual sería necesario que este cuerpo realizara consideraciones de tipo económico, más allá de las fronteras de un Estado Soberano.

El comité se conformaría por pocos miembros (propone un máximo de diez), todos selectos representantes de los Bancos Comerciales, de los gobiernos acreedores, de los detentadores de las garantías, del país deudor, del F.M.I. y del B.I.R.D. y del Banco para Establecimientos Internacionales, todos actuando con investidura oficial.

La dirección del mismo recaería en una figura distinguida y con experiencia en los sectores tanto público como privado.

El carácter de tal comité no sería el de una autoridad legal, pero sí el de un examinador, revisor y asesor de posibles soluciones básicas al proceso de reestructuración, cuyo resultado sería comunicado a todas las partes implicadas en el mismo.

Para el estudio, análisis y solución del problema, sería necesaria una exposición que el propio país deudor debiera presentar, sobre su panorama financiero y económico. Así, el trabajo del comité se reduciría a analizar, revisar y asesorar sobre el proceso conveniente y eficaz, tanto para el acreedor como para el deudor, aplicable solamente al caso particular.

El establecimiento de tal comité, admite el autor, traería por supuesto, problemas prácticos que son fácilmente llevaderos si hubiera una verdadera determinación de que el programa actual de reestructuración soberana es inadecuado.

Así, podría vislumbrarse en toda su amplitud la forma de poner a un deudor soberano, otra vez de pie, en crecimiento y en una posición firme, no solamente para reasumir sus deudas, sino para proporcionar bienestar a su pueblo y contribuir positivamente a un sólido orden económico.

Esther María Leaños Miller
Alumna del seminario de tesis de 5º año.

BATIZA, RODOLFO. *Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho Mexicano*, México, Porrúa 1982, 199 págs.

El autor que nos ocupa, a lo largo de seis capítulos de su obra nos remarca la importancia vital que representa para el estudio del derecho mexicano, cualquier estudio que se haga al Código Civil francés, en virtud de ser éste, en forma directa e indirecta, fuente de nuestra codificación civil.

Sigue una secuencia histórica en su exposición, que va desde los inicios de la codificación civil en la época de la Revolución Francesa hasta los inicios y mediados del siglo XIX en México, época en la cual se daban los incipientes comienzos de legislación mexicana civil, básicamente.

El primer capítulo titulado "La revolución francesa y la codificación del derecho civil" es tratado por el autor de una manera concisa, clara y sin valerse de fórmulas rebuscadas que hagan difícil su entendimiento al lector. Inicia haciendo un somero análisis de la situación social e histórica de la época de referencia valiéndose del auxilio de fuentes indirectas y remitiéndonos en forma constante a obras por él consultadas. Al hacer el estudio de los periodos en que él divide este primer capítulo, realiza una interesante, sustanciosa y en consecuencia valiosa recopilación y transcripción de preceptos legales de las compilaciones legislativas más importantes y sobresalientes de

ese tiempo. Haciendo finalmente énfasis en aquellas materias en que resultó de decisiva importancia la legislación revolucionaria, tales como el registro civil, matrimonio, divorcio, sucesiones, y el régimen de la propiedad. Asimismo recalca la presencia de las Instituciones Justinianeas, y algunos edictos reales, que dado su carácter igualitario y liberal revolucionarios, son fuentes primordiales en este periodo.

Titula "Proyectos D'Olivier (1789) y Philippeaux (1789) y Plan Durand-Maillane (1793)", su segundo capítulo. En éste presenta las diversas motivaciones de cada uno de los autores analizados en sus respectivas obras y nos da un esquema de sus respectivos trabajos, aunado todo esto a la transcripción de algunos artículos de los proyectos en cuestión, que a su juicio revisten importancia para sus fines.

A mi parecer, resulta importante hacer notar que el autor presupone determinados conocimientos de sus lectores del idioma francés en virtud de que constantemente es por él utilizado, haciéndose esto todavía más patente en este capítulo, en el que transcribe algunas líneas en francés en su totalidad y con traducción. Concluye este capítulo destacando la importancia que tuvo en la elaboración de los proyectos arriba mencionados, la génesis de la codificación del derecho revolucionario, así como que de tales proyectos, dos son de especial importancia, a saber: los de d'Olivier y Durand-Maillane por ser los gestadores del proceso que culminaría felizmente con el Código Civil de 1804.

Continúa el tercer capítulo denominado "Primer proyecto Cambacéres (1793)"; en éste, el autor hace una exposición bastante completa de las motivaciones de la Convención que tuvo a su cargo la elaboración de dicho proyecto, y que fueron expresadas precisamente por Cambacéres, de donde recibió tal nombre. Una vez estudiadas tales motivaciones, el autor procede al análisis de las partes integrantes de este proyecto, para finalizar diciéndonos de la gran importancia que tuvo para la legislación civil francesa la formulación de tal proyecto. Asimismo se queja de lo indolente que ha sido la doctrina civilista en general, y la francesa en particular al no darle la jerarquía e importancia que tienen, tanto los proyectos analizados en el capítulo anterior, como al que se refiere el presente capítulo.

Por lo que se refiere al cuarto capítulo "Segundo y Tercer proyectos Cambacéres (1794, 1796) y proyecto Jacqueminot (1799) en él, el autor siguiendo la misma tónica que en el anterior, hace una exposición de dichos proyectos, llevando a cabo además una exégesis del principal contenido de cada uno de ellos. Nos remarca en este caso la importancia del segundo y último de los proyectos en turno, al igual que los tratados en los capítulos anteriores, en virtud de que muchas de las disposiciones en ellos contenidos posteriormente formaron parte del Código Civil de 1804.

En el capítulo quinto "Proyecto del año VIII (1800) y Código Civil de los franceses (1804)", culmina con la excelente exposición desarrollada capítulos atrás. Analiza ampliamente el discurso presentado con motivo de la reunión de la Comisión de Gobierno, que en su caso, habría de aprobar el proyecto presentado. Por otro lado nos habla de la distribución material del

código definitivamente aprobado y hace un resumen de todas y cada una de las fuentes que de alguna manera influyeron en la confección del mismo, teniendo por supuesto relevante importancia, todas las compilaciones arriba analizadas.

Como sexto y último capítulo denominado "La codificación del derecho civil en México", el autor, aun cuando en apariencia se hubiere olvidado de tal circunstancia, vuelve a presentarnos un somero panorama de la situación histórica y social imperantes en el México independiente en que comienza la codificación civil. Se refiere en su análisis al Proyecto Justo Sierra, al Código Civil del Imperio, a los Códigos de 1870 y 1884, para concluir su estudio en el vigente Código Civil de 1928; haciendo por supuesto, las correspondientes observaciones y concordancias de todos estos ordenamientos con los antecedentes doctrinarios y legislativos que desarrolla en el cuerpo del libro. Igualmente nos proporciona interesantes e irrefutables pruebas de la influencia francesa en nuestra legislación privada civil.

Como puede desprenderse de la lectura del texto y de lo antes escrito, considero que la obra presentada resulta fundamental para todo estudioso del derecho en general debido a lo fundamental de su tema. Cabe mencionar que resulta amena y fácil su asimilación debido a lo claro de la exposición, aunque en un momento dado pueda resultar molesto el continuo reenvío a las notas de pie de página. No obstante considero de gran utilidad la lectura y consulta de la obra analizada.

José Antonio Manzanero Escutia
Alumno del seminario de tesis de 5º año.

Esta revista fue editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. Se terminó de imprimir el 28 de agosto de 1984 en los Talleres Gráficos de la Nación, Canal del Norte No. 80, 06280, México, Distrito Federal. El tiraje fue de 1000 ejemplares; se utilizaron en su elaboración papel Cultural AM de 50 kg.; en su composición tipos Baskerville. Estuvieron al cuidado de la edición los licenciados Elisur Arteaga Nava y Laura Trigueros.

"... por el año de 1934, ... declaró el Ministro de Educación Pública que no reconocería los títulos que expedía la Escuela Libre de Derecho; y cuando mi papá fue Rector (don Luis R. Lagos) trabajó incansable hasta conseguir la revalidación. . . Cuando él murió, la bandera de la Escuela fue puesta en su caja . . ."

Eva Angélica de Jesús Lagos

"Eduardo Trigueros Saravia nació el día 17 de abril de 1907 . . . falleció el 13 de febrero de 1955. Con su muerte quedó inconclusa una obra que prometía ser fundamental para la literatura jurídica mexicana."

Laura Trigueros

Portada: **Guadalupe Gómez Gallardo**